

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXV – Nuova serie
N. 1/2017 (gennaio-aprile)

INDICE

DOTTRINA

- GIUSEPPE TROPEA
Periferie e sicurezza urbana 5
- JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ
Trascendencia e improcedencia del estado federal para España 31
- ANNALISA GIUSTI
Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione 57
- DANIELE TRABUCCO
«Popoli regionali», principio di autodeterminazione ed indivisibilità della Repubblica 87
- IDA PERNA
Authorities e contratto. Considerazioni sull'eteronomia regolamentare dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni 113

VINICIO BRIGANTE		
	<i>Soggettività pubblica a geometria variabile e autonomie funzionali: gli Istituti di Alta Formazione Artistica, Musicale e Coreutica (AFAM)</i>	165
MARCELLO DI FRANCESCO TORREGROSSA		
	<i>La gestione straordinaria e temporanea delle strutture sanitarie accreditate con il servizio sanitario nazionale</i>	191
VALERIO TORANO		
	<i>Il riordinamento delle forze di polizia e la dissoluzione del Corpo forestale dello Stato. A margine del parere del Consiglio di Stato del 12 maggio 2016</i>	211

Dottrina

Periferie e sicurezza urbana

di Giuseppe Tropea*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La modifica dell'art. 54 t.u.e.l. e il dibattito intorno ai suoi profili di incostituzionalità. – 3. (*Segue*) Il principio di legalità in senso sostanziale. – 4. La sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale. – 5. Il nodo del riparto di competenze Stato-Regioni. – 6. (*Segue*) L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia (in particolare: la sentenza n. 196/2009 in tema di sicurezza urbana e la n. 226/2010 in tema di “ronde” e disagio sociale). – 7. Conclusioni critiche (...con una punta di speranza).

1. Premessa

Il concetto di “sicurezza urbana” solo in tempi relativamente recenti è stato oggetto di attenzione da parte del giurista.

Invero, esso venne elaborato originariamente negli Stati Uniti e in Gran Bretagna in ambito sociologico, negli studi di sociologia della devianza. In Italia, quindi, è soprattutto la scuola di Bologna ad occuparsi del tema¹. Tema che, negli ultimi anni, in coincidenza con taluni provvedimenti legislativi statali (i vari “pacchetti sicurezza” del biennio 2008-2010), ha catturato anche l'attenzione del giurista.

Si noti, peraltro, in via preliminare, come ben prima di tali provvedimenti del legislatore statale, si sono registrati interventi normativi su altri fronti. Penso soprattutto alla legislazione regionale in tema di c.d. “servizio integrato di sicurezza”, che vede anche in tal caso l'Emilia-Romagna in prima linea (con una legge del 1999, dunque prima della Riforma costituzionale del 2001)², ed all'utilizzo sempre più intenso di piani o protocolli per il controllo del territorio che hanno visto, e vedono, il coinvolgimento di Regioni ed enti locali, nonché di

* Relazione al II° Convegno Italo-Brasiliano dell'AIBDAC su “Periferie e diritti fondamentali” (Lecce 13-14 giugno 2016).

¹ Cfr., ad es., R. SELMINI (a cura di), *La sicurezza urbana*, Bologna, 2004.

² Due sono gli aspetti essenziali di tale legislazione. Quello *descrittivo*, volto alla individuazione dello spazio di intervento di Regioni ed enti locali negli ambiti della prevenzione, delle politiche e degli interventi di promozione della legalità, lotta all'esclusione sociale e al disagio giovanile, riqualificazione delle città e delle periferie. Quello *programmatico*, volto alla promozione in vario modo di un sistema integrato di sicurezza delle città e del territorio regionale (con varie forme di sostegno economico ad enti locali ed associazioni, la promozione e incentivazione della collaborazione istituzionale, impiegando sovente il modello francese dei c.d. contratti locali per la sicurezza).

privati³. Da queste esperienze, peraltro, si evince una nozione “ampia” di sicurezza urbana, dove sovente il momento repressivo non vive isolatamente, ma viene posposto a quello preventivo, di lotta al disagio sociale⁴.

La “sicurezza urbana”, così, si pone in discontinuità rispetto ai tradizionali concetti di “ordine e sicurezza pubblica” (di competenza esclusiva statale, ai sensi dell’art. 117, lett. *b*, Cost.). L’aggettivo “urbana” designa il luogo dove maggiormente si percepiscono i problemi derivanti dall’insicurezza “globale”, da quella socio-economica, legata soprattutto alla crisi del 2007, a quella c.d. “strategica”, oggi rappresentata soprattutto dal fondamentalismo islamico.

Attorno a tale profilo centrale, si condensano una serie di corollari, che tendono a meglio definirlo, ma anche a ulteriormente problematizzarlo:

a) viviamo in un mondo sempre più urbanizzato⁵;

b) solo a livello locale l’individuo è fiducioso di poter effettivamente incidere nella risoluzione dei molteplici problemi, anche se spesso le migliori intenzioni vengono strumentalizzate da una politica miope e dal fiato corto;

c) nello specifico dell’Italia, sin dalla riforma elettorale del 1993 è cresciuto il ruolo del sindaco, che si è spesso posto, per usare delle immagini care agli economisti, quale “specificatore della domanda di sicurezza del cittadino” o “imprenditore morale”⁶;

d) rispetto alla tradizionale sicurezza pubblica, vengono introdotti ulteriori obiettivi: la qualità della vita e il pieno godimento dello spazio urbano. Si ha, quindi, una definizione “positiva” di sicurezza urbana, che supera la “negativa” assenza di minaccia che caratterizza la tradizionale sicurezza pubblica, e che comporta, inevitabilmente, la discesa in campo di vari attori (“agenzie”), anche diversi da quelli pubblici;

e) si attenua la distinzione tra sicurezza “interna” e sicurezza “esterna”, con tendenziale dissolvenza (c.d. *blurring*) dei confini tra la missione delle forze di polizia e e quelle delle forze armate.

³ Si ha, in questo modo, una ridefinizione di ruolo per soggetti istituzionali (in particolare Regioni e Comuni) che non hanno mai avuto competenze dirette nella prevenzione e nel contrasto della criminalità. Si tratta di un fenomeno di carattere generale (v. *Crime and Disorder Act*, Gran Bretagna, 1998; *Politique de Ville*, Francia, 1988), a sua volta ricollegabile a due fenomeni: l’inadeguatezza del classico sistema penalistico (applicandosi il principio di sussidiarietà anche al diritto penale); l’affermarsi della c.d. *governance*, e quindi di nuove interazioni fra Stato e società e di nuove modalità di esercizio dei poteri dello Stato sovrano. Sul punto, da ultimo, S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 331 ss.

⁴ Su questi aspetti sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, *passim*. Più di recente, con un taglio prettamente sociologico, v. F. BATTISTELLI, *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, Roma, 2016.

⁵ Si v. gli inequivocabili dati contenuti in «World Development Indicators: Urbanization», World Bank, data.worldbank.org.

⁶ Cfr. il noto studio di H.S. BECKER, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963.

In questa tematica l'assetto delle competenze e delle fonti appare centrale, essendo avvinto a doppio nodo alle politiche pubbliche in materia, che si muovono lungo l'asse della difficile conciliazione tra sicurezza, politiche "situazionali" e di c.d. "tolleranza zero", e politiche sociali di prevenzione ed inclusione.

Non avendo il tempo per approfondire le numerose e complesse questioni cui ho appena accennato, vorrei sottoporre alla vostra attenzione una sintetica rassegna critica della più recente dottrina e giurisprudenza intorno allo spinoso tema della sicurezza urbana. Cercherò di mostrare come dall'esame di essa i suddetti profili generali emergano chiaramente, svelando peraltro persistenti criticità.

In particolare, vorrei soffermarmi su alcuni punti, che ritengo tra loro per più versi connessi: *a)* la questione dei poteri "anche" ordinari dei sindaci in materia di sicurezza urbana; *b)* il tema del riparto di competenze Stato-Regioni in materia di sicurezza urbana; *c)* i rapporti tra sicurezza urbana e principio di sussidiarietà orizzontale.

Cercherò, nel contempo, di evidenziare come tali questioni intercettino sotto svariati profili il tema delle "periferie". Come vedremo, infatti, se è vero che il concetto di periferia, come zona degradata, quanto più si arricchisce di contenuti, tanto più implica un complicarsi del quadro delle competenze, una "densificazione" che costituisce clausola generale dell'intervento pubblico e che spinge alla centralizzazione dei processi decisionali⁷, è anche vero che tale corretta osservazione va problematizzata all'interno di un più ampio mutamento culturale: il tramonto del c.d. welfarismo criminologico come specchio della più ampia crisi, o comunque ristrutturazione, del Welfare State⁸. In tale contesto le politiche della sicurezza rischiano di prendere il posto delle politiche sociali, e l'ossessione securitaria fa sovente perdere di vista il vero, o comunque più strutturale, problema: non siamo più di fronte al tradizionale binomio centro/periferia; alla città (come "bene pubblico", luogo di aggregazione e appartenenza allo spazio urbano), si contrappone l'anti-città (caratterizzata da degrado delle infrastrutture, dei servizi, degli edifici, perdita degli scambi sociali e culturali, predominio delle mafie)⁹.

Il rischio, quindi, è rappresentato da un determinato modo di intendere in questo delicatissimo settore l'intreccio fra sussidiarietà verticale e quella orizzontale: la legislazione statale degli ultimi anni ha finito per attirare, in una forma di sussidiarietà "ascendente", l'individuazione delle *policies*, rendendo tutto come forma di "sicurezza pubblica minore", sovente a danno di diversi modelli

⁷ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Esiste una nozione giuridica di periferia?*, in *Nuove autonomie*, 2016, 5 ss.

⁸ Fondamentale, sul punto, L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, trad. it., Milano, 2000.

⁹ S. BOERI, P. DESIDERI, D. MODIGLIANI, *L'intelligenza delle periferie*, in *Limes (Rivista italiana di geopolitica)*, numero monografico dal titolo "Indagine sulle periferie", n. 4/2016, 27 ss.

discendenti dalla legislazione regionale e da buone pratiche, specie a livello locale, modelli caratterizzati da educazione alla convivenza, rispetto della legalità, integrazione e inclusione sociale, rigenerazione urbana e “rammendo” – appunto – delle periferie¹⁰.

2. *La modifica dell'art. 54 t.u.e.l. e il dibattito intorno ai suoi profili di incostituzionalità*

Partiamo dalla prima questione, quella forse più dibattuta, almeno fra i giuristi¹¹.

Dottrina e giurisprudenza si sono divise sulla possibilità di dare all'art. 54 t.u.e.l., come riformato nel 2008, un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Come è noto, col d.l. n. 92/2008 (convertito nella legge n. 125/2008), al Sindaco, quale Ufficiale del Governo, è stato attribuito il potere di adottare con atto motivato provvedimenti «anche [corsivo di chi scrive] contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» (art. 54, comma 4, t.u.e.l.).

Di seguito, con d.m. 5 agosto 2008, è stata data, fra l'altro, una prima definizione di “sicurezza urbana” nel nostro ordinamento: «un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale» (art. 1). Ai sensi dell'art. 2, in via esemplificativa, «il sindaco interviene per prevenire e contrastare: a) situazioni urbane di degrado... che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi... quali spaccio, sfruttamento della prostituzione, accattonaggio con impiego di minori; b) danneggiamento al patrimonio pubblico e privato; c) occupazione abusiva di immobili; d) alterazione del decoro urbano, intralcio della pubblica via, illecita occupazione di suolo pubblico».

Secondo il Tar Veneto, che ha rimesso la questione alla Corte¹², l'impiego della congiunzione «anche» non è frutto di un errore di formulazione che consente di depotenziarne in via interpretativa il significato; né è possibile ritenere che le ordinanze non sarebbero autorizzate a derogare alla legge o a creare norme nuove, in quanto esse hanno una valenza normativa, che per sua natura prescinde dalla necessità di una motivazione. Inoltre, i giudici amministrativi dubitano del richiamo al fatto che, dovendosi rispettare i principi generali dell'or-

¹⁰ La suggestiva formula «rammendo delle periferie», come è noto, è stata coniata da Renzo Piano. Sul punto cfr. B. ZANARDI, *Rammendare le periferie, ma non solo*, in *Il Mulino*, n. 4/2015, 686 ss.

¹¹ Per le citazioni della dottrina e della giurisprudenza richiamate nel testo (che in questa sede si preferisce omettere, per non appesantirne la lettura), si rinvia G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, n. 3/2011.

¹² Sez. III, ord. 22 marzo 2010, n. 40, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

dinamento, fra questi rientrano quelli di tipicità e legalità, riserva di legge e competenza: tale impostazione, ad avviso del Tar, unifica il regime delle ordinanze contingibili e urgenti con quello delle ordinanze ordinarie, ma non tiene conto del carattere appunto ordinario, discrezionale e libero del potere di ordinanza di nuova configurazione.

Da qui una serie di censure, che troveranno parziale accoglimento nella sentenza n. 115/2011. Si prospetta un contrasto con gli artt. 23 e 97 Cost., ove si prevede il principio della riserva di legge in ordine all'attribuzione dei poteri amministrativi, e con gli artt. 70, 76, 77 e 117, «che demandano in via esclusiva alle assemblee legislative statali e regionali il compito di emanare atti aventi forza e valore di legge», poiché con l'art. 54 novellato sarebbe stata prevista «una vera e propria fonte normativa libera con valore equiparato a quello della legge». Più nello specifico, poi, si lamenta la violazione degli artt. 3, 23 e 97, che «costituiscono il fondamento costituzionale delle libertà individuali e del principio di legalità sostanziale in materia di sanzioni amministrative, cristallizzato, a livello di normazione primaria, nell'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689», posto che «la legge deve stabilire i criteri idonei a regolare eventuali margini di discrezionalità lasciati alla pubblica amministrazione nella determinazione in concreto della prestazione ed inoltre che, al fine di escludere che la discrezionalità possa trasformarsi in arbitrio, la legge deve determinare direttamente l'oggetto della prestazione stessa ed i criteri per quantificarla».

Vi erano poi una serie di ulteriori importanti censure, come vedremo assorbite nella sentenza n. 115/2011, attinenti al riparto di competenze: «il Sindaco finisce per poter attrarre alla propria competenza, ad libitum, qualsiasi ambito riservato alla competenza dei regolamenti consiliari (quali il regolamento di polizia urbana). Sotto questo profilo, il potere normativo all'esame, libero perché solo finalisticamente orientato, essendo attribuito ad un organo amministrativo monocratico, il Sindaco come ufficiale di governo, per sua natura non contempla la possibilità di sottoporre il processo decisionale ad un trasparente confronto politico nell'ambito di un organo collegiale elettivo e rappresentativo, e ciò finisce per contraddire, negandone valore ed utilità, il principio pluralista, che è principio fondamentale del vigente ordinamento costituzionale, e, in particolare, il pluralismo culturale, politico, religioso e scientifico di cui sono espressione gli artt. 2, 6, 8, 18, 21, 33, 39 e 49 della Costituzione». Infine si prospetta la possibile violazione degli artt. 24 e 113 Cost., in quanto: «la latissima discrezionalità intrinseca degli atti normativi così configurati, fa sì che i poteri attribuiti al Sindaco siano talmente "vasti ed indeterminati"... da rendere eccessivamente difficoltosa la possibilità di un effettivo sindacato giurisdizionale sulle singole fattispecie».

Altre pronunce, invece, anche sulla scorta dell'interpretazione fornita dalla Corte con la sentenza n. 196/2009, e ritenendo dunque che la norma in esame si riferisca alla tutela della sicurezza pubblica, hanno sostenuto che il potere in

questione possa essere esercitato qualora la violazione delle norme che tutelano i beni previsti dal d.m. 5 agosto 2008 non assuma rilevanza solo in sé stessa (poiché in tal caso soccorrono gli strumenti ordinari), ma possa costituire la premessa per l'insorgere di fenomeni di criminalità suscettibili di minare la sicurezza pubblica. D'altra parte, anche se in alcune sentenze si riscontrano riferimenti di carattere più generale, spesso in queste decisioni a venire in rilievo non è tanto l'impiego dell'art. 54, comma 4, t.u.e.l., quanto dell'art. 50, comma 5, riguardante il potere del sindaco, quale rappresentante della comunità locale, di emettere ordinanze (soltanto) contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, ed a carattere esclusivamente locale.

Ancora più variegata le posizioni della dottrina.

Vi è chi ritiene che la distinzione fra le due tipologie di provvedimenti vada costruita attorno alle specifiche finalità di questi: i provvedimenti ordinari, dotati di una maggiore stabilità, servirebbero a prevenire i gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, trovando peraltro un limite nelle vigenti norme di legge e di regolamento (di cui sarebbero specifica attuazione), mentre le ordinanze contingibili e urgenti, pur dovendo rispettare i limiti tradizionali, sarebbero rivolte all'eliminazione del pericolo, e comunque ad affrontare una specifica situazione di disagio, definita nel tempo e nello spazio.

Si passa, quindi, ad un altro profilo fondamentale, che come vedremo è quello che ha attirato maggiormente l'attenzione critica della Consulta. Si fa riferimento al delicato problema dei rapporti fra la norma in esame ed il principio della riserva di legge.

Si è sostenuto, ad esempio, che il principio di legalità dovrebbe ormai segnare il passo, alla luce del fenomeno di diretta precettività dei diritti costituzionali e di "diffusione" istituzionale dei centri decisionali provvisti di legittimazione democratico-elettiva. Su queste basi si è ritenuta non condivisibile quella giurisprudenza costituzionale la quale richiede che l'attribuzione, da parte del legislatore, del potere d'ordinanza in materia coperta da riserva di legge relativa sia necessariamente accompagnata dall'emanazione di criteri direttivi per il successivo esercizio dell'attività amministrativa.

È interessante notare come tale suggestiva ricostruzione fosse stata criticata sulla scorta del fatto che il nuovo art. 54 t.u.e.l. faccia riferimento ad un'impropria forma di legittimazione democratica, là dove conferisce i poteri al sindaco come ufficiale di Governo e non già quale rappresentante della collettività locale, oltre che sul fronte dell'improprio parallelo costruito fra uso diretto della Costituzione da parte del giudice e da parte dell'amministrazione. Ma, soprattutto, si è rilevata la cattiva applicazione della distinzione fra principi e regole e si è prospettato il rischio che l'interpretazione attuativa della Costituzione da parte dell'amministrazione faccia implicitamente ritenere che essa pervenga al provvedimento «più adeguato, proporzionato e ragionevole», cadendo così il presuppo-

sto per procedere in via giurisdizionale a «uno specifico bilanciamento tra istanze costituzionali contrapposte». La risposta a queste critiche non si è fatta attendere, senonché essa appare comunque ancorata alle potenzialità del sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza-proporzionalità, sicché la tesi in esame finisce per porsi, a questo punto, come una variante, seppur sempre piuttosto suggestiva, ai tentativi di lettura costituzionalmente orientata forniti dalla dottrina, specie amministrativistica.

Sotto quest'ultimo aspetto taluni hanno rilevato che l'art. 54, comma 4, t.u.e.l. non possa considerarsi incostituzionale, non attribuendo alcun potere normativo ai sindaci, ma limitandosi a conferire ai medesimi una mera potestà di emanare provvedimenti *extra ordinem*, mal esercitata da una prassi amministrativa illegittima. Sicché tali *provvedimenti*, così definiti dalla norma, dunque quali atti a contenuto concreto, preordinati alla tutela di un determinato interesse pubblico, originato da una specifica situazione di fatto, sarebbero giustiziabili, grazie anche al controllo sulla motivazione, in base ai principi di ragionevolezza e proporzionalità. Non solo: sarebbero potenzialmente annullabili per sviamento di potere, se non addirittura nulli, *ex art. 21-septies* della legge n. 241 del 1990, per difetto assoluto di attribuzione del sindaco (quale ufficiale di Governo) del potere di emanare atti normativi riservati al Consiglio comunale o ad altri organi provvisti di tale potestà.

Su tutt'altro fronte si colloca chi, partendo dal presupposto ricostruttivo consistente nell'individuazione nell'art. 23 Cost. di un fondamento costituzionale per la libertà individuale, anche per gli obblighi di *non facere*, ritiene che l'art. 54, comma 4, t.u.e.l. non sia conforme a Costituzione, nella parte in cui autorizza il sindaco ad adottare provvedimenti anche non contingibili, in quanto in un sistema a Costituzione rigida la riserva costituisce un limite per il legislatore prima che per l'amministrazione. Su tale aspetto avremo modo di tornare.

In ogni caso, se per la maggior parte delle tipologie comportamentali colpite dalle ordinanze la linea difensiva passa per l'invocazione della più generica nozione di "libertà individuale" ancorata all'art. 23 Cost., si tratterebbe di dare una sanzione a tale riserva di legge relativa, seppure la giurisprudenza costituzionale non sia particolarmente rigorosa nel far valere la riserva di legge ivi contemplata. In tal senso appare ad alcuni chiaro che, se già in passato simili ordinanze avevano suscitato perplessità per lo loro sostanziale violazione del principio di legalità e di riserva di legge, oggi, quando anche la *straordinarietà* del potere sembra venuta meno, non dovrebbero aversi troppi dubbi sulla illegittimità costituzionale dell'art. 54 t.u.e.l., come modificato dalla riforma del 2008.

Nella medesima prospettiva si colloca chi osserva come l'applicazione delle ordinanze ordinarie in materia di sicurezza urbana, ampiamente diffusa nella prassi applicativa, si pone in insanabile contrasto, oltre che col carattere residuale ed eccezionale dei poteri amministrativi *extra ordinem*, richiesto dalla giurispru-

denza costituzionale ed amministrativa, con: le riserve di legge in materia di limiti alle libertà (artt. 13, 14, 16, 17); la disciplina dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.); la riserva di legge in materia di prestazioni personali e patrimoniali da imporre ai singoli (art. 23 Cost.); la potestà legislativa regionale, specie in materia di polizia amministrativa locale; il principio di legalità nell'amministrazione (art. 97 cost.); i limiti della potestà legislativa statale e i criteri di allocazione delle funzioni amministrative tra Stato ed enti locali (artt. 17 e 118 Cost.); il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.); il principio di legalità e tipicità degli illeciti amministrativi (art. 1 della legge n. 689/1981); la tassatività delle norme penali (art. 25 Cost.) e il monopolio statale in questa materia, poiché trattandosi di trasgressione a provvedimenti dati dall'autorità in materia di sicurezza pubblica il trasgressore di tali divieti subirebbe anche le sanzioni penali previste ai sensi dell'art. 650 c.p.

3. *(Segue) Il principio di legalità in senso sostanziale*

Sulla base di queste ultime impostazioni, quindi, i dubbi di legittimità finiscono per trasferirsi dai provvedimenti amministrativi alla legge, atto-fonte previsto e disciplinato dalla Costituzione.

In tal senso, è ben noto come la valutazione varierà a seconda se si acceda: *a)* al principio di legalità formale, inteso alternativamente, o come mera base legale di volta in volta fornita dall'atto legislativo alla fonte secondaria, oppure come semplice esistenza della previa norma, posta da qualsiasi tipo di fonte che indirizzi l'attività amministrativa, ovvero *b)* al principio di legalità sostanziale, da cui discende che ogni attribuzione legislativa in bianco comporta il rovesciamento del sistema chiuso delle fonti primarie, con conseguente manomissione dell'ordine gerarchico delle fonti del diritto e dell'assetto costituzionale dei poteri. Si pone poi il problema di una terza prospettiva *c)*, legata alla teorizzazione della riserva di legge relativa applicabile a tutte le imposizioni personali di *non facere* desumibile dall'art. 23 Cost.

Invero, a detta di taluni anche lo sviluppo di quest'ultima tematica condurrebbe ad esiti in parte coincidenti con quelli che deriverebbero dalla postulazione di un principio di legalità sostanziale per l'attività amministrativa, che talvolta è stato proprio rintracciato nell'art. 23 Cost., anche se si sono evidenziate talune significative differenze fra riserva di legge relativa e principio di legalità sostanziale.

Si è detto, ad esempio, che tra principio di legalità sostanziale e riserva di legge relativa vi è una differenza di grado o quantitativa, in quanto la seconda è una figura intermedia tra la riserva assoluta e la legalità sostanziale. Si è rilevato, inoltre, come il principio di legalità sostanziale più che imporre la necessità di una previa legge, richiederebbe una previa *norma*, sicché sarebbe sufficiente a soddisfarlo anche una disciplina su base regolamentare.

In ogni caso, sarebbe più corretto nel nostro caso parlare di violazione della riserva relativa di legge, poiché questa riguarda il rapporto tra Costituzione, legge e amministrazione, e, imponendo la disciplina legislativa di una data materia, delimita l'esercizio del potere normativo dell'esecutivo, comportando in caso di generica disciplina della materia l'illegittimità costituzionale della legge stessa. Diversamente il principio di legalità attiene al rapporto tra legge e attività complessiva dell'amministrazione, dunque anche quella non normativa, sicché il mancato rispetto del principio in questione determina l'illegittimità dell'azione amministrativa.

Come vedremo queste distinzioni sono alquanto sfumate nella sentenza n. 115 del 2011. Invero ciò non meraviglia più di tanto, in quanto imponendo una disciplina legislativa non solo le condizioni di esistenza del potere amministrativo ma anche le modalità del suo esercizio, la riserva di legge finisce per confondersi col principio di legalità inteso in senso sostanziale. Peraltro la riserva di legge opera, più che nel suo aspetto negativo (esclusione di fonti subordinate) in quello positivo (obbligo per il legislatore di disciplinare non genericamente la materia riservata).

Si potrebbe peraltro dire, tentando di accostare e conciliare i due istituti, ma dotando ciascuno di essi di una specifica funzione, che il principio di legalità impone che la norma di legge attributiva del potere indichi il soggetto attivo e quello passivo del rapporto amministrativo, oltre al contenuto possibile (tipizzato) del provvedimento, mentre la riserva di legge richiede una regolamentazione ulteriore della materia stessa, limitando la discrezionalità dell'organo agente e lo spettro delle possibili soluzioni per esso disponibili.

Di recente un autorevole studioso è tornato sull'argomento¹³, riprendendo l'altrettanto autorevole distinzione fra legalità in senso debolissimo (per cui è conforme alla legge l'atto che sia con essa compatibile), legalità in senso debole (per cui è conforme alla legge l'atto autorizzato dalla legge), e legalità in senso forte (per cui è conforme alla legge l'atto che abbia la forma e il contenuto pre-determinato dalla legge).

Così nella dottrina tedesca, nell'esegesi dell'art. 20 comma 3 GG (secondo cui il potere legislativo è vincolato all'ordinamento costituzionale, mentre l'esecutivo e la giurisdizione sono vincolati alla legge e al diritto), è prevalsa l'idea che tale norma enunci il principio della riserva di legge, in base alla quale l'autorità amministrativa può agire solo se a ciò autorizzata dalla legge. Sicché mentre il *Vorrang*, ossia il primato della legge, vieta la violazione delle leggi vigenti, il *Vorbehalt* richiede, in positivo, una base legislativa per l'attività amministrativa.

In Italia, invece, tradizionalmente il principio di legalità viene distinto dalla riserva di legge, che a sua volta si scinde in assoluta e relativa. Sennonché si è

¹³ G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 10.

osservato che la pubblica amministrazione è già, in sé, una materia sottoposta a riserva di legge (art. 97 e art. 117, comma 2, lett. *f* e *g*), quindi anche in Italia la conformità alla legge che è inerente al principio di legalità andrebbe intesa in senso forte: nel senso cioè che la legge deve sempre disciplinare compiutamente i poteri dell'esecutivo.

Di ciò si ha conferma proprio in base alla considerazione della giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale richiama in proposito il principio di legalità sostanziale. Essa ribadisce, quindi, che l'assoluta indeterminatezza del potere demandato ad una pubblica amministrazione «senza l'indicazione di alcun criterio da parte della legge» viola il principio di legalità sostanziale.

Inteso in tal senso il principio di legalità pone un vincolo, prima che al Governo e alla pubblica amministrazione, al legislatore, inibendogli di conferire poteri all'uno o all'altra senza determinare le finalità, i presupposti, il procedimento, il contenuto, gli effetti. In conclusione: «Una legge che si astenesse dal disciplinare questi aspetti sarebbe costituzionalmente illegittima “per difetto”: ossia non per quello che regola ma per quello che omette di regolare».

Venendo alla nostra questione, se il principio di legalità viene rispettato nei limiti in cui la norma attribuisce il potere e determina l'interesse primario, quello di tipicità può essere derogato solo nell'eventualità che ricorrano circostanze eccezionali, che non possono essere affrontate e risolte mediante l'esercizio delle competenze e degli ordinari poteri amministrativi, caratterizzate appunto dalla contingibilità e dall'urgenza.

Questo ci pare un aspetto fondamentale. Gli enunciati in ordine al fine di interesse pubblico ed ai presupposti di necessità e urgenza possono consentire un giudizio di congruità fra contenuto in concreto accolto dalla pubblica amministrazione, la situazione storico-temporale posta a base dell'emanazione dell'atto, nonché il fine dell'interesse pubblico voluto perseguire. Ma è solo in queste condizioni, quando cioè si abbini all'enunciazione del fine di interesse pubblico anche la determinazione dei presupposti della necessità e dell'urgenza, che sarà possibile ritenere soddisfatta la riserva relativa di legge, poiché in tali ipotesi il sindacato di eccesso di potere potrà rivelarsi lo strumento più consono a forgiare i limiti d'esercizio a quel potere della pubblica amministrazione che è mutevole da caso a caso.

Le norme attributive dei poteri d'ordinanza sono, quindi, norme sulla produzione giuridica e, per essere conformi alla Costituzione, necessitano, fra l'altro, che il potere possa essere esercitato solo in casi di assoluta necessità tali da non consentire l'utilizzo dei poteri ordinari; inoltre, gli effetti prodotti dall'esercizio del potere di ordinanza sono destinati ad esaurirsi con lo spirare della situazione stessa (contingibilità).

4. *La sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale*

È da tali premesse ricostruttive che bisogna partire per intendere le motivazioni della Corte nella sentenza n. 115 del 2011. Da una parte il fondamentale *link* tra art. 23 ed art. 97 Cost., dall'altra l'indicazione della riserva di legge relativa imposta da tali norme, e la declinazione di essa nell'alveo del principio di legalità sostanziale.

La Corte considera la questione rilevante, dopo aver disatteso l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa dello Stato, basata sul rilievo che le ordinanze oggetto del giudizio sarebbero pienamente sindacabili in sede giurisdizionale, e che i vizi di legittimità costituzionale denunciati dal remittente sarebbero in realtà vizi dell'atto amministrativo. Sicché già in punto di rilevanza viene scartata la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Nel merito la sentenza risolve la questione attraverso due passaggi argomentativi essenziali.

Da un lato si riconosce la bontà della ricostruzione secondo cui non è consentito alle ordinanze "ordinarie", quali quelle previste dall'art. 54, comma 4, t.u.e.l. in materia di sicurezza urbana, di derogare a norme legislative vigenti, come è invece possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e sulla condizione della temporaneità dei loro effetti. Questo sulla scorta del vero "Ibis redibis" della pronuncia: poiché la frase «anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento» è posta tra due virgole, si deve ritenere che le ordinanze ordinarie non possano derogare a norme legislative vigenti. L'estensione anche a tali atti del regime giuridico proprio degli atti contingibili e urgenti avrebbe richiesto una disposizione diversamente formulata, nel seguente modo: «adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento». Si conferma così che «deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se "temporalmente delimitate" e, comunque, nei limiti della "concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare"».

Se il metodo "sibillino" – si passi il motto di spirito – salva per questa via la legittimità della norma, si perviene però in seconda battuta al punto più importante.

Secondo la Corte, infatti, le considerazioni appena svolte non appaiono sufficienti ad esaurire l'intera problematica. È a questo punto che viene richiamato il principio di legalità sostanziale, «posto a base dello Stato di diritto». A detta della Corte, che rafforza il suo ragionamento menzionando precedente giurisprudenza: «Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica,

copertura legislativa dell'azione amministrativa». Non espressamente richiamata, ma certo sullo sfondo, l'idea che solo ove sia prevista una riserva di legge relativa la legge possa attribuire all'amministrazione l'emanazione di atti anche a carattere sostanzialmente normativo, purché vengano indicati «i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito».

Non si tratta, dunque, di un problema di deroghe alle norme vigenti, col limite dei principi generali. La questione si colloca più a monte, e riguarda i presupposti dell'esercizio del potere di ordinanza. Essendo esercitabile il potere anche al di fuori di fatti eccezionali e imprevedibili a carattere transeunte, la norma appare incostituzionale là dove consente che eventi "normali" possano costituire presupposti per la sua applicazione.

I giudici accostano a questo punto al principio di legalità sostanziale la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost., con due precisazioni importanti, anche perché non pacifiche: *a)* il carattere relativo della riserva *de qua* non relega la legge sullo sfondo, né può ridursi a un mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e dei modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini; *b)* l'imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di prestazione, in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti rientrante nella sfera del lecito, finisce per restringere la libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa dalle determinazioni di un atto legislativo.

Né all'uopo può quindi essere richiamato il d.m. 5 agosto 2008, che ha indicato cosa debba intendersi ai sensi dell'art. 54 t.u.e.l. per incolumità pubblica o per sicurezza urbana. Infatti: «la natura amministrativa del potere del Ministro, esercitato con il decreto sopra citato, se assolve alla funzione di regolare i rapporti tra autorità centrale e periferiche nella materia, non può soddisfare la riserva di legge, in quanto si tratta di un atto non idoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini». Trattandosi dell'imposizione di comportamenti che rientrano nella generale sfera di libertà dei consociati, la limitazione della discrezionalità amministrativa in materia non può essere "auto-referenziale", ma deve essere prevista in via generale dalla legge. Non si dimentichi, sul punto, come la stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di qualificare tale atto come semplicemente ricognitivo e contenente "mere linee guida" al potere di ordinanza del sindaco.

Viene sanzionata quindi, come si è sopra accennato, pure la violazione dell'altra riserva di legge relativa, formulata dall'art. 97 Cost. allo scopo di assicurare l'imparzialità dell'amministrazione, e ciò sempre a garanzia del cittadino, che trova protezione, rispetto a possibili discriminazioni, proprio nel parametro legislativo, la cui osservanza deve essere concretamente verificabile in sede di controllo giurisdizionale.

Questo passaggio appare molto rilevante. Emerge in questo punto della sentenza che l'imparzialità di cui all'art. 97 Cost. costituisce una componente importante del principio di legalità. Da qui, quindi, il collegamento con la questione attinente la portata del principio di legalità nei confronti del legislatore, affinché possa dirsi rispettato proprio il criterio di imparzialità nell'amministrare.

Si evidenzia così, nello Stato costituzionale, l'insufficienza dell'accezione garantista del principio di legalità. Infatti, se in origine il problema della garanzia dei diritti nei confronti del legislatore non si pone, in quanto essi nascono dalla legge, e non appaiono configurabili diritti da garantire "contro" di essa, nell'ordinamento costituzionale, stante la rigidità delle Costituzioni contemporanee, assume rilevanza il problema di garantire anche nei riguardi del legislatore i diritti che discendono dalla Costituzione.

Quindi, affinché l'azione amministrativa risulti legittima, la legge rispetto alla quale è raffrontato l'agire amministrativo deve, a sua volta, essere costituzionalmente legittima. In tal senso si è detto che «ove un atto dell'autorità non trovi nell'ordinamento norme sufficienti a delimitare il corretto esercizio del potere ne consegue che le norme di legge attributive di tale potere possono essere favorevolmente impugnate per violazione delle disposizioni costituzionali che impongono riserve relative alla legge». La legalità costituzionale dell'amministrazione viene riscontrata nell'esigenza che il legislatore circoscriva i poteri discrezionali dell'amministrazione, in modo che il loro esercizio sia riconducibile alla legge. Sicché non è più sufficiente ritenere che al legislatore non sia permesso tutto ciò che è vietato espressamente dalla Costituzione, poiché il controllo di costituzionalità sulla legalità sostanziale determina un sindacato sul grado di delimitazione dei poteri conferiti dalla legge all'amministrazione.

Strettamente collegato alla rilevanza del principio di imparzialità è, quindi, il *vulnus* al principio di eguaglianza di fronte alla legge di cui all'art. 3 Cost., là dove i medesimi comportamenti possono essere ritenuti in vario modo leciti o illeciti, a seconda delle numerose parti del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci. Qui la Corte effettua un passaggio argomentativo che ha caratteri più generali, e che probabilmente incidono più a monte sulla rilevanza della questione, là dove richiama la prassi amministrativa a dimostrazione dei propri assunti. Con riferimento alla disparità di trattamento, quindi, finisce per mancare anche un parametro normativo per valutarne la ragionevolezza.

Questo, nella sentenza, l'unico accenno – indiretto, ed effettuato con riferimento all'art. 3 Cost.¹⁴ – al principio di giustiziabilità di cui agli artt. 24 e 113

¹⁴ Altro discorso è da farsi, evidentemente, sulla concreta conformità delle singole ordinanze al parametro rappresentato dall'art. 3 Cost., nella sua duplice declinazione di eguaglianza formale (come principio di non discriminazione ingiustificata) e di eguaglianza sostanziale. Sotto entrambi questi aspetti, la prassi delle ordinanze, spesso politicamente orientate, è andata a colpire soprattutto gli abitanti delle periferie, e comunque i c.d. *outsider* "persistenti". Con riguardo al *vulnus*

Cost., che peraltro come si è detto il Tar remittente ha ritenuto conculcato, in ragione della vastità e dell'indeterminatezza dei poteri attribuiti al sindaco, tali da rendere eccessivamente difficoltosa la possibilità di un sindacato giurisdizionale effettivo delle singole fattispecie. D'altra parte appare sicura la, seppure non espressa, rilevanza del principio. È evidente, infatti, che la mancata tipizzazione del possibile contenuto imperativo del provvedimento autorizzato conferisce all'amministrazione una discrezionalità illimitata, passibile di sfociare in arbitrio, e rende di fatto e di diritto non esercitabile quel controllo giurisdizionale che viceversa la Costituzione ha voluto elevare al rango di valore irrinunciabile. Sotto questo profilo si sarebbe potuto valorizzare anche il principio di proporzionalità, considerando, alla stregua della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sproporzionata la norma che non consente di applicare la proporzione, in quanto priva (l'amministrazione in prima battuta, poi eventualmente il giudice) delle coordinate e dei parametri necessari ad orientarla nella sua applicazione¹⁵.

La dichiarazione di incostituzionalità, sulla base di tali premesse, espresse o tacite, colpisce soltanto la parola «anche», prima delle parole «contingibili e urgenti», aspetto che potrà stupire l'osservatore che vede come interi istituti possano reggersi su una sola parola del legislatore e come una sentenza possa modificare la portata di una legge eliminando una sola parola, ma che in realtà è fenomeno non nuovo nella giurisprudenza costituzionale, oltre che plausibile accedendo ad una lettura diacronica della vicenda normativa.

La sentenza si chiude qui, lasciando impregiudicate e assorbite le altre questioni, dalla violazione del riparto di competenze alla lesione del principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale. Sembra quasi che l'importanza, oseremmo dire la laica *sacralità*, delle tematiche affrontate possa essere meglio scolpita con un *non liquet* sugli altri, pur fondamentali e strettamente connessi, aspetti.

Ma sul punto torneremo, rilevando come a questo punto resti aperta proprio la questione del riparto di competenze legislative Stato-Regione, sulle quali invece si segnala una giurisprudenza più perplessa.

Può essere interessante notare come la dottrina – specie quella costituzionalistica – abbia assunto atteggiamenti piuttosto critici rispetto alla sentenza n. 115/2011, nonostante nei mesi precedenti, come detto, era stata proprio la

al principio di eguaglianza formale si pensi ai seguenti esempi: genere e religione (divieto di burka e di c.d. "burkini", caso quest'ultimo di doppia discriminazione); razza (divieto di stazionamento ai Rom); religione (divieto ai non professanti la religione cristiana di accedere ai luoghi sacri). Spesso si sono avute pure discriminazioni "indirette" (es. ordinanze in tema di phone center, commercio ambulante). Con riguardo, invece, all'eguaglianza sostanziale, si segnalano vari provvedimenti volti alla limitazione dell'accesso all'assistenza sociale, o direttamente, operandosi sul requisito della cittadinanza, ovvero limitando i requisiti per la residenza, con parametri di reddito e/o di alloggio.

¹⁵ Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 310.

(maggioranza della) dottrina costituzionalistica ad invocare un intervento della Corte sull'art. 54 t.u.e.l.

Per quanto mi riguarda, condivido i passaggi essenziali della sentenza, anche se ammetto che forse essa avrebbe potuto motivare in modo più articolato alcuni passaggi, e magari soffermarsi anche sul delicato tema del riparto di competenze.

In ogni modo talune critiche mi appaiono ingenerose, se non fuori fuoco.

Si è detto¹⁶ che, andando a guardare la precedente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di legalità sostanziale (es. sentt. 150/1982; 307/2003; 32/2009), essa ha lentamente iniziato ad adoperare l'argomento della legalità in modo "desemantizzato" rispetto al senso originariamente assunto, in modo da usarla non tanto per difendere il ruolo della legge statale nel sistema, quanto per porre argini a nuovi soggetti che negli anni '70 avanzavano pretese di riconoscimento (le Regioni).

Questo può essere vero, ma a me pare una considerazione di carattere descrittivo piuttosto inconferente, né mi sembra che l'uso del precedente abbia, come è stato detto, carattere prescrittivo.

Peraltro, che la Corte costituzionale abbia una sua "politica giurisprudenziale" è osservazione non nuova. Già alla fine degli anni '60, infatti, autorevole dottrina¹⁷ mostrava come la giurisprudenza della Corte sulle disposizioni della legge urbanistica del 1942 che prevedevano limiti non connaturali alla proprietà urbana, più che riguardare la proprietà in sé e per sé erano state assunte a tutela dell'uniformità e centralità dell'intervento.

Nel caso di specie, invece, si può serenamente notare come la sentenza, nel soffermarsi sul carattere garantistico del principio di legalità sostanziale, porti (al contrario) a una rinnovata centralità dell'ente locale, ed essenzialmente dei consigli comunali (e del loro potere regolamentare).

Certo, resta il problema della mancata enunciazione del *quantum* di legalità sostanziale. Ma questo attiene alla tecnica redazionale della sentenza (forse eccessivamente stringata), non già alla sua bontà intrinseca.

L'altra questione, quella dei rapporti fra legalità sostanziale e riserva relativa di legge, può essere poi fonte di equivoci. Si è ritenuto¹⁸ che la Corte distingue legalità sostanziale e riserve relative, e da ciò si è arrivati addirittura a sostenere che a questo punto le conclusioni della sentenza n. 115 del 2011 potrebbero ritenersi applicabili pure alle ordinanze contingibili e urgenti in materia di sicurezza urbana.

¹⁶ Cfr. S. PARISI, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011*, in www.forum-costituzionale.it

¹⁷ Ci riferiamo evidentemente a S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 413 ss.

¹⁸ Cfr. G. MELONI, *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative*, in www.federalismi.it.

A me invece pare che nella sentenza n. 115 del 2011 legalità sostanziale e riserve relative di legge (art. 23 Cost.) tendano a compenetrarsi, e che dunque possa continuarsi a ritenere che nei casi di ordinanze contingibili e urgenti sia sufficiente l'enunciazione legislativa del fine di interesse pubblico e la generica determinazione dei presupposti di necessità e di urgenza, lasciando al g.a., attraverso l'eccesso di potere, la verifica della legittimità dell'ordinanza emergenziale.

La sentenza n. 115/2011, dunque, a meno di non voler immaginare *de iure condendo* un'improbabile legificazione del d.m. 5 agosto 2008, riporta al centro della scena il potere regolamentare dei consigli comunali, e in tal senso legalità sostanziale, garanzie del cittadino, e riparto di competenze, vanno di pari passo, attuandosi così un vero passo avanti autonomistico, là dove prima tutto ruotava attorno alla figura del Sindaco ufficiale di Governo.

A mio avviso, infatti, a questo punto non c'è particolare spazio per una legificazione statale in materia di sicurezza urbana per due concorrenti ragioni.

La prima concerne il fatto che la normativa di cui abbiamo sinora parlato ha avuto spesso carattere eminentemente "rafforzativo", poiché la gran parte delle fattispecie riguardano comportamenti già direttamente sanzionabili in via amministrativa (es. commercio abusivo), ovvero sul versante penale (es. fruizione della prostituzione minorile, danneggiamento del patrimonio storico-artistico, abbandono di rifiuti).

La seconda, forse più importante, pone al centro un rilievo pregiudiziale: nel "diritto vivente" delle ordinanze, il collegamento con una nozione ristretta di ordine pubblico e sicurezza spesso non esiste affatto¹⁹. Per fare alcuni esempi paradigmatici, che divertiranno gli amici e colleghi brasiliani, si pensi all'ordinanza del sindaco di Saluggia, con la quale si vietava il lancio del riso nelle cerimonie nuziali, oppure a quella del sindaco di Eraclea, comportante il divieto di fare buchi con la paletta in spiaggia...

È naturale, in questo senso, che tornino sulla scena i regolamenti consiliari in materia di polizia amministrativa, proprio perché i comuni non hanno competenze in materia di sicurezza pubblica.

Senonché, se la Corte ha dato questa interpretazione "forte" del principio di legalità, nello stesso tempo in precedenza ha avuto modo di definire la sicurezza urbana in un modo che la avvicina molto alla competenza statale in materia di sicurezza pubblica.

¹⁹ Così, molto chiaramente, G. FALCON, *Il federalismo dei sindaci (e dei prefetti)*, in *Le Regioni*, 2009, 448.

5. *Il nodo del riparto di competenze Stato-Regioni*

Passiamo in questo modo alla questione, forse oggi più problematica e aperta, dell'autonomia regionale in materia²⁰.

In base all'art. 117, comma 2, lett. *b* Cost., introdotto dalla riforma del Titolo V del 2001, l'ordine pubblico e la sicurezza, esclusa la polizia amministrativa locale, spettano alla potestà legislativa esclusiva dello Stato; inoltre, il novellato art. 118, comma 3, affida alla legge statale forme di coordinamento fra Stato e Regioni, fra l'altro, nelle materie di cui al suddetto art. 117, comma 2, lett. *b*.

Certo è che, pur riconoscendo che il precedente assetto di competenze resta valido anche dopo la riforma del Titolo V, molto spesso appare difficoltoso ricondurre determinate funzioni tra quelle di polizia amministrativa o quelle riguardanti l'ordine pubblico e la sicurezza, ed in tale prospettiva assumono un ruolo fondamentale, anche se sinora non adeguatamente valorizzato, gli strumenti della leale collaborazione e del coordinamento, di cui è espressione l'art. 118, comma 3, Cost.²¹

In ogni caso all'indomani della riforma del 2001 i primi commentatori, nonché la Corte costituzionale, hanno propugnato un'interpretazione restrittiva delle nozioni di ordine e sicurezza pubblica. Ciò, sia in ossequio alla generale logica del ribaltamento dei criteri di riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni, che vede oggi la competenza statale tassativamente limitata, sia nell'intento più specifico di evitare che l'ordine e la sicurezza pubblica si configurino come titoli di eccessiva ampiezza, materie trasversali legittimanti un'indiscriminata invasione statale delle competenze regionali esclusive e concorrenti e che, inoltre, ciò consenta l'adozione di norme che, come in passato, ledano illegittimamente i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti.

Così la Corte costituzionale, con la sentenza n. 290 del 2001, precisa che la locuzione «interessi pubblici primari», impiegata nell'art. 159 del d.P.R. n. 112/1998 nella definizione delle funzioni e dei compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e alla sicurezza, deve essere intesa non già alla stregua di qualsiasi interesse pubblico alla cui cura sono preposte le pubbliche amministrazioni, ma con riguardo soltanto a quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile.

Si è posto il problema se nei casi di competenza concorrente debba comunque prevalere la competenza esclusiva quando si disciplinino aspetti che abbiano rilevanza diretta e immediata per la sicurezza delle persone e dei loro beni, sicché

²⁰ Anche per questa ulteriore parte che segue nel testo si preferisce rinviare, per la dottrina e giurisprudenza ivi richiamate, a G. TROPEA, *La polizia amministrativa e la sicurezza pubblica nel quadro del riparto di competenze Stato-Regioni-autonomie locali*, in www.ius-publicum.com.

²¹ L'art. 118, comma 3, Cost. è disposizione ancora colpevolmente inattuata; peraltro, essa non risulta essere stata abrogata dall'art. 32 del testo di legge costituzionale "Renzi-Boschi".

per tali aspetti il legislatore statale sarebbe competente a dettare non solo i principi fondamentali, ma anche norme di dettaglio.

Anche in tal caso la Corte ha – almeno nei primi anni successivi alla riforma del 2001 – smentito tale impostazione. Infatti essa ha escluso che la competenza statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. *b*, abbia un carattere di trasversalità. Si pensi alla sentenza n. 6/2004, la quale afferma che «i possibili effetti in termini di ordine pubblico del cattivo funzionamento del settore energetico» non giustificano la previsione di «limiti preventivi ai poteri regionali», ma semmai autorizzano l'esercizio da parte del Governo dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120 Cost. (v. pure Corte cost., n. 383/2005). Anche con la sentenza n. 95/2005 si dà un'interpretazione restrittiva ai concetti di ordine e sicurezza pubblica, con riferimento ad alcune leggi regionali che, eliminando l'obbligo del libretto di idoneità sanitaria per il personale addetto alla produzione e vendita di alimenti e per il personale delle farmacie, si riteneva violassero la competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. *b*, Cost.

6. *Segue) L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia (in particolare: la sentenza n. 196/2009 in tema di sicurezza urbana e la n. 226/2010 in tema di "ronde" e disagio sociale)*

Senonché tale indirizzo non è stato confermato dalla giurisprudenza più recente; questa, privilegiando sovente il criterio della c.d. "prevalenza", specie con riguardo a settori connessi alla prevenzione (in via amministrativa) di comportamenti penalmente rilevanti, di fatto ha portato ad un'estensione dei casi di ritenuta sussistenza della competenza esclusiva statale, spesso a danno proprio delle competenze regionali in materia di polizia amministrativa locale. Come è ben noto, peraltro, si tratta di una tendenza più generale²², come dimostra l'evoluzione giurisprudenziale in tema di riparto di competenze legislative in materia ambientale, rispetto alla quale recentemente si evidenzia una "ri-materializzazione" dell'ambiente e la riemersione di un primato "gerarchico" della legge dello Stato nella disciplina dell'ambiente come "sistema".

Con due sentenze, la n. 222 e la n. 237 del 2006, la Corte ha rispettivamente dichiarato infondato il conflitto di attribuzione sollevato dalla Provincia autonoma di Bolzano contro l'ordinanza 9 settembre 2003 adottata dal Ministero della

²² Su tali aspetti non può che rinviarsi al numero monografico della Rivista *Le Regioni*, 2-3/2011, in cui si effettua un bilancio a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione. Tale assetto, definito in via pretoria da una giurisprudenza ormai ultradecennale della Consulta, verrebbe confermato in caso di reintroduzione dell'"interesse nazionale", che consente l'intervento dello Stato su materie non riservate alla sua legislazione esclusiva (ai sensi dell'art. 31 del testo di legge costituzionale "Renzi-Boschi").

salute a tutela dell'incolumità pubblica dal rischio di aggressione da parte di cani potenzialmente pericolosi, e accolto invece il ricorso governativo contro la legge della Provincia autonoma di Trento che disciplina l'installazione negli esercizi pubblici di determinati apparecchi da gioco. Nel primo caso, secondo la Corte, il provvedimento statale in concreto ha finalità *prevalentemente* di ordine pubblico e sicurezza, in quanto la disciplina mira a prevenire reati contro la persona, perché funzionale alla tutela dell'incolumità pubblica dal rischio di aggressione da parte di animali addestrati all'aggressività. Nel secondo caso, si sostiene che *in concreto* è in vigore una specifica disciplina statale che mira alla prevenzione dei comportamenti penalmente rilevanti legati al gioco d'azzardo.

È evidente che, alla luce di tale orientamento, finisce per aumentare il rischio che la legislazione statale produca effetti invasivi delle potestà regionali, peraltro in un contesto in cui la giurisprudenza costituzionale aveva aperto spazi rilevanti alla disciplina regionale, sia pure in casi, modi e coi limiti di volta in volta consentiti dalla legge statale (es. misure non detentive o coercitive alternative alla detenzione, misure di carattere amministrativo in materia di ordine e sicurezza pubblica, ecc.).

In ogni caso la Corte costituzionale ha ribadito questi assunti in una vicenda che ha, di nuovo, visto opposti in sede di conflitto di attribuzione lo Stato e la Provincia autonoma di Bolzano (sentenza n. 129/2009). Questa volta si trattava della contestazione della competenza di un Questore nell'adozione di un provvedimento (*ex art. 100 t.u.p.s.*) di sospensione di un'attività commerciale, a seguito di episodi di turbativa dell'ordine pubblico connessi all'attività ivi svolta. Secondo la Provincia le norme statutarie e quelle di attuazione affiderebbero al Presidente, nelle materie assegnate alla competenza della Provincia autonoma, fra cui rientra quella degli esercizi pubblici, anche le funzioni di pubblica sicurezza, ove non sia possibile individuare una netta separazione fra compiti di polizia amministrativa locale e interventi a tutela della pubblica sicurezza. La Corte non accoglie tale tesi, poiché al contrario ritiene che nel caso di specie sussista una chiara separazione fra le finalità perseguite mediante l'emanazione dell'atto impugnato (ordine e sicurezza pubblica) e la materia degli esercizi pubblici, di competenza provinciale.

Con la sentenza n. 21/2010, relativa ad una legge regionale volta alla semplificazione della normativa riguardante le procedure in materia di attività di installazione di impianti all'interno di edifici, la Corte arriva ad affermare che «la materia della sicurezza... non si esaurisce nell'adozione di misure relative alla prevenzione e repressione dei reati, ma comprende la tutela dell'interesse generale all'incolumità delle persone, e quindi la salvaguardia di un bene che abbisogna di una regolamentazione uniforme su tutto il territorio nazionale». In questo caso, quindi, non si riconduce l'intervento normativo statale alla materia «ordine pubblico e sicurezza», intesa quale prevenzione e repressione dei reati, ma sembra

teorizzarsi una concezione della sicurezza come nuova materia trasversale, intesa quale «tutela dell'interesse generale alla incolumità delle persone, e quindi... salvaguardia di un bene che abbisogna di una regolamentazione uniforme su tutto il territorio nazionale». La capacità espansiva insita in tale nozione è evidente: si pensi a tutte le attività che possono essere considerate potenzialmente pericolose, tali da mettere a rischio l'incolumità delle persone ben oltre il campo delle fattispecie penali.

Tale linea interpretativa risulta sostanzialmente confermata dalla sentenza n. 196/2009 in tema di sicurezza urbana. In tal caso ad essere censurato, sempre dalla Provincia autonoma di Bolzano, è l'art. 6 del d.l. n. 92/2008, modificativo dell'art. 54 t.u.e.l., poiché tale disposizione, attribuendo ai sindaci, in qualità di ufficiali di Governo, poteri di pubblica sicurezza e di ordine pubblico, inciderebbe sulle competenze affidate in tali settori dallo statuto speciale e dalle relative norme di attuazione al Presidente della Provincia autonoma. Inoltre viene sollevato conflitto di attribuzione relativo al d.m. 5 agosto 2008 che, nel definire le nozioni di «incolumità pubblica» e di «sicurezza urbana» previste dall'art. 6 del d.l. n. 92/2008, violerebbe la potestà legislativa primaria della Provincia in materia di «tutela e conservazione del patrimonio storico, artistico e popolare», «tutela del paesaggio», «viabilità», nonché quella secondaria in materia di «commercio», «esercizi pubblici», e «pubblica sicurezza».

Secondo la Corte nel nuovo art. 54 t.u.e.l. i poteri esercitabili dai sindaci possono essere esclusivamente finalizzati all'attività di prevenzione e repressione dei reati, e non riguardano lo svolgimento di funzioni di polizia amministrativa nelle materie di competenza delle Regioni e delle Province autonome. Lo Statuto, e le relative norme d'attuazione, non hanno mutato «la natura dei poteri conferiti ai Presidenti delle Province, che restano speciali funzioni amministrative statali loro attribuite, senza che da ciò possa dedursi, con una sorta di parallelismo invertito fra funzioni amministrative e legislative, la titolarità di un potere legislativo della Provincia in materia di sicurezza pubblica, tale da impedire il mutamento della legislazione statale in materia».

La Corte sembra così tornare al tradizionale orientamento restrittivo in materia di ordine pubblico e sicurezza. Tuttavia, anche in tal caso emerge chiaramente la volontà di salvare la disciplina statale impugnata. Ciò avviene in un contesto, quale è quello del «diritto vivente» delle ordinanze, in cui il collegamento con tale nozione ristretta di ordine pubblico e sicurezza spesso, come detto, non esiste affatto.

In tal senso la Corte pare aver preso posizione a favore della tesi che vede la sicurezza urbana come parte dell'ordine pubblico, sicurezza pubblica «minore»²³, scartando invece la diversa ricostruzione che configura la sicurezza urbana come

²³ Tale opinione è stata sostenuta, fra i primi, da G. CAIA, *“Incolumità pubblica” e “sicurezza urbana” nell'amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.)*, in www.gustamm.it.

intreccio e punto di coordinamento fra competenze diverse, statali e non, volto non solo, in senso stretto (c.d. *security*), alla prevenzione e repressione dei reati, ma anche, in senso ampio (*safety*), alla promozione e coesione sociale. Tutto ciò finisce per determinare una potenziale indebita sottrazione di competenze regionali esclusive o concorrenti, rispetto a materie che ben potrebbero riguardare la sicurezza urbana. Si pensi alla formazione professionale e alla tutela e sicurezza sul lavoro, ai servizi sociali, alle attività culturali e all'istruzione, alle attività produttive, all'urbanistica e all'edilizia.

Quanto al tema delle periferie, rischia, in tal modo, di venire mortificato lo spazio operativo del nuovo suggestivo concetto di "rigenerazione urbana"²⁴, peraltro già tradottosi in specifiche leggi regionali (es. Regione Puglia, legge n. 21/2008; Regione Toscana, legge n. 40/2011), che si caratterizza per interventi strategici, legati non solo alla (più tradizionale) riqualificazione e al risanamento del patrimonio edilizio e degli spazi pubblici, ma anche al contrasto dell'esclusione sociale degli abitanti, attraverso una molteplicità di interventi, materiali e immateriali: campo abitativo, della formazione, del lavoro e dello sviluppo, del risanamento dell'ambiente urbano mediante la previsione di infrastrutture ecologiche, della c.d. arte pubblica, etc.

Più a monte, si pone un problema di ordine organizzativo: si allude alla compatibilità con l'attuale assetto costituzionale della figura del sindaco o del presidente della giunta provinciale quali ufficiali di Governo, presupposto sulla scorta del quale la Corte ha fatto ruotare le sue argomentazioni di stampo centralistico. Senonché appare evidente come il discorso potrebbe essere ribaltato: mettendosi in dubbio la legittimità di tale antica figura organizzativa, specie dopo la riforma del Titolo V Cost., buona parte delle tesi della Corte finirebbero per indebolirsi.

Comunque, nell'attuale difficoltà di valorizzare le competenze regionali e comunali in materia di sicurezza urbana, stante la suddetta interpretazione della Corte, una strada percorribile può essere quella di un intervento legislativo volto all'attuazione dell'art. 118, comma 3, Cost. Peraltro vi sono dei margini per ritenere ormai tramontata la figura del sindaco quale ufficiale di Governo, alla luce dell'iscrizione della polizia locale tra le funzioni fondamentali di ogni comune, sulla base dell'art. 21, comma 3, della legge n. 42/2009 in materia di federalismo fiscale.

Più di recente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 226/2010, è tornata sulla questione, con riferimento al potere di stabilire le condizioni alle quali i comuni possono avvalersi della collaborazione di associazioni di privati per il controllo del territorio. Secondo le Regioni ricorrenti la legge n. 94/2009, attuata con d.m. 8 agosto 2009, avrebbe oltrepassato i limiti statali propri della

²⁴ Cfr., sul tema, R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 237 ss.

materia «ordine e sicurezza pubblica» di cui all'art. 117, comma 2, lett. *b*, Cost. La sentenza si pone in parziale continuità con la precedente n. 196/2009, per la parte relativa al fine di segnalazione di eventi che possono arrecare danno alla sicurezza urbana. Altro discorso viene fatto per il riferimento alle «situazioni di disagio sociale», che viene considerato come elemento spurio ed eccentrico rispetto alla *ratio* della disciplina, e ricondotto alla sicurezza sociale, rientrando nella competenza regionale residuale.

Trattasi di sentenza²⁵ che merita un giudizio favorevole – almeno su questo punto – in quanto essa trova nella nozione di «disagio sociale» un argine rispetto a una tendenza, che prima che giuridica è culturale. Infatti la decisione sembra porsi in discontinuità rispetto ad una tendenza emergente nelle più recenti politiche pubbliche in Italia (e non solo), spesso caratterizzate da una sorta di “supplenza” della sicurezza pubblica rispetto alla sicurezza sociale, con una sorta di ritorno alle politiche pubbliche di trattamento della povertà e del disagio sociale di fine ‘800²⁶.

7. Conclusioni critiche (...con una punta di speranza)

Ecco, dunque, come le politiche di sicurezza rischiano di prendere il posto delle politiche sociali. Il tutto si intreccia strettamente al tema delle periferie: le *classes dangereuses* di questo inizio XXI secolo, infatti, sono concentrate in quartieri degradati, abitati da un'elevata popolazione immigrata, spesso scarsamente istruita e priva di occupazione²⁷. Sia nelle *Banlieues* francesi che nelle *New Town* britanniche l'insicurezza finisce per essere prodotta soprattutto dall'abbandono dello Stato sociale, in favore di politiche securitarie di più semplice realizzazione e di maggiore “efficacia” politica.

Il Brasile ci ha probabilmente preceduti in questa tendenza. Un discorso simile, infatti, potrebbe farsi per le *favelas*, che presentano però delle peculiarità.

²⁵ Su tale sentenza sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. amm.*, 2011, 55 ss.

²⁶ Cfr. le sempre lucide riflessioni di R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁷ Anche in Italia è fortemente percepito il problema del rapporto periferie-migranti. Esso è stato anche sfruttato come business (si v. l'inchiesta denominata “Mafia-capitale”), e ha portato ad un'intensa conflittualità tra i “penultimi” (i residenti delle periferie) e gli “ultimi”. Cfr., sul punto, F. BATTISTELLI, *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, cit. Altro discorso è se esista un rischio jihadista nelle nostre città, nelle nostre periferie. Se esso non è certamente da escludere, come testimoniano le ormai quotidiane espulsioni disposte dal Ministro degli Interni per motivi attinenti al rischio terroristico, tuttavia non appare ancora paragonabile a quello sussistente in luoghi come Londra, Parigi, o Bruxelles, per due concorrenti ragioni riguardanti il nostro Paese: non essere stato un vero impero, non sentirsi una vera nazione. Cfr., sul punto, l'analisi di L. CARACCIOLLO, *Il resto del mondo, in Indagine sulle periferie*, cit., 23.

Prima degli anni '80 esse venivano inquadrare come “ambiente di solidarietà”, caratterizzate da forme di associazionismo spontaneo e di informale risoluzione dei conflitti (fuori dalla giuridicità statale).

Dopo gli anni '80 divengono luoghi ormai militarizzati (con crescente presenza di “milizie private” a carattere “parastatale” e “paramilitare”), a causa dell'esplosione delle attività connesse al traffico di droghe, in particolare la cocaina²⁸.

In Brasile vi è un altissimo livello di percezione soggettiva di “insicurezza urbana”²⁹, di minaccia fisica e patrimoniale, legata alla violenza urbana³⁰.

La questione della “sicurezza urbana” oggi, in Brasile come in Italia, porta alla sicurezza “attraverso la riduzione dei diritti degli altri”: la “pubblica sicurezza” è, infatti, la insicurezza delle *favelas* assediate dalla polizia, dei bambini che non possono andare a scuola, dei lavoratori fermati dalla polizia³¹.

Sicché lo spazio urbano finisce per essere ridisegnato “secondo la logica della paura e la metafora della guerra”, e si ha una spiccata tendenza alla privatizzazione dello spazio pubblico, specialmente nelle periferie (c.d. *gated communities*). Anche studi etnografici, basati sulle pratiche della polizia, hanno dimostrato come qui il disagio sociale viene affrontato attraverso l'intensificazione della presenza delle forze dell'ordine, dei controlli dei documenti e degli arresti, non sui meccanismi di produzione della disuguaglianza sociale³².

Tornando al nostro ordinamento, appare evidente come tali tendenze vengano incentivate dal modo in cui la sopra riportata giurisprudenza finisce per salvaguardare comunque la competenza statale: da un lato essa incide in senso limitativo sulle competenze “promozionali” e di coesione sociale regionali e degli enti territoriali, dall'altro non può che trasfigurare anche la connotazione «positiva» e di benessere della polizia amministrativa, legata alle trasformazioni dello stato sociale, che aveva inciso sulla stessa sopravvivenza della nozione di polizia amministrativa come materia.

Ma forse questa altro non è che una ulteriore spia della profonda crisi del modello di stato democratico e sociale che attraversano, non da ora, buona parte dei Paesi occidentali.

Sotto questo aspetto si dovrebbe a questo punto affrontare la declinazione

²⁸ A. RIBEIRO GIAMBERARDINO, *Controllo sociale e traffico di droghe in Brasile*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 1/2010, 25 ss.

²⁹ G. AROCENA, *Inseguridad urbana y ley penal: el uso político del derecho penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana*, Córdoba, 2004.

³⁰ A. ZALUAR, *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*, Rio de Janeiro, 2004.

³¹ Nella letteratura italiana v., per tutti, M. PAVARINI, *Bisogni di sicurezza e dimensione istituzionale*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 1994, 435 ss.; ID., *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.*, 2009, 805 ss.; in quella brasiliana, v. invece L.A.M. SILVA, *Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano*, in *Sociedade e Estado*, 2004, 53 ss.

³² D. FASSIN, *La forza dell'ordine. Antropologia della polizia nelle periferie urbane*, trad. it., Bologna, 2013.

“orizzontale” dei rapporti fra sussidiarietà e sicurezza, dovendosi prima di tutto distinguere i diversi fenomeni: liberalizzazione, esternalizzazione, effettiva applicazione nella materia dell’art. 118, comma 4, Cost.³³.

Si tratta di fenomeni eterogenei, che spesso non hanno nulla a che vedere col principio di sussidiarietà.

Una cosa è, infatti, la liberalizzazione del settore della vigilanza privata, sostanzialmente avvenuta nel nostro ordinamento con alcuni provvedimenti normativi del 2008, in attuazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, altra cosa è l’esternalizzazione di talune funzioni di ordine, come la costruzione e gestione delle carceri, in base ad un modello (che presenta svariati profili di criticità, soprattutto con riguardo alla gestione più che alla costruzione) attecchito soprattutto negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, e che in Italia ha trovato sinora limitate e sporadiche applicazione. Una cosa, poi, è la “polizia di prossimità” (c.d. *Community Policing*), che ha origine negli Stati Uniti e in Canada fra gli anni ’70 e ’80, e che riguarda soprattutto la riforma dell’organizzazione del sistema di pubblica sicurezza, piuttosto che il diretto coinvolgimento dei privati nella gestione della stessa (anche in questo caso, in Italia, con scarso successo, si v. la figura del poliziotto “di strada” o “di quartiere”), altra cosa è il c.d. *Neighbourwood watch*, che invece effettivamente implica la partecipazione diretta del cittadino, in attuazione di strategie di “prevenzione situazionale” e di politiche di *Zero Tolerance*.

Peraltro, la disciplina italiana in materia di “ronde” (dettata dalla legge n. 94/2009 e dal d.m. 8 agosto 2009), che più delle altre dovrebbe intercettare il principio di sussidiarietà orizzontale, oltre ad essersi dimostrata del tutto ineffettiva³⁴, più che altro uno spot politico, si è posta in profondo contrasto con le esperienze di “cittadinanza attiva” elaborate dalla dottrina, e peraltro fatte proprie da talune legislazioni regionali e da buone pratiche a livello locale³⁵.

Il tema sarebbe a questo punto più ampio, toccando la riflessione critica sulla configurabilità di un autonomo *diritto* alla sicurezza, dovendosi più cor-

³³ Per un approfondimento su tali aspetti sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, cit., spec. 279 ss. Sul tema risulta di grande interesse, inoltre, F. PIZZOLATO, P. COSTA (a cura di), *Sicurezza, Stato e mercato*, Milano, 2015.

³⁴ Fra le altre critiche rivolte al provvedimento, oltre al riferimento generico al concetto di “disagio sociale”, su cui, come si è detto, è intervenuta Corte cost. n. 226/2010, si fa riferimento ai poteri dei volontari: la legge n. 94/2009 fa riferimento al *fine* della segnalazione, sennonché il *fine*, evidentemente, non è un potere. Inoltre, non è comunque ben demarcato il confine tra rilevazione/osservazione (ronde) ed accertamento del reato (riservato alle forze di polizia).

³⁵ Ci riferiamo, evidentemente, a G. ARENA, *Cittadini attivi*, Bari, 2006, mentre le esperienze e le buone pratiche, anche nell’ambito della “sicurezza partecipata”, sono documentate nel sito *www.labsus.org*.

rettamente parlare di sicurezza come *bene*, non già pubblico³⁶, ma più correttamente *comune*³⁷.

Tuttavia non si vuole abusare dello spazio a disposizione. Un dato sembra comunque acquisito: il progressivo accentramento statale in tema di sicurezza urbana, spesso suffragato dalla nostra giurisprudenza, ha finito per tradire i principi di sussidiarietà verticale e orizzontale in tale ambito, imponendo un modello di “sicurezza pubblica minore” nelle politiche pubbliche in materia. Tutto ciò forse può spiegarsi sul piano *descrittivo* alla luce della progressiva “densificazione” di nozioni quali “periferia” e della stessa nozione di “sicurezza urbana” – come qui si è cercato di dimostrare –, ma sul piano *prescrittivo* delle politiche pubbliche finisce per imporre un modello – ormai consolidato – rappresentato dal tramonto del c.d. welfarismo criminologico come specchio della più ampia crisi dello Stato sociale.

In tutt'altra direzione, che sembra porsi in un'auspicabile inversione di rotta, va il recentissimo D.P.C.M. 25 maggio 2016, attuativo dell'art. 1, comma 974 ss., della legge n. 208/2015: «Per l'anno 2016 è istituito il Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluoghi di provincia, di seguito denominato “Programma”, finalizzato alla realizzazione di interventi urgenti per la rigenerazione delle aree urbane degradate attraverso la promozione di progetti di miglioramento della qualità del decoro urbano, di manutenzione, riuso e rifunzionalizzazione delle aree pubbliche e delle strutture edilizie esistenti, rivolti all'accrescimento della sicurezza territoriale e della capacità di resilienza urbana, al potenziamento delle prestazioni urbane anche con riferimento alla mobilità sostenibile, allo sviluppo di

³⁶ Nel recentissimo schema di decreto legge, che in questa sede non può essere esaminato in dettaglio come meriterebbe, intitolato “Norme in materia di sicurezza urbana nonché a tutela della sicurezza delle città e del decoro urbano”, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 10 febbraio 2017, persiste una situazione di chiaro-scuro quanto alle politiche pubbliche in tema di sicurezza urbana. Da un lato la sicurezza urbana viene definita quale bene pubblico, e si persegue l'obiettivo commendevole di realizzare un modello trasversale e integrato tra i diversi livelli di governo mediante la sottoscrizione di appositi accordi tra Stato e Regioni e l'introduzione di patti con gli enti locali. Dall'altro riemerge la logica securitaria – come detto spesso oggetto di censura da parte della giurisprudenza costituzionale e amministrativa – attraverso nuovi poteri di ordinanza ai sindaci (per delimitare “zone rosse” volte alla prevenzione e al contrasto di fenomeni di illegalità quali, ad esempio, spaccio di stupefacenti, sfruttamento della prostituzione, commercio abusivo e illecita occupazione di aree pubbliche) e il rafforzamento dell'apparato sanzionatorio amministrativo, al fine di prevenire fenomeni di criticità sociale suscettibili di determinare un'influenza negativa sulla sicurezza urbana, anche in relazione all'esigenza di garantire la libera accessibilità e fruizione degli spazi e delle infrastrutture delle città, prevedendo, tra l'altro, la possibilità di imporre il divieto di frequentazione di determinati pubblici esercizi e aree urbane ai soggetti condannati per reati di particolare allarme sociale (c.d. “daspo urbano”). Per un primo commento “a caldo” al d.l. n. 14/2017, sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *Decreto Minniti: adelante, con juicio*, in lacostituzione.info.

³⁷ G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, cit., spec. 295 ss.

pratiche, come quelle del terzo settore e del servizio civile, per l'inclusione sociale e per la realizzazione di nuovi modelli di welfare metropolitano, anche con riferimento all'adeguamento delle infrastrutture destinate ai servizi sociali e culturali, educativi e didattici, nonché alle attività culturali ed educative promosse da soggetti pubblici e privati». Il D.P.C.M. sopra menzionato approva un bando per progetti volti alla riqualificazione urbana ed alla sicurezza delle periferie, stanziando 500 milioni di euro per il 2016. In tale decreto, peraltro, si legge una definizione di periferie come «aree urbane caratterizzate da situazioni di marginalità economica e sociale, degrado edilizio e carenza di servizi».

Al netto di tale formula generica, e del richiamo a concetti evocativi ma dall'ancora indefinita connotazione giuridica come quello di «resilienza»³⁸, o di altre critiche che potrebbero rivolgersi quanto alla limitazione degli enti legittimati ad accedere al bando, bisogna comunque apprezzare lo sforzo del legislatore statale, e del Governo, di invertire la tendenza sopra descritta.

Abstract

Suburbs and urban security

by Giuseppe Tropea

This essay will focus on the evolution of the notion “urban security”, from a purely sociological concept to a new one entered into our regional and national legislation. The analysis of the latter, and the related jurisprudence that was born from, both administrative and Constitutional Court, will allow us to evaluate the fortunes of “urban security” in our system. It was linked to centralist public policies, that often – but not always – were not under scrutiny, then it has been declined as a “minor public safety”, undermining the expansive potential of the concept and betraying the principles of vertical and horizontal subsidiarity in that field. This brought some consequences also on the way the issues connected to the insecurity of suburbs have been addressed, thus avoiding to link the theme of urban security with that of urban regeneration. Therefore, an unacceptable detachment came out between the public policies over the last years of the Italian legislature and the dominant thought of sociologists and urban planners, as well as with respect to good practice at local level. Recent legislative measures seem to go in a different direction, supporting a renewed, albeit cautious, optimism.

³⁸ Cfr. sul punto, L. FERRARA, F. ROTA, *I cittadini attivi come fattore di resilienza dei territori*, in *www.labsus.it*.

Trascendencia e improcedencia del Estado federal para España^{1*}

di José Luis Martínez López-Muñiz

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Constitutivo esencial del Estado federal. – 2.1. Es Estado en sentido propio. – 2.2. Pero, a diferencia de cualquier Estado unitario, está, a la vez, en parte compuesto por otros Estados propiamente tales. – 3. Elementos naturales del Estado federal compatibles con modalidades del Estado unitario. – 3.1. Distribución territorial de competencias, no sólo administrativas, sino también y sobre todo legislativas e incluso judiciales. – 3.2. Segunda Cámara legislativa de representación territorial. – 3.3. Instancia jurisdiccional federal de resolución de conflictos de competencias. – 3.4. Potestades jurisdiccionales de los Tribunales federales para la anulación, revocación o casación de las decisiones judiciales de los órganos judiciales de los Estados federados. – 3.5. Reparto del poder fiscal. – 4. Cambios que comportaría para el Estado español actual pasar a ser un Estado Federal. – 4.1. Las Comunidades Autónomas se convertirían en Estados, con su correspondiente soberanía y fondo competencial residual, partícipes necesarios de la soberanía nacional. – 4.2. Se intensificarían las tendencias centrífugas en cuanto a competencias y poderes fiscales. – 4.3. Ruptura muy probable de la unicidad del Poder judicial. – 4.4. Reducción de la solidaridad y de la igualdad en proporción al incremento de la autonomía. – 5. Arraigo del Estado unitario en España y de los principios que lo sustentan. – 5.1. El Estado español ha sido configurado constitucional o fundamentalmente, sin solución de continuidad, como Estado unitario desde, al menos, 1812. – 5.2. La configuración unitaria del Estado español en la Edad Contemporánea ha respondido a una generalizada conciencia nacional de la colectividad política española, generada a lo largo de una larga y accidentada historia de más de mil años. – 5.3. La soberanía en el ámbito del Estado español actual corresponde, de modo jurídicamente incuestionable, a la nación española y su ejercicio al conjunto del pueblo español. – 5.4. Relevancia de los principios de igualdad y solidaridad en la nación. – 6. El Estado Federal no sirve ni es viable en España. – 6.1. No ofrece solución a los problemas pendientes del Estado autonómico, sino que los agrava. – 6.2. No satisface al “nacionalismo independentista” periférico pero puede estimularlo. – 6.3. Añadiría complejidad y dificultad a la inserción de España en la Unión Europea. – 6.4. No se avista la posibilidad de que pueda conciliar el respaldo social necesario.

1. *Introducción*

Ha sido frecuente afirmar que la Constitución Española de 1978 y especialmente tras su desarrollo específico en la forma en que ha quedado establecido el denominado Estado Autonómico, se asemeja a un Estado federal e incluso contiene mayores grados de descentralización y autonomía de las Comunidades Autónomas que muchos Estados federales.

^{1*} Este estudio fue concluido en julio de 2015 e inserto en José M^a BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado (Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado)*, II, CEPC, Madrid 2016, pp. 1335-1358. El autor es, desde septiembre de 2015, Profesor Emérito de la Universidad de Valladolid.

Estas afirmaciones suelen hacerse en un contexto en el que se pretende relativizar la diferencia entre el Estado Autonómico implantado en España sobre la base de la Constitución vigente, y un Estado Federal, llegándose a decir no pocas veces sin ambages que esta contraposición es algo nominal que carece de sentido en nuestro tiempo². El argumento no ha dejado de ser utilizado frente a los que más recientemente han pasado a propugnar abiertamente una reforma constitucional que transforme España en un Estado federal, lo que, según aquel planteamiento, comportaría un propósito eminentemente nominalista injustificado, en tanto no se concrete lo que quiera significarse en concreto por tal Estado federal.

La expresión Estado federal sigue teniendo, sin embargo, en el lenguaje jurídico-político, una significación nuclear bastante indiscutible para la ciencia jurídico-pública, por más que la categoría venga siendo objeto ciertamente de no pocas discusiones, también en orden a la comprensión y precisión de ese su mismo núcleo esencial y de sus implicaciones principales o accidentales.

Es verdad también que la realidad comparada muestra distintas modalidades de realización histórica del modelo de Estado que nació como tal con la configuración de los Estados Unidos de América como el primer Estado federal del mundo tan pronto como obtuvo las necesarias ratificaciones su Constitución de 1787. Podrá incluso discutirse que algunos Estados que se dicen federales, lo sean realmente. La categoría comporta, sin embargo, su dinámica propia, pues, como sabe de antiguo el saber filosófico, siempre *operatio sequitur esse* y el ser jurídico de las organizaciones colectivas se construye con palabras a cuya semántica común es difícil escapar de hecho.

Nuestra tesis comienza, pues, sosteniendo la no pequeña trascendencia de la configuración o no de cualquier organización política como Estado federal. Estas palabras no equivalen a cualquier cosa, sino que responden a una realidad específica en el modo de organizarse las colectividades políticas soberanas o, en sí mismas, supremas en el orden jurídico. Hay una contraposición esencial entre Estado unitario y Estado federal, que, en rigor jurídico, no es posible ignorar ni

² Vid., entre otros, muy recientemente, ARAGÓN REYES, M., «Problemas del Estado Autonómico», en ARROYO JIMÉNEZ, L., BELADIEZ ROJO, M., ORTEGA CARBALLO, C. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^º. (coords), *El juez del Derecho Administrativo* (Libro homenaje a Javier Delgado Barrio), Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 370-272. O FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «Sobre la necesaria redefinición del Estado Autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n^º 51, marzo 2015, pp. 11-12, o – para proponer además reformas que hagan más pleno, a su entender, el federalismo del actual Estado–, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «Sobre la reconstrucción del Estado Autonómico», también en el mismo n^º de *El Cronista...*, cit., pp.70 y ss. MEILÁN GIL, J.L., parece situarse en línea similar en «Construcción, deconstrucción y reconstrucción del Estado Autonómico», en la misma revista y n^º cit., p. 87, pero en realidad su posición es otra en su más desarrollada monografía *El itinerario desviado del Estado autonómico y su futuro*, Bubok, A Coruña, 2014, *passim* (ver destacadamente primeras líneas de la p. 231).

diluir, desde que los “padres fundadores” del gran Estado americano, diseñado en Filadelfia en 1787, alumbraron, bajo los cánones de lo que acabaría llamándose – en el ámbito continental europeo- el Estado de Derecho, lo que pronto pasó a conceptuarse como Estado federal: un verdadero Estado, que descansaba sobre la voluntad de todo un pueblo nacional – *We the people*–, comprendido inicialmente en varios Estados preexistentes, hasta entonces solamente unidos en un pacto internacional confederal a limitados efectos, y que mantenía, sin embargo, la existencia de esos Estados, aunque en peculiar situación de subordinación, a la vez que como uno de los cauces de expresión y articulación de la voluntad constituyente nacional.

Analizaremos algunos de los datos y autoridades que avalan este primer componente de nuestra tesis, sin perjuicio de reconocer, por supuesto, y sin problema, que algunas de las técnicas nacidas en el Estado Federal y propias, en principio, de este modelo, puedan utilizarse y de hecho se han utilizado en modalidades descentralizadas o autonómicas de los Estados unitarios, porque una cosa es el núcleo esencial determinante de la existencia de un Estado federal y sus consecuencias institucionales ordinarias y otra, bien distinta, que algunas de las fórmulas organizativas o funcionales generadas como tales consecuencias, puedan ser desligadas de sus raíces federales y aplicadas, con uno u otro alcance, con el correspondiente cambio de fundamentación y sentido – nunca pues en la integridad de su sentido en el Estado federal–, a Estados unitarios altamente descentralizados o con reconocimiento de amplias autonomías territoriales. Lo mismo que el Estado federal no deja de usar y aplicar también en una u otra medida técnicas desarrolladas en los Estados unitarios que no comportan cuestionamiento de sus elementos determinantes específicos.

Aclarada en cuanto sea posible la dicha relevante trascendencia de la configuración de una colectividad política en Estado federal, la segunda parte de la tesis que tratamos de sostener aquí es la de su improcedencia como modelo organizativo jurídico-político para la nación o colectividad política española, configurada como Estado constitucional, en formas sucesivas desde las Cortes extraordinarias reunidas en la Isla del León y en Cádiz a partir de 1810 y en particular desde la Constitución de 1812, a lo largo de los dos siglos transcurridos desde entonces, y cuya última conformación fue adoptada, ya en condiciones y garantías democráticas no inferiores a las de cualquier otro Estado conocido, en 1978. Trataremos de aportar razones. Otros autores ya lo han hecho, desde luego, pero la propuesta de transformación de España en un Estado federal, sostenida por representantes de una parte relevante de la sociedad española, requiere detenerse en ello suficientemente. Es bien conocido que España ya intentó seguir tal senda en 1873, al mismo tiempo, por cierto, que – al contagio quizás de lo que venía sucediendo en Francia desde 1870- trató de dejar atrás por primera vez la Monarquía, como forma de Estado, para pasar a la República.

Se ha dicho que aquel fue un proyecto de “profesores”, que quedaba lejano al pueblo. Lo cierto es que no logró llegar a implantarse y aceleró en cambio el deterioro de la situación social y política frente al que se alcanzarían por fin los amplios pactos políticos de la derecha y la izquierda, con los mayores apoyos – auténtico precedente de los que también se producirían justo un siglo después, bien que en un contexto muy distinto–, que condujeron a la Restauración y dieron a España, aun con sus importantes limitaciones, un cuarto de siglo de notable estabilidad y progreso. Pero la idea federal quedó en el imaginario nostálgico del republicanismo español o de algunos de sus sectores, y reaparecería, de una u otra forma, en situaciones históricas críticas posteriores, aunque hubiera de plegarse a lo posible.

Habría que intentar desprender la cuestión de factores afectivos y tratar de analizar con objetividad si el traje puede irle bien al cuerpo de España; si puede ayudarle a resolver sus problemas o necesidades de mejora, o si más bien puede producir efectos justamente contrarios, que pocos desearán o estimarán pertinentes.

El modelo federal se ha demostrado seguramente un gran acierto para los Estados Unidos de América; también para la unificación alemana; sin duda, para la Suiza moderna, que, desde que dejó de ser realmente una Confederación y pasó a constituirse en Estado Federal a finales de la primera mitad del siglo XIX, inició un proceso de estabilidad y progreso como nunca había conocido; otros grandes Estados del mundo – algunos emergentes con creciente importancia– han encontrado, en fin, en este modelo la mejor solución a sus necesidades de articulación política.

Más cuestionable, en cambio, es que el autodenominado Estado federal de Bélgica, de serlo verdaderamente, esté demostrándose una solución para la desintegración progresiva de su histórica unión, por más que solo cuajase en un Estado propio en 1830³, como tampoco resultó una solución el Estado federal yugoslavo entre tantos pequeños Estados en los Balcanes, formados tras la disolución por la Primera Gran Guerra del complejo Estado que fue el Imperio Austro-Húngaro⁴ y la del Imperio Otomano, ni la “solución federal” logró mantener unidas a la República Checa y a Eslovaquia, también resultado de aquella disolución.

Como muchas veces se ha observado, en general, el Estado Federal ha sido un gran instrumento para los procesos de unificación nacionales a partir de una multiplicidad de Estados previos, y se ha demostrado incapaz de contener las tendencias centrífugas cuando emergen en el seno de uniones con cierta pluralidad para las que desapareció el nexo histórico más amplio que las mantuvo unidas⁵.

³ Vid. Francis DELPÉRIÉ, *La Constitution : de 1830 à nos jours, et même au-delà*, Racine, Bruxelles, 2006.

⁴ Sobre cuya articulación han escrito SOSA WAGNER, F. y SOSA MAYOR, I., *El Estado fragmentado: Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Trotta, Madrid, 2006.

⁵ Paloma BIGLINO CAMPOS ha hablado de federalismo *de integración* y de federalismo *de*

Lo que pueda significar para España está, desde luego, en esta segunda onda y no en la primera y ya hubo ocasión de experimentarlo en 1873.

La unión de España no es el resultado de ninguna acción exterior más comprensiva – lo pudo ser sólo en cierta medida en sus lejanos orígenes bajo el Imperio Romano- sino una decisión interna, favorecida por su conformación geográfica y mantenida por siglos, aunque ciertamente con distintas formas de expresión y conformación. No tiene, pues, necesidad alguna de una unión política que recompuso con gran esfuerzo y de la que disfruta desde hace siglos, sino que ha sentido más bien la necesidad, hace aún no muchos años y con intensidad muy variable según zonas territoriales, de organizarse menos centralizadamente, alumbrando por ello el Estado Autonómico, más allá de la simple descentralización administrativa local antes ensayada con más o menos autenticidad y plenitud. Desde los últimos decenios del siglo XIX comenzaron a dejarse sentir algunas corrientes centrífugas e incluso segregacionistas, que han impulsado especialmente ese proceso que intentó vertebrarse ya en la II República – y no sin algunas estridencias de signo revolucionario y rupturista- y que han llevado – junto con otros factores–, desde hace ya casi cuatro décadas, al mencionado Estado Autonómico actual⁶, de cuya crisis, sin embargo, se viene hablando especialmente a partir de las tensiones generadas, ya iniciado el nuevo milenio, con la propuesta en 2003 del rechazado – en 2005- Plan Ibarretxe para el País Vasco y el nuevo Estatuto de Cataluña de 2006, la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 que declaró la inconstitucionalidad de no pocos de los preceptos de éste, y, sobre todo, a partir de la eclosión de la fuerte crisis económica y social sufrida más álgidamente desde los años 2008 y 2009 hasta 2014, en medio de la cual varios líderes, partidos e instituciones de Cataluña plantearon abiertamente su secesión, por más que se haya demostrado una y otra vez que no expresan el sentimiento y la voluntad de la mayoría real del pueblo de esta relevante región. Diversas propuestas se vienen haciendo para tratar de encajar de nuevo, de forma más pertinente y efectiva, en el entramado de nuestro sistema político, la diversidad regional y local de España y las heterogéneas sensibilidades que afloran en su población. Aunque sería ingenuo ignorar – nunca ha ocurrido- que las soluciones, aun las mejores y con más amplios respaldos, no serán las preferidas a la vez por todos. La democracia ha de buscar el más amplio consenso social, pero, a la postre, expresa la legitimidad de lo que decida la mayoría – mientras se respeten los derechos fundamentales.

devolución – aun reconociendo la impropiedad de esta expresión en muchos casos- para referirse al centrípeto y al centrífugo respectivamente (*Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, CEPC, Madrid, 2007; vid especialmente p. 25, nota 10 y pp. 168 y ss.).

⁶ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*, Iustel, Madrid 2006, pp. 249 y ss.

2. *Constitutivo esencial del estado federal*

Lo que distingue a un Estado federal de un Estado unitario – y no parece que sea posible un *tertium genus* en la configuración propia de los Estados de Derecho democráticos contemporáneos- se sitúa específicamente en su distinto fundamento constitucional, aunque esa raíz esencialmente diversa justifique una serie de elementos o componentes naturales de su configuración institucional de los que hablaremos después.

2.1. *Es Estado en sentido propio*

Desde luego, para que pueda hablarse de un Estado federal, la organización de que se trate ha de constituir un Estado. Quedan fuera de ese concepto cualesquiera confederaciones de Estados u organizaciones internacionales o supranacionales, siempre organizaciones interestatales, agrupaciones o asociaciones entre Estados que no alcanzan en sí mismas la condición y naturaleza propia de un Estado, ni siquiera cuando – como ocurre con las organizaciones supranacionales o algunas confederaciones- ejerzan algunas potestades propias de los Estados porque – como ocurre en la Unión Europea- éstos se las hayan transferido.

Un Estado federal no es nunca una mera asociación, unión o alianza de Estados, por muchas que sean las funciones que estos atribuyan a esa organización interestatal común y aunque comporten potestades de ejercicio directo sobre sus ciudadanías. No han acertado por eso a identificar lo esencialmente determinante de un Estado federal quienes – como Pi y Margall en 1877 con su libro sobre *Las nacionalidades*⁷- todo lo han cifrado en lo que el Estado Federal – como las confederaciones- tendría de unión de Estados o colectividades similares preexistentes.

Los autores de la Constitución norteamericana, con la que, como va recordado, realmente se dio nacimiento a esta peculiar forma de organizar el Estado constitucional contemporáneo que dio en llamarse Estado Federal, eran muy conscientes de que con él se trataba de sustituir la previa alianza de la Confederación, basada en la voluntad concertada de los Estados miembros, por un nuevo y auténtico Estado sustentado en la voluntad colectiva de la nación americana, por debajo y más allá de las voluntades colectivas en que se sustentaban los diversos Estados miembros, antiguas colonias británicas. Por eso la Convención de Filadelfia decidió iniciar la nueva Constitución del modo expresivo en que lo hizo, presentando la nueva norma fundamental no como algo meramente pactado o concertado entre los Estados miembros sino, sobre todo, como la voluntad del conjunto unitario del pueblo de la nación americana, comprensivo de los

⁷ Edición en la Biblioteca de bolsillo (nº 59), Librería Bergua, con un prólogo con «Noticia de su vida y escritos» del hijo del autor, Joaquín Pi y ARSUAGA, Madrid 1936.

pueblos de los Estados hasta entonces confederados que decidiesen integrarse: *We the People of the United States (...) do ordain and establish this Constitution for the United States of America*. Y por eso también dispusieron que la necesaria ratificación de la nueva Constitución en los distintos Estados – en un número mínimo necesario de Estados que se cifró en 9, para que el nuevo Estado quedase creado en su ámbito (artículo VII)- no se llevase a efecto a través de los órganos constitucionales de éstos sino por convenciones elegidas específicamente con ese objeto en cada uno de ellos (artículo VII), porque, como se ha escrito, «if the federal Constitution was to be truly a fundamental law, then, the Federalists argued, it had to be ratified “by the supreme authority of the people themselves.” Hence it was “We the people of the United States,” and not the states, that ordained and established the Constitution»⁸.

La primera Constitución federal suiza, de 1848, aunque mantuvo la denominación de Confederación para el Estado federal que con ella se estableció, dejó también claro que no eran propia o solamente los Estados – los Cantones- sino *los pueblos de los veintidós cantones soberanos de Suiza, unidos por la presente alianza* – que nombraba a continuación- los que *forman unidos la Confederación suiza* (artículo 1º), y a cuyo conjunto se refiere el breve preámbulo con la denominación de *la nación suiza*.

El preámbulo de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949, comienza asimismo afirmando que es *el pueblo alemán* el que se ha dado esta Constitución en virtud de su poder constituyente⁹.

Sabido es el énfasis con el que, con todo acierto, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado una y otra vez que en la Unión Europea actual, la propiamente generada en diciembre de 2009 por el Tratado de Lisboa de 2007, igual que en la precedente Comunidad Europea – en puridad la misma realidad organizativa, a la que el mencionado Tratado le ha cambiado el nombre–, no ha habido reconocimiento alguno de un pueblo común europeo en cuya voluntad pudiera sustentarse esa organización, como ocurriría si en lugar de ser lo que es -una organización interestatal y supranacional, en cuanto dotada de potestades públicas transferidas por los Estados que la constituyen- fuese un Estado federal. Destacan al respecto las sentencias dictadas por el Tribunal sobre el Tratado de la Unión Europea de Maastricht, de 1992, y sobre el Tratado de

⁸ Gordon S. WOOD, *The American Revolution (a History)*, Modern Library, New York, 2003, p. 161. Vid., también, Alexander HAMILTON, «The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection», n.º 9 de la obra conjunta con James MADISON y John JAY, *The Federalist Papers*, ed. by Clinton Rossiter, Signet Classic, Penguin Group, New York, 2003, pp. 70-71, y James MADISON, «The same subject [The Powers conferred by the Constitution further considered] continued», n.º 43 de la misma op.cit., pp. 275-276.

⁹ *Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen (...) hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.*

Lisboa, de 2007: la primera, el 12 de octubre de 1993¹⁰, y la segunda, el 30 de junio de 2009¹¹.

2.2. Pero, a diferencia de cualquier Estado unitario, está, a la vez, en parte compuesto por otros Estados propiamente tales

Todo Estado no es sino una colectividad o comunidad determinada en cuanto se constituye en organización institucional soberana de Poder público. El Estado es en rigor esta organización, pero se fundamenta en la colectividad o comunidad política que lo constituye en ejercicio de su soberanía o poder supremo en el orden jurídico, configurándose en el mismo acto como su básica y última instancia, fuente y límite de la legitimidad de todo cuanto tal organización ha de obrar. El Estado se dirá soberano en cuanto se sustenta directamente en esa colectividad soberana, cuyo “pueblo” en cada momento histórico es en realidad su órgano supremo.

Pero a la vez, la peculiaridad de esa específica creación histórica que es el Estado federal – lo que le distingue precisamente de cualquier forma de Estado unitario, por muchas que sean las autonomías territoriales que éste reconozca o garantice en el ámbito de su poder¹²- reside en que la nación o comunidad política soberana que decide constituirse en tal tipo de Estado, lo hace combinando la voluntad colectiva resultante del conjunto unitario de ciudadanos que temporalmente la forman como pueblo¹³, con la que resulte a la vez de esas mismas personas en cuanto ciudadanos de un conjunto de distintos Estados integrados en el pacto federal y de ordinario históricamente preexistentes, entre los que se trata precisamente de establecer una unión más firme, por lo que, de otro modo, habrán de crearse tales Estados previa o simultáneamente, descomponiéndose entonces parcialmente lo hasta entonces unido, como expresión de un proceso desintegrador de signo opuesto al federalismo originario. El acto de creación del

¹⁰ Resumen, n. 8, y párrafo introductorio de los fundamentos C.II.

¹¹ Fundamento C.II.1.a), núms. marginales 276, 277 y 278, aa) y cc).

¹² Hay quien, sin embargo, sitúa al denominado Estado regional, junto con el federal, dentro de los Estados compuestos, como contrapuestos a los unitarios (centralizados o con descentralización administrativa) (así, entre otros, GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 158-159, o, en Italia, BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni, *Diritto costituzionale*, XII ed., G. Giappichelli, Torino, 2011, pp. 95-96). A nuestro parecer no hay más Estado compuesto en rigor que el federal; el regional, como el autonómico, son manifestaciones posibles del Estado unitario, que se contraponen precisamente a un Estado compuesto de Estados, que es lo propio precisamente de un Estado federal (como, por lo demás, el mismo GARRORENA afirma certeramente, en el mismo lugar). Así parece que lo entiende también, entre otros, en la doctrina constitucionalista española, RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 1997, p. 38.

¹³ ARAGÓN REYES, en certeras páginas sobre la nación, acoge también su diferencia con la noción de pueblo («Problemas del Estado Autonómico», cit., p. 369).

Estado federal, integra en él, por tanto, a los Estados federados, aunque con vínculo cualificadamente diverso del que es propio de cualquier otra organización meramente interestatal, incluidas las denominadas Confederaciones de Estados. Y ello porque, en efecto, los Estados federados ceden en una u otra medida, una parte importante y amplia de la soberanía que les sustentaría y caracterizaría como Estados antes o sin el Estado federal, y no se limitan a poner en común unas u otras potestades de las que, en su seno, derivan de sus respectivas soberanías fundantes. La alianza, el pacto federal se produce en realidad a nivel del poder constituyente soberano y no sólo al de los poderes constituidos de los diversos Estados que se agrupan. Es el poder constituyente soberano el que se recompone, manteniendo su expresión diferenciada, en una parte ya autolimitada, en la conformación de cada Estado federado, y aunándose de manera superior y conjunta para dar nacimiento al Estado común o federal, con plena superioridad en el conjunto, aunque también limitada por su obligación de respetar, entre otras cosas, el poder soberano limitado que sustentará a cada uno de los Estados federados, con cuanto ello implique en la organización y actuación de éstos como propios Estados¹⁴.

Se trata, ciertamente, de una admirable forma de componerse jurídico-políticamente una gran colectividad que se auto-percibe como una y a la vez plural y diversa, constituyéndose en articulada organización del Poder público en la que quiere garantizarse una neta superioridad de cuanto jurídicamente se delimita como común, a la vez que se limita el alcance de ésta por el mantenimiento – o la creación- como Estados de las organizaciones territoriales que se quiere que encaucen – sigan encauzando, en el modelo integrador- una parte importante de las necesarias actuaciones del Poder público, atentas a los elementos propios y diversos – o simplemente más cercanos- de las distintas colectividades territoriales que se reconocen en el seno de aquella y que, por lo común – desde luego en el federalismo clásico, centrípeto-, la han precedido en el orden de su organización política.

Es, pues, ciertamente el Estado Federal un Estado de Estados, por más que, en efecto, la supremacía inherente en lo esencial a la noción misma de soberanía, se reside principalmente en el primero. Pero como el poder constituyente o soberano en que el Estado federal se sustenta no es independiente de los Estados miembros, aunque sea algo en parte distinto de la suma formal de estos – en cuanto lo conforma principalmente el conjunto del pueblo unido, aun repartido entre ellos-, la determinación constitucional del alcance competencial del Estado federal y de su régimen organizativo y funcional no puede hacerse sin contar en

¹⁴ Insistieron en evidenciarlo los famosos *The Federalist Papers*, cit. supra: vid. HAMILTON (p. 71), y MADISON (pp. 275-276). Vid., asimismo, HAMILTON, «The Alleged Danger from the Powers of the Union to the State Governments Considered», n.º 45 de la misma op.cit., p.287 (*The State governments may be regarded as constituent and essential parts of the federal government*), etc.

una u otra medida con los Estados federados y sus específicas bases ciudadanas, aunque baste la conformidad de una mayoría cualificada suficiente de ellos. De este modo los Estados federados retienen una porción de la soberanía en sus bases, a la vez que éstas se integran en la complejidad del poder constituyente federal¹⁵. Y se mantienen como verdaderos y propios Estados, normalmente con análoga estructura institucional a la de cualquier Estado, y en concreto con los tres clásicos Poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sin paliativos, proyectados sobre el ámbito determinado de sus competencias.

Una Constitución federal de las más recientes, aunque relativa a un Estado federal ya muy cuajado desde hace más de siglo y medio, la aún denominada – impropriamente- Confederación suiza, la de 18 de abril de 1999, confirma lo dicho cuando proclama claramente como poder constituyente al *pueblo suizo y los cantones*, tanto al inicio mismo de su Preámbulo, justo tras la invocación al *nombre de Dios omnipotente*, como en su artículo 1º, confirmando su artículo 3º que *los cantones son soberanos en los límites de la Constitución Federal y, como tales, ejercerán todos los poderes no delegados al poder federal*, por lo que, conforme al art. 51, *cada cantón se dotará de una Constitución democrática*, que será garantizada por la Confederación si no es contraria al Derecho Federal. Toda reforma de la Constitución federal (art. 195) requiere la aceptación del pueblo y de los cantones, precisando el art. 142 que *los actos sometidos a la votación popular y a la de los cantones necesitarán ser aprobados por la mayoría de los votantes y la mayoría de los cantones para que se acepten*: no se requiere, pues, la unanimidad de los cantones, pero si su mayoría, si bien, como se puntualiza en el mismo art.142, *el resultado del voto popular en un cantón representa la voluntad de éste*¹⁶.

¹⁵ Pueden comprenderse, sin embargo, las dudas que suscita la cuestión de si lo que queda en los Estados federados sea un verdadero poder soberano y, por ende, constituyente, ya que, en cualquier caso, habrá de respetar los límites que imponga la Constitución federal (vid. BILBAO, Juan Mª, REY, Fernando y VIDAL, José Miguel, *Lecciones de Derecho Constitucional*, I, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 255, o, de otro modo, TORRES DEL MORAL, Antonio, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Universidad Complutense, Madrid, 1991, p. 320), si bien, como se sostiene en el texto, una tal indudable restricción del ámbito de su hipotética soberanía, no impide que ésta lo sea verdaderamente, en cuanto que nadie podrá, en términos jurídicos, condicionar lo que se disponga o decida en tal ámbito por el poder efectivamente constituyente de cada Estado federado. En cualquier caso afirmar que la autonomía de los Estados miembros de un Estado federal y su misma existencia derivan de la Constitución federal (como, no poco sorprendentemente, afirma textualmente GARRORENA MORALES, A., en la op.cit. supra, pp. 159-160), choca abiertamente con la realidad más conocida de ese modelo de Estado; es más bien precisamente al contrario, que la existencia del Estado federal y de su Constitución trae causa, al menos en parte, de los Estados miembros, que normalmente le preexisten – en otro caso, habrán de crearse antes o a la vez que se les reconoce como componentes del nuevo poder constituyente federal- y de cuya alianza y pacto resulta, aunque tal pacto incluya el traspaso del poder supremo, en la parte y en los términos que se determine – no, por ende, de modo irrestricto–, al conjunto del pueblo de todos ellos.

¹⁶ La Constitución de 1848, constitutiva del actual Estado federal suizo no era tan precisa –

En suma, los Estados federados en un Estado Federal, cualquiera que sea el nombre que se les dé – *Länder* o Territorios, Cantones, Provincias, Regiones o, por supuesto, Estados- son verdaderos Estados¹⁷, sustentados en un poder constituyente soberano – en lo no subordinado al conjunto del poder soberano constituyente del Estado federal del que forma parte- y, por lo general, con todo el aparato institucional propio de un Estado, bajo el modelo del Estado de Derecho contemporáneo, y, por ello, con verdaderos y propios Poderes legislativo, judicial y ejecutivo. La autonomía, en consecuencia de estos Estados miembros, no es algo concedido con unas u otras limitaciones por el Estado federal, sino que se sustenta en su propio, aunque limitado, espacio de soberanía, cuyas restricciones – sólo las establecidas en la Constitución federal- son de interpretación restrictiva, comprendiendo, desde luego, cuanto no haya sido asignado constitucionalmente al Estado federal¹⁸. Basta con leer las diversas Constituciones federales, comenzando por la que sirvió de modelo o inspiración a las demás, la americana de 1787, para percatarse de inmediato de esto. Y que esos Estados federados tienen por lo común tanto verdadero Poder Legislativo como Ejecutivo y también Judicial, se comprueba fácilmente con una mera aproximación a su organización y funcionamiento efectivo¹⁹.

tan ajustada a los cánones dogmáticos que se han ido elaborando sobre el Estado federal- como lo es ahora. El breve preámbulo se limitaba a decir: *En el nombre de Dios Todopoderoso. La Confederación suíza, queriendo afirmar la alianza de los confederados, mantener y aumentar la unidad, la fuerza y el honor de la nación suíza, ha adoptado la Constitución federal siguiente*, y luego, el artículo 1º disponía que *los pueblos de los veintidós cantones soberanos de la Suíza, unidos por la presente alianza (...) forman unidos la Confederación suíza*. Lo esencial estaba ya, con todo, suficientemente explicitado: la unidad de los pueblos – no sólo, pues, la de los Cantones o Estados preexistentes- que, parcialmente, seguían diferenciados como pueblos de los diversos Cantones, era el resultado de su alianza, constituyéndose el nuevo Estado (para la que por inercia histórica se conserva el nombre de Confederación, pero ya con naturaleza completamente distinta) sobre esa unidad resultado de la alianza que integra también a los Cantones, cuya soberanía quedará, con todo, propiamente limitada, por la Constitución federal. Su artículo 114 era ya rotundo en cuanto a que toda reforma constitucional requería la mayoría del pueblo suizo y la mayoría de los cantones.

¹⁷ Contra lo afirmado, un tanto sorprendentemente, por ARAGÓN REYES, M., «Problemas del Estado Autonómico», cit, p. 370.

¹⁸ No deberían ignorarse las serias implicaciones de esto -particularmente en el contexto de procesos centrífugos- con injustificadas alusiones genéricas a una supuesta “retórica sobre la soberanía de los entes subestatales” (al modo de TUDELA ARANDA, J., *El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, obra, por cierto, anterior a la STC 31/2010). Sobre la importancia determinante de lo relativo a la soberanía se ha pronunciado sólidamente ARIÑO ORTIZ, G., en *Las Nacionalidades Españolas. El Caso de Cataluña*, Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p.181 (donde recoge en realidad un artículo en *Expansión* en 1998), y, más reciente y extensamente, en *La independencia de Cataluña*, Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 105-114.

¹⁹ Un Estado Federal como Austria, que era considerado una excepción en cuanto a la pauta normal de que los Estados miembros cuenten con su propio Poder Judicial, ya tiene también, al

3. *Elementos naturales del estado federal compatibles con modalidades del estado unitario*

Lo específicamente esencial al Estado federal ha quedado expuesto: su condición de Estado y la mixta composición del poder soberano que le constituye, haciendo de él un Estado efectivamente “compuesto” en cuanto que, en parte es, en verdad, un Estado de Estados. Eso se proyecta de modo natural en diversos elementos que habitualmente forman parte del entramado constitucional de un Estado federal, y que suelen ser destacados por la doctrina como técnicas federales porque se han originado por lo común precisamente en el Estado federal. Pero no son piezas o elementos específicamente esenciales para la existencia del Estado federal y, menos aún, exclusivas de éste – salvo en alguna de sus posibles conformaciones–, por lo que un Estado que esté constituido del modo que esencialmente especifica a un Estado federal no deja de serlo por faltarle alguno de esos elementos naturales, ni, desde luego, cualquier Estado unitario que incorpore, con una u otra amplitud, tales elementos o técnicas, se convierte por ello en federal, aunque su funcionamiento pueda aproximarse en unos u otros aspectos a éste.

Aludiremos someramente a los principales de estos elementos naturales.

3.1. *Reparto constitucional de competencias, no sólo administrativas, sino también y sobre todo legislativas e incluso judiciales*

Lógicamente es común y habitual que, aunque con técnicas no siempre coincidentes, se asignen en la Constitución federal al Estado federal las competencias que se le atribuyan, distinguiéndose las legislativas, las ejecutivas y las judiciales, en las distintas materias de acción del Poder público, incluyendo en ellas también las financieras y tributarias, y diferenciando – a veces en distintos listados- las materias que quedan íntegramente o en exclusiva bajo la competencia del Estado federal y las que se compartirán según unos u otros criterios entre el Estado federal y los Estados miembros, incluyéndose aquellas en que se dispongan particulares deberes de colaboración de aquél y estos, añadidos a los generales en ese orden.

En cuanto a las competencias, lo único que resulta esencial a la noción de Estado federal es el principio de que toda actuación necesaria de los Poderes públicos no asignada por la Constitución federal al Estado federal, corresponde a los Estados federados, sin perjuicio de la cabida – siempre restringida y estricta- que quepa dar a unos “poderes implícitos” que puedan deducirse sistemáti-

menos desde el inicio de 2014, algunos Tribunales de Justicia propios para ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa, tras la ley constitucional federal que así lo ha establecido en los arts. 129 y ss. del Título VII de la Constitución, introduciendo en ésta una de las más importantes innovaciones desde su redacción original de 1920.

camente del conjunto de las competencias asignadas al Estado federal. Todo lo demás es algo naturalmente coherente, en una medida u otra, con lo que a este le configura como tal, pero que admite fórmulas y gradaciones, ninguna de las cuales puede considerarse esencial y específica del Estado federal, aunque se hayan generado principalmente en él. Nada impide, por ello, que las Constituciones de los Estados unitarios hagan o permitan un reparto de competencias entre el Estado y las entidades infraestatales que se reconozcan, también según diversas modalidades. En el Estado unitario, sin embargo, es éste quien retiene plenamente la *competencia sobre las competencias* y el fondo jurídico-público en cuya virtud toda actuación necesaria del Poder público no asignada a otras entidades públicas corresponderá al propio Estado. Y, a diferencia del Estado federal, es claro que, en cualquier modalidad del Estado unitario, todas las competencias y poderes proceden del único Estado y de su base política colectiva, normalmente nacional y traducida en el pueblo que la forma en cada momento.

3.2. *Segunda Cámara legislativa de representación territorial*

Destaca, desde luego, la composición bicameral del Poder legislativo, de manera que la cámara baja represente más directamente al conjunto del pueblo de la colectividad erigida en Estado federal, mediante su elección directa por los ciudadanos que lo forman en condiciones básicas de igualdad y sin perjuicio de que las circunscripciones electorales coincidan en todo o en parte con las de los Estados miembros, en tanto que la denominada cámara alta o segunda cámara – el Senado, el Consejo federal, el Consejo de los Estados- se configure como representativa precisamente de los Estados federados, aunque quepan diversas formas de organizar esta representación, tanto en cuanto a quién y cómo elige a los representantes de cada Estado federado, como respecto a si todos los Estados tienen el mismo número de representantes o se diferencia de algún modo entre ellos según sus diversidad en población y territorio. De esta forma, se trata de que la duplicidad propia de la composición del poder soberano y constituyente se proyecte o prolongue de alguna manera en el Poder legislativo en orden al ejercicio de la potestad que le corresponde para determinar las normas, al menos primarias, del ordenamiento federal y dirigir o fiscalizar la política gubernamental. En cualquier caso, el mero carácter natural, pero no esencial de esta forma de organizar el Poder legislativo federal, se revela ya en la diversidad de soluciones técnicas con que se lleva a cabo esa organización, como ha quedado apuntado, así como en la variedad de fórmulas que rigen la relación entre las dos cámaras, según los distintos Estados federales.

Ninguna duda cabe de que también puede disponerse un sistema bicameral en los Estados unitarios, sin merma de su propia naturaleza, y de modo que análogamente la cámara baja trate de representar más directamente al conjunto

de los ciudadanos individualmente considerados, mientras la “alta” lo haga, también de los mismos ciudadanos, pero en cuanto agrupados en las entidades públicas territoriales reconocidas en el ámbito del correspondiente Estado. Sabido es que, nada menos que Francia, paradigma de Estado unitario, cuenta con un Senado en el que están representadas las entidades públicas territoriales de la República²⁰. Y dicha Cámara en sí misma o a través de sus miembros – cuando, en aplicación del art. 89 se convoque al Congreso formado por las dos Cámaras- participan en las reformas constitucionales, pero salvaguardándose el ejercicio de la potestad constituyente y soberana en último extremo solamente por parte del conjunto de la ciudadanía²¹ o del conjunto de su representación parlamentaria reunida en *Congreso*²², en el que los miembros de la Asamblea superan ampliamente a los senadores, constituyendo más del 62% del total de unos y otros²³. Ese será el punto esencial: que, en efecto, las entidades representadas en el Senado no compartan propiamente, en cuanto tales, la potestad constituyente y soberana sobre el Estado federal, que es lo exclusivamente propio y específico de éste, como Estado compuesto.

3.3. *Instancia jurisdiccional federal de resolución de conflictos de competencias*

Existe o bien un Tribunal Supremo dentro del Poder Judicial federal, o bien un Tribunal Constitucional federal, competente para resolver jurídicamente los **conflictos competenciales** que se susciten entre el Estado federal y los Estados federados. Las fórmulas también varían, pero el Estado de Derecho contempla siempre una instancia de índole jurisdiccional con esta potestad.

Es evidente que tampoco es algo exclusivo en sí mismo del Estado Federal. Los Estados unitarios que reconocen competencias a entidades infraestatales en sus Constituciones o con base en ellas, también pueden disponer instancias jurisdiccionales similares y de hecho así lo vienen haciendo en diversos países.

3.4. *Potestades jurisdiccionales de los Tribunales federales para la anulación, revocación o casación de las decisiones judiciales de los órganos judiciales de los Estados federados*

Allí donde coexisten las organizaciones jurisdiccionales del Estado federal y las de sus Estados miembros, sin perjuicio de que cada una tenga su ámbito competencial vinculado al ordenamiento respectivo, en la medida en que el orde-

²⁰ *Le Sénat(...)* assure la représentation des collectivités territoriales de la République (Const. de 1958, art. 24)

²¹ *La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum* (art. 89, párrafo segundo *in fine*).

²² En caso de que se decida obviar el referéndum sometiendo la reforma al Parlamento reunido en Congreso, en cuyo caso se considerará aprobada si obtiene la aprobación de la mayoría de los tres quintos de los votos que se expresen (art. 89, párrafo tercero).

²³ Los diputados en la Asamblea Nacional no pueden exceder los 577 y el número máximo de senadores es de 348 (art. 24).

namiento de los Estados miembros queda sometido en unos u otros aspectos al del Estado federal, se reconoce a los órganos judiciales de éste la potestad necesaria para anular, revocar o casar decisiones judiciales de los órganos judiciales de los Estados miembros en razón del Derecho federal, así como, en su caso, para inaplicar o anular – normalmente dependiendo de niveles jurisdiccionales– elementos normativos o actuaciones administrativas de los Estados miembros por la misma razón, aun debiendo respetarse los condicionamientos concretos competenciales y procesales que en cada sistema se establecen. Es, sin duda, otra de las consecuencias de que el Estado federal es verdadero Estado y tiene potestades jurisdiccionales de las que carecen las confederaciones o una organización supranacional como la Unión Europea. Y aunque quizás teóricamente es un elemento que podría faltar en algún Estado federal, no es fácil que en la práctica se puedan articular otras técnicas alternativas para garantizar con suficiente eficacia el respeto al ordenamiento federal con unidad e igualdad. Es verdad, sin embargo, que también cabe pensar teóricamente en Estados unitarios con doble sistema judicial, en los que desde luego, lo que hemos dicho que es natural a los federales, no podría faltar, en buena lógica, en garantía de la unidad ordinal del único Estado.

3.5. *Reparto del poder fiscal*

El llamado *federalismo fiscal* es conocido precisamente con esta denominación, a pesar de la variedad de significados que hoy abarca, por tener su origen en la idea federal y en el reparto de la potestad tributaria y del sistema de ingresos públicos, que suele acompañar al diseño constitucional del Estado federal, entre éste y los Estados miembros, de modo que uno y otros Estados puedan determinar y obtener por separado sus propias fuentes de financiación para atender a sus funciones. El apartado 1 de la sección 8 del artículo 1 de la Constitución norteamericana confería clara y netamente plena potestad fiscal al nuevo Estado federal para atender a sus obligaciones constitucionales, y, en los *Federalist Papers*, particularmente Hamilton se ocuparía de dedicarle amplias reflexiones para defenderlo frente a los que temían que ello cercenase en exceso las potestades de los Estados federados y permitiera un uso abusivamente centralizador de tal potestad, mostrando cómo éstos continuarían con la suya en todo lo que la Constitución federal no transfería u otorgaba a la Unión²⁴, y que la estructura institucional y democrática de la Unión, en la que se articulan con notable peso, como ya se ha dicho, los propios Estados, mantendría los equilibrios²⁵. La vigen-

²⁴ Destacadamente, en materia tributaria, la sección 10 del art. 1º sólo reservaba a la Unión los gravámenes e impuestos de todo tipo sobre el comercio exterior (importaciones y exportaciones).

²⁵ Vid. Alexander HAMILTON, «Other Defects of the Present Confederation», nº 21 de la obra conjunta con James MADISON y John JAY, *The Federalist Papers*, cit., pp. 138-139, y «Concerning the

te Constitución de la República Federal alemana – por referirnos a otro caso paradigmático, aunque mucho más cercano en el tiempo- refleja estos mismos principios en su art. 104 a y ss., aunque pormenorice incluso en la Constitución un reparto de los posibles impuestos entre la Federación y los *Länder* e incluso las entidades locales (art. 106).

Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de los mecanismos complementarios de cooperación y solidaridad que puedan establecerse.

Resulta coherente que en el Estado federal ese reparto de la potestad fiscal y tributaria se sitúe en su nivel originario, como integrante, de un lado, de las potestades sustentadas por la soberanía reconocida al Estado federal, y, de otro, de las que se asientan en la soberanía retenida por los Estados miembros. Pero podría establecerse sobre distintas bases, incluso en el mismo Estado federal – aun a costa de una plena coherencia con éste–, y por supuesto en el Estado unitario, donde cabe también un reparto de la potestad tributaria, que no puede tener, sin embargo, más soporte que la única soberanía monopolizada por el único Estado reconocido en la correspondiente colectividad política.

4. *Cambios que comportaría para el Estado español actual pasar a ser un Estado Federal*

Frente a los planteamientos políticos e incluso doctrinales que minimizan las diferencias entre un Estado federal y el Estado autonómico español, no sería realista desconocer la trascendencia de los cambios que comportaría pasar de éste a aquél. Pueden destacarse los siguientes:

4.1. *Las Comunidades Autónomas se convertirían en Estados, con su correspondiente soberanía y fondo competencial residual, partícipes necesarios de la soberanía nacional*

Ante todo, no cabe desconocer la trascendencia de que cada una de las Comunidades Autónomas actuales – o bien otras porciones del territorio español si se optase por ejemplo por reducir su número actual, como algunos proponen- pasaran a ser auténticos Estados, aun bajo las limitaciones que representa su inserción en un Estado federal que, además, pasarían a componer, al menos, en parte. De deber toda su actual existencia y competencias al actual Estado – y a las previsiones que ha aceptado el pueblo español al ejercer su poder constituyente–, pasarían a fundamentarse en sus propias colectividades

General Power of Taxation», n^{os} 30 y ss. pp. 196-197: *The necessity of a concurrent jurisdiction in certain cases results from the division of the sovereign power; and the rule that all authorities, of which the States are not explicitly divested in favor of the Union, remain with them in full vigor is not only a theoretical consequence of that division, but is clearly admitted by the whole tenor of the instrument which contains the articles of the proposed Constitution.*

y en el ejercicio que, al menos para el futuro, éstas podrían hacer del poder soberano y constituyente de que pasarían a ser titulares aun dentro de los límites negativos que marque la Constitución del Estado federal. Todas las posibles funciones o actuaciones del Poder público pasarían de la plena disponibilidad que tiene el actual Estado sobre ellas a la que se reconocería a los nuevos Estados federados, salvo aquellas que la Constitución federal retuviese o asignase al Estado federal. Y ello, en efecto, a la vez que el conjunto de esos nuevos Estados se erigirían en parte del poder constituyente y soberano federal – o en parcial cauce obligado de éste–, de modo que cualquier modificación de la Constitución federal habría de contar con el voto favorable de una mayoría suya, además de la correspondiente a la representación directa de todos sus ciudadanos. La reforma constitucional del actual Estado español pasa por unas determinadas mayorías de las dos Cámaras que componen las Cortes Generales – ninguna de las cuales está formada al modo de una Cámara representativa de los Estados miembros de un Estado federal²⁶- y, en último extremo, sobre todo para la reforma total o de partes consideradas “esenciales” (art. 168 CE), del conjunto del pueblo español. En un Estado federal esto sería muy distinto²⁷.

4.2. *Se intensificarían las tendencias centrífugas en cuanto a competencias y poderes fiscales*

Sería ilusorio pensar que, convertidas las actuales Comunidades Autónomas – o eventualmente, otras- en Estados, y dejando aparte las imprevisibles dinámicas que podrían surgir en el momento de crearse los nuevos Estados federados (no deben olvidarse las experiencias históricas que aún evoca el *¡Viva Cartagena!*), no habrían de incrementarse las tendencias centrífugas que se han dejado sentir en la génesis y evolución del actual sistema autonómico, produciéndose un más que probable incremento de competencias de los Estados federados, incluidas las relativas a su autonomía fiscal, en cuanto no llegue a chocarse con la unificación creciente que, especialmente en el orden económico, viene imponiendo la UE.

La afirmación hecha a veces de que el nivel competencial de las Comunidades Autónomas españolas es comparable al que tienen los Estados federados en muchos Estados federales o que incluso es superior, parece no tener en cuenta los importantes elementos que el art. 149 de la Constitución y su aplicación práctica ha retenido en manos del Estado. No será fácil identificar Estados federales con una competencia del Estado federal tan amplia como la que se reserva al Estado en la materia 1ª del ap. 1 de dicho artículo, en orden a *garantizar la igual-*

²⁶ De ello nos ocupamos por extenso, hace años, en «El Senado de la España vertebrada», *REDC*, 49 (1997), pp. 119-144.

²⁷ También lo advierte MUÑOZ MACHADO, S., *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, Barcelona, 2014, pp. 222-223.

dad de todos los españoles – por básica que se entienda- *en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*. En la materia 30ª se reservan al Estado nada menos que *las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución* en materia de educación, además de la *regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales*. La *legislación penal y penitenciaria* (materia 6ª) o *la laboral* (materia 7ª) o partes nucleares incluso de la *civil* (materia 8ª) son exclusivas del Estado. Y en tantas otras materias se reservan al Estado competencias básicas o de legislación básica, destacadamente en todo lo relativo al orden económico (materias 6ª, 9ª, 11ª, 12ª, 13ª, etc.), por no mencionar la reserva de todo el régimen jurídico básico de las Administraciones públicas de la materia 18ª, etc. ¿De verdad que en los Estados federales todo esto está también reservado al Estado federal? Hay algunos Estados federales en que quizás ocurra eso parcialmente, pero, desde luego, no en los prototípicos, y ninguna duda cabría albergar acerca de que los nuevos Estados aspirarían al máximo de las potencialidades que admite el modelo federal, en la misma dinámica centrífuga a la que deberían su emergencia.

En el orden fiscal desaparecería desde luego – antes o después- cuanto hoy disponen, en garantía de la unidad y solidaridad que trata de expresar el Estado, el art. 133 de la Constitución (*la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado* de modo que *las Comunidades Autónomas* sólo pueden hacerlo *de acuerdo con la Constitución y las leyes* del Estado), y el 156 y el 157, que concretan más los principios sentados por aquél y hacen depender a la postre las competencias financieras y tributarias autonómicas de lo que determine necesaria la ley orgánica a que se refiere el apartado 3 del último de los artículos citados (la conocida como LOFCA).

4.3. *Ruptura muy probable de la unicidad del Poder judicial*

En la línea de lo que acaba de decirse, el Estado federal comportaría muy probablemente, antes o después, una federalización del orden judicial, creándose en cada nuevo Estado federado su propio Poder Judicial y hasta puede que en más de uno su propio Tribunal Constitucional. Respondería a la lógica generalizada del Estado federal. Las consecuencias de ello en la complejidad y coste del funcionamiento de una Justicia con dos redes de órganos judiciales, su potencial conflictividad y la progresiva pérdida de una efectiva unidad jurídica (es decir, de la igualdad), no necesitan glosa.

4.4. *Reducción de la solidaridad y de la igualdad en proporción al incremento de la autonomía*

Sorprende especialmente que las propuestas de pasar a un Estado federal se hagan no infrecuentemente desde posiciones supuestamente favorables a un

incremento de la igualdad y de la solidaridad entre el conjunto de los ciudadanos españoles. Sustituir el actual Estado autonómico por un Estado federal se traduciría inevitablemente en un incremento de las posibilidades de la desigualdad entre ciudadanos asentados en unos u otros Estados federados – en proporción precisamente a la mayor autonomía efectiva inherente al sistema- y en una disminución de los instrumentos del Estado común, que pasaría a ser federal, para promover, reforzar y garantizar la solidaridad entre cuantos componen la nación española, más allá de lo que imponga la Unión Europea, cuyas competencias, hoy por hoy, siguen siendo, como se saben, limitadas y muy especialmente en todo lo no propiamente económico, de protección ambiental y algunas pocas cosas más.

5. *Arraigo del Estado Unitario en España y de los principios que lo sustentan*

5.1. *El Estado español ha sido configurado constitucional o fundamentalmente, sin solución de continuidad, como Estado unitario desde, al menos, 1812*

La cuestión, cuanto menos desde la Constitución de 1812, es meridiana-mente clara y no requiere que nos alarguemos en su demostración, con independencia de la reducción que sufriría la nación española, tal y como se concebía, aun con solo parcial realismo, por las Cortes de Cádiz, al separarse de ella la población de diversas nuevas repúblicas de América y Asia en distintos momentos del siglo XIX para constituir nuevos Estados independientes.

Que *la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales*, se afirma solemnemente en el art. 3 de la mencionada Constitución, y así se refleja en la regulación de su reforma. De la *voluntad de la Nación de revivir, en uso de su Soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz*, habla el preámbulo de la Constitución progresista de 1837, y la Nación aparece como sujeto en varios de sus preceptos, lo mismo que en algunos de la Constitución moderada de 1845, en la que se hace menos referencia explícita a ella, pero en la que toda la configuración sustancial del Estado – de la Monarquía- responde a similar patrón. No hay el menor indicio de que la Constitución se sustente en algo distinto del conjunto de los españoles representados en las Cortes. Tras la revolución liberal democrática de septiembre de 1868, la Constitución de 1869 reafirma expresamente a la Nación española como titular del poder constituyente que se ejerce de nuevo de manera totalmente unitaria. Y a la Nación se refiere varias veces este texto, que vuelve a regular la reforma de la Constitución de modo inequívocamente unitario. Lo mismo que apelará igualmente a la Nación incluso la proposición de 11 de febrero de 1873 de proclamación de la I República.

La Constitución de la Restauración, de 1876, apenas usa el término Nación, aunque no deja de hacerlo en alguno de sus artículos (el 11, el 14, el 62 o el 86 y el 87) y utiliza otros términos y expresiones de significado equivalente (muy frecuentemente “los españoles”) y no es dudoso que mantuvo la configuración del Estado español sobre base nacional y como plenamente unitario, aunque no explicitase norma alguna sobre su reforma (como las de 1837 y 1845). Algo similar cabe decir de la Constitución de 1931, de la II República: aunque se evita el uso del término Nación al referirse a España como constitutiva del Estado en su forma de República (mencionándose, sin embargo, de forma especialmente importante en el art. 67 – *el Presidente de la República personifica a la Nación*–, aunque también en el art. 45 y en el 76 y el 77), no deja de hablarse de la *organización nacional* (Título I), la *nacionalidad* española (art. 14.1ª y Título II), una *Defensa nacional* (art. 14,7ª), *nacionalizaciones* (arts. 26 *in fine* y 44), *economía nacional* (art. 44). El art. 125 reguló su reforma encomendándola a la única Cámara prevista para las Cortes – de elección por los ciudadanos individualmente considerados–, erigida en Asamblea constituyente, según un patrón totalmente unitario.

En fin, la Ley Fundamental para la Sucesión a la Jefatura del Estado, de 1946, que instituyó en su art. 10 la categoría de las leyes fundamentales del régimen del llamado Movimiento Nacional, reconocía asimismo al *acuerdo de las Cortes* (una sola Cámara, de variada representación, pero sin componente alguno de índole ni siquiera “regional”), seguido del *referéndum de la Nación* (“entre todos los hombres y mujeres de la Nación mayores de veintiún años”, decía el art. 2 de la Ley fundamental de referéndum, de 1945), el ejercicio de lo que hay que entender como potestad constituyente y soberana, para establecer y modificar dicha categoría suprema de Leyes, con las que se pretendió conformar el equivalente a una Constitución.

En esta historia, sólo el Proyecto de Constitución de la I República, de 1873, que no llegó a ser aprobado, trató de cambiar estas bases tan constantes de nuestra configuración política en la Edad Contemporánea. *Componen la Nación española los Estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Cuba, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Puerto Rico, Valencia, Regiones Vascongadas*, comenzada diciendo su art. 1º. Se mantenía, pues, el concepto de la Nación española – como haría uno de sus más destacados mentores, Pi y Margall (el 2º de los 4 Presidentes del año escaso de la República), en su citado libro sobre *Las nacionalidades*- pero cambiando su significación de modo que las agrupaciones territoriales de los españoles dejaban de concebirse como expresiones de la variedad social y organizativa de la comunidad política de los ciudadanos españoles, para pasar a considerarse elementos constitutivos de esa comunidad, colectividades componentes de la Nación y no sólo existentes en ella. Y aunque *la soberanía reside en todos los ciudadanos* se ejerce, en particular, en el Estado federal, a través de las Cortes

Constituyentes, tal y como determinaban los arts. 115 a 117 del Proyecto, en las que el Senado estaba formado por cuatro senadores enviados por cada Estado federado (art.52), de modo que la voluntad constituyente se encauzaba por doble vía: la de los representantes directos de los ciudadanos en el Congreso y la de los que los representasen en el Senado a través de los Estados federados.

Aquel diseño de laboratorio de determinados sectores – planteado además en un difícilísimo contexto que incluía al menos dos notable conflictos bélicos civiles- se evidenció de inmediato y trágicamente como inasumible por el cuerpo social de España.

5.2. *La configuración unitaria del Estado español en la Edad Contemporánea ha respondido a una generalizada conciencia nacional de la colectividad política española, generada a lo largo de una larga y accidentada historia de más de mil años*

No es posible demorarse aquí en una consideración rigurosa de la gestación multiseccular de lo que eclosiona desde la Cortes de Cádiz de manera patente como nación unitaria, pero no puede ignorarse que esa larga historia comienza, ya con neta proyección política, con la Monarquía visigótica, desde los tiempos de Leovigildo, en las décadas finales del siglo VI, hasta su derrumbamiento ante la invasión musulmana a principios del siglo VIII. Los largos y accidentados ocho siglos que vinieron después presenciaron un complejo proceso de progresiva recuperación de la unidad social y política quebrada por la acción musulmana, que fue vertebrándose a través de lo que acabaron siendo los Reinos de las Corona de Castilla y León (del que se segregó Portugal en el siglo XII), Navarra y Aragón -que unía al propio Aragón con Cataluña, Valencia y Baleares en el ámbito de lo hoy integrado en España²⁸. Al aunarse las tres Coronas por unión personal en los Reyes Católicos y afrontar la Monarquía en el siglo XVI grandes empeños europeos y universales, se reforzó el proceso de integración social y económica que ya venía produciéndose desde mucho antes. El sistema institucional de la Monarquía de las Españas – como aún se denominan los Reyes en la primera mitad del XIX- se mantuvo, no obstante, políticamente bastante diferenciado dos siglos más, durante los Austrias, y experimentó un proceso unificador y centralizador, sobre la base principal de la gran Castilla a partir de la guerra de Sucesión, promovida por potencias europeas contra la instauración de los Borbones en el trono español y convertida en dura guerra civil por la rebelión contra el nuevo Rey Felipe V de quienes más poder tenían en los territorios de la Corona de Aragón y algunos otros de la de Castilla. La creciente unificación económica del siglo XVIII acrecentó la común conciencia nacional que aún

²⁸ Son muchos los historiadores que lo ponen de manifiesto. Gaspar ARIÑO ORTIZ, en *Las Nacionalidades Españolas...*, cit. (p. 26), y *La independencia de Cataluña*, cit. (p.49), ha recordado, entre otras, la contribución de José Antonio MARAVALL, *El concepto de España en la Edad Media*, IEP, Madrid 1964.

habrían de incrementar las nuevas ideas de libertad e igualdad de la Ilustración y, más aún, la común defensa ante el invasor francés en la devastadora guerra de la Independencia (1808-1814).

Tampoco sería posible referirse ahora a las múltiples comunes empresas de todo tipo ni a la multiplicidad de lazos de sangre, lengua y cultura que – incluso allí donde el castellano o español ha convivido con lenguas locales– han gestado tal conciencia de unidad nacional, favorecida seguramente por la configuración geográfica de la península – causa a la vez y a otro muy distinto nivel, por otras de sus características, de la pluralidad de las colectividades territoriales que agrupa–, que, por sus límites marítimos y la cordillera pirenaica del istmo que la une al resto de Europa, ha generado más fácilmente una idea de identidad diferenciada.

Basten estos retazos para recordar que lo expresado por nuestra trayectoria constitucional – jurídico-política– en estos dos últimos siglos responde con realismo a lo generado por nuestra historia. Llama la atención, en cualquier caso, en los más diversos escritos jurídicos y políticos del XIX – en cuyo siglo la unidad nacional “quedará definitivamente consolidada”²⁹–, el énfasis en la igualdad en los derechos de todos como fundamento de la unidad e incluso del centralismo estatal que por entonces trató de institucionalizarse.

5.3. *La soberanía en el ámbito del Estado español actual corresponde, de modo jurídicamente incuestionable, a la nación española y su ejercicio al conjunto del pueblo español*

En cuanto a la Constitución vigente de 1978, inequívocamente se autoproclama en el Preámbulo como su autora *la Nación española*, cuya voluntad resulta expresada, efectivamente, por las Cortes y el Pueblo Español. Y se declara en su art. 1.2 que *la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado*³⁰. Es una declaración paladina de la naturaleza unitaria del actual Estado español³¹, que se confirma en muchos otros preceptos de este texto constitucional y en las previsiones de los arts. 167 y 168 para su posible revisión o reforma. Ninguna duda cabe de que jurídico-políticamente la soberanía en España corresponde, en efecto, a la nación española, que la ejerce a través

²⁹ Como con razón resume Santiago MUÑOZ MACHADO en *El problema de la vertebración...*, cit. p. 249.

³⁰ Sobre la gestación y significado de estas fórmulas constitucionales, vid. MUÑOZ MACHADO, S., *El problema de la vertebración...*, cit. pp. 356-363. Vid. también MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Acotaciones al término “nación”», Separata de *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n° 38, Madrid 2008.

³¹ En el mismo sentido, entre otros, COSCULLUELA MONTANER, L., «La reconstrucción del Estado Autonómico», *El Cronista ...*, n° 51, cit., p. 19. No infrecuentemente se ha recordado la afirmación del diputado socialista Peces Barba sobre la Constitución de 1978: “Esta Constitución no es una Constitución federal. Nuestro deseo es que lo hubiera sido” (MEILÁN GIL, J.L., *El itinerario desviado...*, cit. p.69).

del pueblo español en su conjunto, formado por el conjunto de los españoles individualmente considerados, aun con la intervención previa que corresponda a su representación en las Cortes, que en ningún caso se ha previsto hasta ahora hayan de contar sino con una representación mínima en el seno del Senado por parte de las Comunidades Autónomas (art. 69.5), sin capacidad alguna de por sí para impedir una reforma constitucional que cuente con amplio respaldo en el conjunto del pueblo español³².

5.4. *Relevancia de los principios de igualdad y solidaridad en la nación*

La unidad de la nación. en la que se fundamenta el Estado unitario español, impone a este – como Estado social de Derecho- deberes de promoción y garantía de una igualdad y solidaridad entre todos los componentes del pueblo español que son a la vez causa y efecto de dicha unidad. De ahí las no escasas e importantes determinaciones del texto constitucional que imponen deberes relativos a la unidad (art. 2), a la igualdad (arts. 9.2, 14, 31, 40, 138, 139, 149.1.1ª y 158, destacadamente) y a la solidaridad (arts.2, 138, 156 y 158), justificación última de la naturaleza unitaria del Estado, sin perjuicio del aprecio y garantía de una diversidad compatible con esos principios, que, anclada asimismo en el principio de subsidiariedad – ahora proclamado en los Tratados de la Unión Europea como principio general para sus relaciones con sus Estados miembros³³–, se concreta en la autonomía territorial que el art. 2 garantiza a las regiones y nacionalidades que se reconocen en la propia nación (*la integran pero no la componen*), y el art. 137 a los *municipios, provincias y Comunidades Autónomas que se constituyan* en ejercicio del derecho proclamado en el art. 2.

Si muchos entienden que el Estado autonómico actual no está cumpliendo adecuadamente con las exigencias que le impone la Constitución en punto a la igualdad y la solidaridad, la solución debería ser acometer las reformas que esta permite e incluso demanda para garantizarlas más cumplidamente, aun con buen cuidado de seguir garantizando debidamente la autonomía territorial que la misma Constitución quiere – fortaleciéndola incluso con una adecuada reforma del Senado³⁴ y algunas otras medidas–, pero, desde luego, como ya va señalado, en vano podrían esperarse de un Estado federal medidas más eficaces.

³² En la propuesta que expusimos en «El Senado de la España vertebrada», cit., ya advertimos de que la reforma de éste debe cuidar de limitar su papel en la revisión constitucional (p. 141).

³³ Vid. nuestro estudio “El principio de subsidiariedad”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1275-1310. En su aplicación al reparto competencial Estado-Comunidades Autónomas, vid., también, Muñoz Machado, S., *Cataluña y las demás Españas*, cit., p. 225.

³⁴ Que lo haga más efectiva cámara de representación territorial, no sólo, aunque sí principalmente, de las Comunidades Autónomas sino también de las Entidades locales, como propusimos en «El Senado de la España vertebrada», cit. supra. Apunta en dirección análoga, COSCULLUELA MONTANER, L., «La reconstrucción del Estado Autonómico», *El Cronista ...*, nº 51, cit., p. 26.

6. *El Estado federal no sirve ni es viable en España*

6.1. *No ofrece solución a los problemas pendientes del Estado autonómico, sino que los agrava*

El modelo del Estado Federal se ha demostrado un logrado acierto – ya lo hemos dicho y es bien conocido- en la unificación de importantes conjuntos de colectividades estatales preexistentes, proporcionando una ingeniosa vertebración a la unidad en la diversidad. Pero resulta completamente inadecuado para un cuerpo social como el español, ya muy sólidamente unificado a lo largo de muchos siglos con mucha mayor consistencia, aunque no deje de haber algunas tensiones y problemas que en modo alguno son generales y que ni siquiera se perciben del mismo modo allí donde se muestran más agudos.

Desde luego, por cuanto queda sucintamente dicho, dicho modelo no ofrece soluciones para los diversos problemas pendientes del actual Estado autonómico, que, tanto en sí mismos, como en las contrapuestas opiniones con que se sienten y valoran, están reclamando sobre todo un mejor ajuste entre la razonable autonomía de las Comunidades Autónomas – y de las Entidades Locales–, la seguridad jurídica – también frente a innecesarias complicaciones del sistema normativo- y, principalmente, la igualdad y solidaridad a que ya nos hemos referido, de conformidad con lo dispuesto en la misma Constitución, lo que requeriría asimismo criterios efectivos de mayor austeridad organizativa y rigor en el gasto. Pero ese ajuste puede y debe hacerse en el marco del Estado unitario autonómico determinado por la Constitución vigente, sin perjuicio de que pueda justificarse algún retoque del propio texto constitucional que incremente la coherencia y seguridad del sistema.

El Estado federal no aportaría de por sí solución alguna y, en cambio, agravaría muy sensiblemente los problemas y las tensiones³⁵.

6.2. *No satisface al “nacionalismo independentista” periférico pero puede estimularlo*

Si las propuestas de implantar un Estado federal trataran de hacer frente a la crisis suscitada por las pretensiones independentistas expresadas por relevantes minorías de algunos territorios de la nación, se impone afirmar algo

³⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Informe sobre España (Repensar el Estado o destruirlo)*, Crítica, Barcelona, 2012, pp. 232 y 240, aun afirmando, contra lo expuesto en esta colaboración en su homenaje, que los principios y técnicas jurídicas fundamentales del Estado de las autonomías coinciden con los de los Estados federales (ibid., pp.240-241). Son precisamente los principios fundamentales del Estado federal, con la dinámica a ellos inmanente en los procesos centrífugos, lo que agravaría los efectos de su implantación en España.

tan evidente como que la respuesta federal no puede satisfacer, obviamente, tales pretensiones, mientras que, en cambio, puede contribuir a estimularlas al permitir la transformación de lo que hoy son Comunidades Autónomas en verdaderos Estados, aun dentro de los límites del Estado federal.

Parece innecesario volver a decir que los grupos o partidos nacionalistas, de las zonas territoriales donde existen, no van a aceptar que, en la organización estatal, se trate a las colectividades para las que quieren la independencia o, al menos, un trato distintivo, de modo igual que a las demás que se reconocen también en la nación española, y, si aceptasen el Estado federal, sería sólo por la relevancia que pudiera tener para ellos conseguir para sus colectividades territoriales la condición de Estados, contando así con un nuevo título para continuar sus reivindicaciones.

6.3. Añadiría complejidad y dificultad a la inserción de España en la Unión Europea

No deben dejar de tenerse en cuenta los efectos que tendría la transformación de España en Estado federal en los mecanismos procedimentales de la inserción del Estado español en la Unión Europea, como consecuencia del ya indicado más que probable incremento de competencias de todo tipo en los Estados federados, con pérdida por el Estado federal de competencias que hoy le están reservadas, y cuyo ejercicio ya ha transferido en parte a la Unión, pero que en buena medida sigue ejerciendo por sí.

Ciertamente, un Estado de la Unión tan importante como el alemán es federal, y no es el único Estado de la Unión con esa naturaleza. No hay una radical incompatibilidad, aunque no se olvide la traba que, a la postre, le está representando a Suiza su sistema federal, para decidirse por la integración en la Unión. Y conocidas son las importantes medidas constitucionales y legales que ha debido tomar Alemania para ir encajando el incremento funcional de la Unión en su estructura federal interna. La condición federal de los Estados miembros de la Unión complican y dificultan la inserción europea, aunque no la impidan. Y es verdad que algunas de esas complicaciones ya las ha hecho suyas el Estado autonómico español, acertadamente o no, pero si pasase a ser Estado federal, se haría inevitable su incremento.

6.4. No se avista la posibilidad de que pueda conciliar el respaldo social necesario

Observemos finalmente la evidencia de que, a la vista de las cualificadas mayorías requeridas por el art. 168 de la Constitución – no excesivas, cuando de lo que se trataría sería de cambiar algo tan fundamental en la organización política española como su unidad histórica para descoyuntarla en parte en su mismo núcleo–, se requiere un amplísimo acuerdo de la sociedad española para

poder pasar a un Estado federal³⁶. Ya no estamos en los tiempos en que un grupo de líderes decididos, aprovechando una coyuntura supuestamente favorable, sin probado respaldo popular suficiente – en elección o consulta con las debidas garantías–, podían imponer su preferencia o su antojo, aunque se tratara de algo tan trascendental como pasar de una España Estado unitario a Estado federal. Ciertamente no se ve en el horizonte actual la posibilidad de un tal respaldo, libre y convencido, y ni siquiera de una mayoría de quienes fueran convocados al efecto a referéndum nacional³⁷. Tratar, por ello, de erigir este objetivo en ariete político no puede conducir sino a tensiones inútiles y perjudiciales que quizás no hagan sino retrasar o hacer incluso inviables las soluciones necesarias y posibles.

Abstract

Trascendencia e improcedencia del Estado Federal para España³⁸

by José Luis Martínez López-Muñiz

To qualify a state as a federal state is something far-reaching. Beyond the discussions about its meaning, the notion of the federal state keeps an essential ground and content, full of very important political consequences, even though some of its natural elements may have been applied to some unitary states with a more or less decentralized framework. Transforming the current unitary Spanish state in a federal state, like some people demand, would have therefore strong effects. Several political, sociological, historical and law facts work against the real possibility or convenience of such a so important change.

³⁶ Como también observa, entre otros, COSCULLUELA MONTANER, L., «La reconstrucción del Estado Autonómico», *El Cronista ...*, n° 51, cit., p. 28.

³⁷ Ha insistido en ello Sosa Wagner, F., en «Para el debate entre colegas sobre la reconstrucción del Estado Autonómico», *El Cronista ...*, n° 51, cit., pp. 32 y ss.

³⁸ Contribución &52 al libro coord. por José M^a BAÑO LEÓN, Memorial para la reforma del Estado (Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado), tomo II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2016, pp. 1335-1358.

Lo statuto dell'*in house* al traguardo della codificazione

di Annalisa Giusti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il modello *in house* come sintesi fra principio di concorrenza e principio di autorganizzazione nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 3. Il consolidamento del modello eurounitario nell'esperienza italiana. – 4. La prima codificazione dello statuto dell' *in house* nelle “nuove” direttive. – 5. La conformità al diritto comunitario dei modelli italiani di *in house* successivi alle direttive e anteriori al codice dei contratti. – 6. L'approdo legislativo italiano nella disciplina del codice dei contratti pubblici: un'ulteriore stretta sull' *in house*. – 7. Il completamento della disciplina del codice: le società *in house* nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. – 8. Conclusioni.

1. Premessa

Con la stagione delle riforme apertasi nel 2015, l' *in house* è giunto al traguardo della codificazione, a conclusione di un percorso giurisprudenziale inaugurato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel 1999, proseguito nel dialogo con i giudici nazionali e tradotto soltanto marginalmente in diritto positivo. Fino al 2016, infatti, non vi è alcuna norma dell'ordinamento italiano che rechi una disciplina compiuta dell'istituto; anche nella materia dei servizi pubblici a rilevanza economica, in cui l' *in house* ha una rilevanza centrale¹, il legislatore nazionale si è limitato al rinvio alle caratteristiche dell' *in house* così come descritte dai giudici del Lussemburgo².

Con una decisiva inversione di tendenza, oggi è possibile delineare un vero e proprio statuto dell' *in house*, alla cui definizione concorre un triplice ordine di discipline, fra di loro inevitabilmente collegate. La prima, anche in ordine cronologico, delle tre fonti normative è il nuovo codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 50/2016, frutto a sua volta di un composito lavoro del legislatore delegato di attuazione delle direttive europee e di riordino della previgente disciplina dei contratti pubblici³. La seconda componente è il nuovo testo unico delle società

¹ Non è questa la sede per ripercorrere le complesse vicende delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali nell'ordinamento italiano. Per quanto di rilievo, ai fini dell'oggetto specifico di questa trattazione, sarà data attenzione all'evoluzione normativa della disciplina dei servizi pubblici locali con riferimento all'affidamento *in house*. A questi aspetti è dedicato il paragrafo 3.

² Si tratta dell'art. 4, co.8 del decreto legge 95/2012 (convertito in legge 135/2012) in base al quale «a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*».

³ Con la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 il Governo è stato delegato ad adottare un

partecipate, il d.lgs. 175/2016, emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 124/2015 ed entrato in vigore il 23 settembre 2016. La medesima legge delega contempla, all'art. 19, l'adozione di un nuovo testo unico sui servizi pubblici locali, il cui testo rappresenta la terza delle evocate fonti a cui è affidato lo statuto del nuovo *in house*. Quest'ultimo testo unico non è stato ancora licenziato dal Governo⁴; sulle sue sorti inciderà il recepimento delle indicazioni fornite dalla Consulta con la sentenza n. 251/2016 con la quale i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità di alcune delle norme contenute nella legge delega, fra cui anche quelle relative al riordino delle partecipazioni e dei servizi pubblici di interesse economico generale. La Consulta, sinteticamente, ha censurato le due disposizioni nella parte in cui prevedono la mera acquisizione di un parere anziché una vera e propria intesa in sede di Conferenza Stato Regioni⁵. Materie quali le società a partecipazione pubblica, in cui confluiscono molteplici competenze sia statali che regionali, impongono, secondo i giudici della Corte, forme rafforzate di cooperazione come sono le intese, in grado di dare effettività al principio di leale collaborazione e garantire «l'integrazione dei diversi punti di vista e delle diverse esigenze degli enti territoriali coinvolti».

La Corte Costituzionale ha precisato gli effetti della sentenza sui decreti attuativi, sancendone l'espressa limitazione alle disposizioni della legge delega censurate. Le disposizioni dei decreti dovranno essere specificamente impugnate; in quell'occasione, seguendo le argomentazioni della Corte, «si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione». La sentenza, dunque, non travolge le disposizioni sulle società *in house* ma impone al Governo dei correttivi necessari a garantire la leale collaborazione.

decreto di attuazione della Dir. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali della Dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici e della Dir. 2014/23/UE sui contratti di concessione entro il 18 aprile 2016 e, entro il 31 luglio 2016, un decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Il Governo ha adottato un unico decreto legislativo entro il 18 aprile 2016. Il D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha recepito le direttive e riordinato la materia dei contratti della p.a., sostituendosi all'abrogato d.lgs. 163/2006. e

⁴ Il Consiglio di Stato ha già espresso il parere (sostanzialmente positivo) sulla bozza del Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, N.1075 del 3 maggio 2016). Il parere è consultabile sul sito della giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it).

⁵ L'art. 16, co. 4 della l. 124/2015 prevede infatti che decreti legislativi siano adottati «su proposta del Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con i Ministri interessati, previa acquisizione del parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e del parere del Consiglio di Stato, che sono resi nel termine di quarantacinque giorni dalla data di trasmissione di ciascuno schema di decreto legislativo, decorso il quale il Governo può comunque procedere...».

Il legislatore italiano, a differenza di quello europeo, è arrivato al traguardo della codificazione con una duplice (e una programmata triplice)⁶ partizione della normativa interna. In un contesto così articolato, l'operazione di ricomposizione delle norme, anche nel necessario rapporto con la giurisprudenza, diviene non più soltanto un'operazione compilativa. Il Consiglio di Stato, infatti, nell'esprimere il proprio parere sul Testo unico delle società partecipate, ha sottolineato l'esigenza di qualità della regolazione «per la competitività del Paese, per l'effettività dei diritti fondamentali dei cittadini, per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e per l'andamento dei conti pubblici». Questi obiettivi di efficienza devono essere realizzati in un contesto, di matrice eurounitaria, in cui assumono un ruolo di altrettanto rilievo la tutela e la promozione della concorrenza. La codificazione dell'*in house*, seguendo questi principi, dovrebbe pertanto rappresentare lo strumento per garantire servizi efficienti, assicurare un uso adeguato delle risorse e conservare, al contempo, uno scenario concorrenziale del mercato delle commesse pubbliche.

Il percorso compiuto dall'*in house* – che idealmente potrebbe essere descritto “dalla giurisprudenza alle norme” – influenza anche la metodologia prescelta per l'indagine proposta, che prende le mosse dall'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia fino ad arrivare alla disciplina del codice dei contratti e, seppur in attesa del correttivo richiesto dalla Consulta, del Testo Unico delle società partecipate. L'obiettivo finale è la ricostruzione di uno statuto generale dell'*in house*, finalizzato a verificare in che modo la dialettica fra il principio di concorrenza e di auto-organizzazione delle amministrazioni sia confluita nella ricomposizione legislativa dei principi giurisprudenziali interni ed europei, nell'obiettivo finale di offrire regole in grado di assicurare i ricordati obiettivi di qualità ed efficienza auspicati dal Consiglio di Stato.

2. *Il modello in house come sintesi fra principio di concorrenza e principio di autorganizzazione nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*

La locuzione *in house*⁷ indica la scelta di affidare l'esecuzione di lavori, la prestazione di servizi o forniture a un soggetto che, per le sue caratteristiche, la giurisprudenza non ha esitato a definire una *longa manus* dell'amministrazione⁸,

⁶ Difficile, allo stato attuale, ipotizzare se questo percorso sarà compiuto nei tempi previsti dalla delega, cioè un anno dalla data di entrata in vigore della legge 124/2015, considerando il momento politico italiano e in particolare la crisi di governo apertasi il 5 dicembre 2016.

⁷ La formula «*in house*» è comparsa per la prima volta nel libro bianco del 1998, ad indicare gli appalti «aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata».

⁸ Il riferimento è alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.1/2008, per la quale si rinvia al paragrafo 4.

escludendo la terzietà fra soggetto affidatario e affidante che generalmente connota la dinamica dei contratti pubblici. Qualora l'affidamento rientri nell'autonomia organizzativa dell'amministrazione non vi è spazio per la competizione; le regole della concorrenza, d'altro canto, mirano alla selezione di un soggetto terzo e, in quanto tale, estraneo al disegno organizzativo della p.a.

L'attuale conformazione legislativa dell'*in house* rappresenta dunque la cristallizzazione sovranazionale e interna dell'equilibrio fra i due principi, ontologicamente autoescludenti⁹, di concorrenza e di autoorganizzazione delle amministrazioni¹⁰, così come progressivamente definito innanzitutto dalle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Il momento iniziale – e imprescindibile – di questo percorso ideale verso la codificazione, non a caso, è rappresentato dalla sentenza *Teckal*¹¹ con cui la Corte di Giustizia era stata chiamata a decidere se un ente locale potesse affidare direttamente la fornitura di prodotti (combustibili) e la prestazione di servizi (conduzione e manutenzione degli impianti termici) a un consorzio a cui esso stesso partecipava. Negando l'applicabilità dell'allora vigente disciplina comunitaria sugli appalti, i giudici del Lussemburgo individuavano, per la prima volta, i due presupposti necessari affinché l'affidamento *in house* possa considerarsi espressione del principio di autoorganizzazione e non lesivo della concorrenza. Non occorre, secondo la Corte, una procedura di evidenza pubblica quando l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» e quest'ultimo realizzi «la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la detengono». Tali prestazioni possono essere rese nei confronti dell'ente controllante o per conto di esso. L'affidamento diretto è quindi legittimo quando ricorrano, congiuntamente, il requisito strutturale del «controllo analogo» e quello funzionale dell'«attività prevalente».

Questo incidere sui riferimenti testuali alle sentenze non è casuale: molti elementi del percorso giurisprudenziale, riassunti nei principi di diritto elaborati dalla Corte, sono divenuti *ius positum*, dapprima in sede europea e, successivamente, nelle norme interne di recepimento. Nelle direttive europee, così come

⁹ Su questo rapporto escludente, per cui il potere di organizzazione delle p.a. non è una deroga al mercato ma è «definizione di ciò che non è mercato», R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *l'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51.

¹⁰ Per questa prospettiva di indagine sull'*in house*, cfr. F.ASTONE, *Lo statuto delle società in house*, in www.giustamm.it, 11/2010, R.CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA, M.CASSANO, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, 119; C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di autoorganizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012;

¹¹ È la sentenza 18 novembre 1999, Causa C-107/1998, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1393 annotata da G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, 1461 ss.

nell'attuale codice dei contratti, nella parte dedicata alle definizioni (art. 3) riecheggiano le medesime espressioni utilizzate dai giudici del Lussemburgo.

Il principio generale della sentenza *Teckal* è stato ulteriormente specificato e sviluppato nella giurisprudenza successiva, a partire dal caso *Stadt Halle*¹², in occasione del quale la Corte ha chiarito il requisito del «controllo analogo» soffermandosi, nello specifico, sull'incidenza dell'eventuale partecipazione privata al capitale. Proponendo un'interpretazione restrittiva, i giudici europei imponevano la procedura di evidenza pubblica in tutti i casi di partecipazione «anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice», giacché tale circostanza «esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quella che essa esercita sui propri servizi».

Con questa pronuncia, la Corte di Giustizia escludeva fermamente la possibilità di raffigurare la società *in house* come un soggetto autonomo dall'amministrazione¹³; la partecipazione, seppur minoritaria, di un soggetto privato sarebbe stata sufficiente a recidere il nesso fra l'ente e la sua articolazione interna, a causa della inconciliabile convivenza fra gli interessi del privato e dell'amministrazione. «Il rapporto fra un'autorità pubblica...e i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico; per contro, qualunque investimento di capitale privato...persegue obiettivi di natura differente».

L'assenza di qualsiasi alterità soggettiva rispetto all'amministrazione, tale da non tollerare alcuna ingerenza minima da parte dei privati, rimarrà una costante della giurisprudenza europea¹⁴, superata soltanto dalle direttive del 2014. Nella

¹² Corte di Giustizia Unione Europea, 11 gennaio 2005, Causa C- 26/03, in *Rin. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 992 annotata da V. Ferraro, *La nuova ricostruzione dell' in house providing proposta dalla corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, 1004, ss.

¹³ È questo l'orientamento prevalente della giurisprudenza nazionale, su cui convergono sia le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cassazione Civile, Sezioni Unite, 25 novembre 2013, n. 26283, in *Foro amm.*, 2014, 10, 2498; id., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Foro Amm.*, 2014, 5, 1391) che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n.1, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 93).

¹⁴ Prima di affermare tale rigida preclusione, fondata sull'ontologica inconciliabilità fra l'interesse pubblico e privato, la giurisprudenza si era soffermata solo sul profilo quantitativo della titolarità della maggioranza del capitale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ritenendo irrilevante la natura mista del capitale. (cfr. Corte Giust. CE, 9 settembre 1999, C-108/98, *Ri. San.*, in *Rin.it.dir.pub.com.*, 2000, 1379 cui *adde* Corte Giust.UE, 10 novembre 1998, Causa C-360/1996, *BFI Holding*, in *Racc.*, 1999, I-6821). Sul punto, cfr. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir.amm.*, 2005, 190. La scelta di incentrare l'indagine sulle società *in house*, tenuto conto anche della prospettiva metodologica indicata, non consente di soffermarsi diffusamente sulle relazioni fra società *in house* e società mista, sulle condizioni per la legittimità dell'affidamento diretto a società miste e, più in generale, del rapporto fra i c.d. partenariati pubblico-pubblico e pubblico privato. Per una

sequenza diacronica dei *leading cases* della Corte, infatti, si affinano i contenuti del “controllo analogo” e della “attività prevalente”, muta la prospettiva metodologica nella loro individuazione e definizione, ma sempre in un contesto organizzativo caratterizzato dalla partecipazione pubblica totalitaria.

È con la sentenza *Parking Brixen*¹⁵ che la Corte di Giustizia abbandonando l’astratta definizione delle condizioni che integrano i due requisiti dell’*in house*, compie una scelta metodologica a favore di un’indagine da compiere caso per caso, in relazione alla singola fattispecie.

Seguendo questa rinnovata metodologia, la valutazione sul controllo analogo «deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti», nell’obiettivo di verificare se l’affidatario «è soggetto a un controllo che consente all’autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni». Tale influenza, in particolare, deve essere determinante «sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti». Il controllo analogo, quindi, non è più semplicemente una variabile misurabile in base alle quote di capitale possedute dal soggetto pubblico o privato; il controllo, anche se totalitario, deve essere effettivo e non presunto. Di conseguenza, non si è in presenza di un affidamento *in house* – ed è necessaria la procedura di evidenza pubblica – quando l’amministrazione non sia determinante nelle decisioni strategiche della società e questa abbia invece una rilevante autonomia decisoria.

Già nella sentenza *Parking Brixen*, i giudici del Lussemburgo individuavano una serie di elementi sintomatici escludenti il controllo analogo dell’ente. Nella citata decisione, era tale l’acquisizione di una vocazione commerciale da parte della società «il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale deve essere a breve termine aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all’estero e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente».

Un ulteriore e significativo elemento sintomatico dell’assenza del controllo analogo si sarebbe poi aggiunto con la sentenza *Mödling*¹⁶, con la quale la Corte di Giustizia ha giudicato illegittimo l’affidamento diretto a una società inizialmente

sintesi giurisprudenziale della complessità di questi aspetti, inevitabile è il rinvio a Corte di Giust. CE, sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196, C-196/08, *Acoset*, in <http://curia.europa.eu/>, nel più ampio contesto della definizione, da parte dei giudici del Lussemburgo, delle condizioni di legittimità dei partenariati pubblico-privati. Sul punto, si veda, *ex multis*, R. CARANTA, *La Corte di Giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, in *Giur.it*, 2010, 5. Sulle società miste quali modelli di partenariato pubblico privato nonché sulla relazione con le vicende dell’*in house*, si veda più diffusamente R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, rispettivamente 261 ss e 301 ss.

¹⁵ Corte di Giustizia Unione Europea 13 ottobre 2005, Causa C-458/03, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 6, 1907

¹⁶ Corte di Giustizia Unione Europea 10 novembre 2005, causa C-29/04, in *Foro amm. CDS*, 2005, 11, 3151.

posseduta completamente dalla città di *Mödling*, il cui capitale sociale, poco dopo l'aggiudicazione, era stato ceduto in parte a privati. Tale manovra, lungi dall'essere un'operazione interna all'ente, era concretamente elusiva delle regole della concorrenza, realizzando un sostanziale affidamento del contratto a una società mista.

La Corte di Giustizia ha proposto un approccio empirico anche per il requisito funzionale dell'«attività prevalente». La *ratio* sottesa all'indagine del caso concreto mira a soddisfare due esigenze diverse sebbene correlate, cioè non alterare le regole del mercato e, al tempo stesso, salvaguardare anche il requisito strutturale del controllo analogo. Se l'affidatario eroga le proprie prestazioni anche a favore di soggetti terzi, si pone sul mercato in condizioni di ingiustificato vantaggio rispetto alle altre imprese; d'altro canto, una proiezione sul mercato verrebbe a recidere il rapporto di delegazione organica con l'ente.

La definizione degli indici sintomatici dell'assenza del requisito funzionale è affidata, innanzitutto, alla sentenza *Carbotermo*¹⁷. Seguendo le argomentazioni dei giudici europei, l'attività prevalente è esclusa, innanzitutto, se l'impresa possa esercitare «ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori», anche se le decisioni sono prese dall'ente pubblico che la detiene. Eventuali altre attività devono avere un carattere marginale, pena una ingiustificata alterazione delle regole della concorrenza. Non vi sono, nella prospettiva della Corte, percentuali in grado di sintetizzare, numericamente, il requisito dell'attività prevalente. Omettendo la predeterminazione di criteri formali, la Corte ha ritenuto che essa sia tale quando «il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni». È indifferente che il destinatario della prestazione sia solo l'amministrazione aggiudicatrice o gli utenti; parimenti influente è il territorio in cui siano erogate. Ancora, quando il soggetto *in house* sia controllato da più enti non importa se l'attività prevalente sia svolta «con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati».

Il progressivo dettaglio delle proprie soluzioni da parte della Corte di Giustizia ha generato una sorta di tassonomia interna all'*in house*, ripetuta anche nell'esperienza nazionale e confluita nell'attuale disciplina del codice dei contratti.

La prima fattispecie, elaborata proprio dalla testé citata sentenza *Carbotermo*, è il c.d. «*in house* a cascata», espressione con la quale si sintetizza l'ipotesi in cui il pacchetto azionario del soggetto *in house* sia detenuto da una holding a sua volta posseduta al 100% dall'ente pubblico. Con l'*in house* a cascata l'affidamento diretto è fatto dall'ente alla società detenuta dalla holding. La Corte di Giustizia

¹⁷Corte di Giustizia Unione Europea, 11.5.2006, Causa C-340/04, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 2, 526.

non ha escluso la legittimità di tale soluzione ma ha richiamato, ancora una volta, alla concreta analisi del caso e alla capacità dell'amministrazione aggiudicatrice di avere un' influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società holding e, di conseguenza, sull'affidatario; se l'amministrazione aggiudicatrice non esercita sulla società aggiudicataria dell'appalto pubblico un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario ricorrere a una procedura di evidenza pubblica.

Si ha invece «*in house* frazionato» o «pluripartecipato» quando il capitale azionario è, per l'appunto, frazionato fra più enti e il controllo analogo possa quindi essere effettuato congiuntamente. Con la sentenza Econord¹⁸ i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto esistente il requisito del controllo analogo – e legittimo l'affidamento diretto – nel caso in cui ogni ente locale partecipava (seppur in una percentuale minima, l'1%) al capitale della società a totale partecipazione pubblica e agli organi direttivi della società. I requisiti di effettività necessari per il controllo analogo (incidenza sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti) avrebbero dovuto essere riferiti a ciascun ente, sulla base di una verifica in concreto dello statuto societario.

Si parla invece di «*in house* orizzontale» quando ci sono tre soggetti, di cui uno ha il controllo sugli altri due. Fra i due (controllati dal primo) non c'è nessuna relazione; entrambi, seppur separatamente, sono in una relazione *in house* con il medesimo soggetto controllante. La Corte di Giustizia¹⁹ ha ritenuto sussistente il controllo analogo e quindi legittimo l'affidamento diretto quando uno dei due controllati affidi il contratto direttamente all'altro controllato; se entrambi, infatti, sono controllati dal medesimo soggetto, secondo le caratteristiche tipiche dell'*in house*, fra di essi si crea una relazione organica, seppur in forma derivata.

L'«*in house* verticale invertito», da ultimo, sintetizza il caso in cui il soggetto controllato affida al controllante il contratto senza procedura di evidenza pubblica. Si inverte, pertanto, la direzione classica dell'*in house*, così da far parlare anche di «*in house* capovolto».

3. *Il consolidamento del modello eurounitario nell'esperienza italiana*

La giurisprudenza nazionale non si è limitata a riordinare, facendoli propri, tutti gli elementi fondanti lo statuto dell'*in house* definiti dai giudici del Lussem-

¹⁸ Corte di Giustizia Unione Europea, sez. III, 29 novembre 2012, n. 182, in *Foro Amm.*, 2012, 11, 2748.

¹⁹ Corte di Giustizia Unione Europea, Sez. V, 8 maggio 2014 causa C-15/13, in *Foro it.*, 2015, 1, IV, 40. In proposito, vi veda il commento di F. FISCHIONE, G. FISCHIONE, *Spunti sull'ammissibilità dell'in house orizzontale e sulla non configurabilità dell'in house sottoposta a controllo analogo in parte qua* (a margine di Corte Giust. UE, sentenza 8 maggio 2014, C-15/13), in www.giustamm.it, 5.2014

burgo. Individuando una *ratio* unitaria nelle scelte giurisprudenziali sovranazionali, ha definito il rapporto di forza fra i due principi dell'autorganizzazione e della concorrenza, affermando la primazia di quest'ultimo. «L' *in house*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono una previa gara»²⁰. Il modello *in house* sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, negando l'accesso alle imprese ordinarie e costituendo, al contempo, una posizione di ingiusto privilegio all'affidataria; i requisiti per accedere a tali forme di affidamento diretto devono pertanto essere interpretati rigorosamente.

Nonostante molti dei *leading cases* citati siano stati occasionati da rinvii pregiudiziali del giudice italiano²¹ e la magistratura amministrativa nazionale si fosse già occupata dei limiti dell'affidamento *in house*²², è con la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 3 marzo 2008, n.1 che è stato dato il suggello giurisprudenziale interno al complesso dei principi elaborati in sede europea e si è definito lo statuto dell' *in house*, rimasto in gran parte immutato fino alle riforme del 2016.

Il Consiglio di Stato ha fatto proprio l'approccio sostanziale adottato dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Parking Brixen*. Presupposto necessario ma non sufficiente per un affidamento *in house* è, dunque, la partecipazione pubblica totalitaria, essendo il controllo analogo escluso in presenza di una partecipazione pur minoritaria di un'impresa privata. A questo requisito iniziale e formale devono aggiungersi altri elementi da cui derivi la capacità dell'ente di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti della società.

I giudici di Palazzo Spada hanno così elencato una serie di elementi sintomatici dell'esistenza di un controllo effettivo e non solo formale e apparente, riassumendo la pregressa – e in parte già ricordata – elaborazione giurisprudenziale. Si ha realmente un controllo analogo quando: lo statuto della società non consenta di alienare a soggetti privati una quota del capitale sociale, anche minoritaria²³; il consiglio di amministrazione della società non abbia rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante sia consentito esercitare poteri

²⁰ Così, testualmente, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n.1 in *Foro amm. CDS* 2009, 1, 93. Per un commento alla sentenza, si veda D. MARRAMA, *Società miste e in house al vaglio della Plenaria*, in www.giustamm.it, 5/2008

²¹ Sul punto, si veda la ricostruzione della vicenda Teckal curata da V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 1501;

²² Si veda, *ex multis*, Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia Sic., Sez. giurisdiz., 4 settembre 2007, n. 719, in *Urb.app.*, 2008, 211 con nota di S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*

²³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 2, 595.

maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale²⁴; l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulti, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero²⁵; le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante²⁶.

Facendo proprie le soluzioni di una pronuncia – ai tempi non molto distanti – del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, i giudici di Palazzo Spada aggiungevano ulteriori elementi capaci di delineare l'esistenza di un controllo effettivo, oltre alla necessaria totale proprietà pubblica del capitale: il controllo del bilancio; il controllo sulla qualità della amministrazione; la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti; la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali²⁷.

Alla prudenza dei giudici nazionali e alle indicazioni a favore di una interpretazione estremamente restrittiva dei requisiti, si è aggiunta una legislazione interna sostanzialmente in linea con il *favor* giurisprudenziale per le esternalizzazioni. Il riferimento è alle tormentate vicende delle norme sull'affidamento dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, il cui approdo definitivo dovrebbe essere il Testo unico di riforma previsto dalla l. 124/2015. A seguito dell'esito della consultazione referendaria del 2011, veniva abrogato l'art. 23 bis del d.l. 112/2008 che, per quanto in questa sede di rilievo, limitava gli affidamenti *in house* a ipotesi eccezionali, a favore di società con capitale interamente pubblico, partecipate dall'ente locale, sussistendo i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente fissati dalla giurisprudenza europea²⁸. Con l'abrogazione della norma, secondo la Corte Costituzionale²⁹, fino all'entrata in vigore di una nuova disciplina, avrebbe trovato applicazione immediata nel nostro ordinamento la disciplina comunitaria, cadendo così la riserva di eccezionalità prevista dalla disciplina nazionale.

²⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Giust. civ.*, 2008, 4, I, 1049.

²⁵ Secondo gli orientamenti già citati espressi da Corte di Giustizia Unione Europea: 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling* e ID, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*.

²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, in *Giur. it.*, 2007, 7, 1798.

²⁷ Cfr. Cons. giust. amm. sez. sic. 4 settembre 2007, n. 719, in *Foro amm. CDS*, 2007, 9, 2602.

²⁸ «Per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». L'ente affidante avrebbe dovuto dare adeguata pubblicità alla scelta, «motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione». Decorso il termine, il parere, se non reso, si sarebbe inteso espresso in senso favorevole.

²⁹ È la sentenza della Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24 (in *Giur. cost.* 2011, 1, 247) con la quale la Consulta ha giudicato sull'ammissibilità del referendum popolare, dichiarando, fra l'altro, l'insussistenza di impedimenti di natura comunitaria ai fini di una decisione in tal senso.

Gli interventi legislativi successivi al referendum³⁰, in un contesto di più ampia liberalizzazione e concorrenza dei servizi pubblici locali, legittimavano il modello di gestione *in house* per servizi il cui valore fosse pari o inferiore a 200.000 euro, in presenza dei requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente così come delineati dalla Corte di Giustizia.

Con un ulteriore intervento abrogativo, la Corte Costituzionale³¹ ha però dichiarato illegittima la disciplina legislativa post referendaria, con la susseguente riespansione dell'*in house*, purchè rispondente ai canoni comunitari.

Il vuoto normativo è stato colmato dal d.l. 179/2012³² che rinvia alla disciplina comunitaria per la conformazione del modello di gestione *in house*, limitandosi ad aggiungere alcuni adempimenti procedurali a carico dell'affidante, fra i quali emerge l'obbligo di pubblicare sul sito internet dell'ente una relazione nella quale si dia conto delle ragioni a favore della forma di affidamento prescelto (dunque, anche *in house*) e dell'esistenza dei requisiti per essa richiesti dall'ordinamento europeo.

4. *La prima codificazione dello statuto dell'in house nelle "nuove" direttive*

Con l'espressione di sintesi "nuove direttive" si fa riferimento alla disciplina della Dir. 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), della Dir. 2014/24/UE (sugli appalti pubblici), della Dir. 2014/25/UE (sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali). Tutte e tre le direttive si occupano di *in house*: la prima, all'art. 17 («concessioni tra enti nell'ambito del

³⁰ Il riferimento è al decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in legge 14 settembre 2011, n.148, ulteriormente modificato dalla legge di stabilità 2012, legge 12 novembre 2011, n.183) che (art. 4, co.13, 14, 15) consentiva l'affidamento *in house* se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento fosse «pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui», purchè la società fosse a capitale interamente pubblico e avesse i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*. Al fine di garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento, era fatto divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento. Le società *in house*, infine, erano assoggettate al patto di stabilità interno, con la previsione esplicita della necessità di ricorrere alle norme del codice dei contratti per l'acquisto di beni e servizi.

³¹ È la sentenza 20 luglio 2012, n. 199 (in *Gazz. Uff.*, 25 luglio, n. 30), con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni, per violazione dell'art. 75 Cost. Per un commento alla sentenza, si veda J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 155. D'accordo con la "riespansione" dell'*in house* indicata dalla Consulta è M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 855. Per una ricostruzione delle vicende dei servizi pubblici locali, si veda F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2014, 634.

³² Contenente «ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese» e convertito nella legge 17 dicembre 2012, n.221.

settore pubblico»); la seconda all'art. 12 («appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico»); la terza all'art. 28 («appalti tra amministrazioni aggiudicatrici»). Stante la sostanziale corrispondenza fra le norme, è possibile far riferimento nella descrizione del modello europeo all'art. 12 della direttiva appalti nei settori ordinari³³.

Leggendo i considerando delle direttive (in particolare, la direttiva appalti settori ordinari), emerge la volontà di salvaguardare e valorizzare il principio di autorganizzazione laddove la relazione interorganica sia effettiva e l'affidamento diretto non violi ingiustificatamente le regole della concorrenza. Questa condizione si realizza quando l'amministrazione aggiudicatrice abbia un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti della società, anche se ad essa partecipino operatori economici privati. Un controllo analogo di siffatta portata tollera anche l'eventuale partecipazione al capitale sociale da parte di operatori economici privati, qualora questa non comporti controllo o potere di veto e non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della società giuridica controllata. La direttiva precisa però che tali partecipazioni devono essere «obbligatorie ai sensi delle disposizioni vigenti negli Stati membri» e devono essere conformi ai trattati. Sono tre, dunque, le condizioni di legittimità per tali forme di affidamento diretto: la predeterminazione legislativa, la conformità ai Trattati e l'ininfluenza della partecipazione privata. Nonostante la *ratio* di tale disposizione sia stata identificata nella necessità di trovare una soluzione compromessa, che legittimasse alcune situazioni in cui la legislazione interna ammette affidamenti diretti a soggetti in cui vi sia una presenza minima e ininfluente di capitali privati, la norma pone non pochi problemi ermeneutici. Il primo di questi riguarda la fonte normativa che disciplini tali tipologie di soggetti *in house*. Attenta dottrina³⁴ ha sottolineato la non casuale specificazione, da parte del legislatore europeo, del riferimento alle «disposizioni legislative nazionali», tali da escludere sia le fonti regionali sia altre norme non riconducibili a leggi o ad atti aventi forza di legge. Il secondo dubbio interpretativo riguarda la conformità ai Trattati e, primo fra tutti, al principio cardine della concorrenza. Ragionevolmente, simili partecipazioni private dovrebbero ascrivere a soggetti la cui presenza non rischi di alterare, surrettiziamente, le dinamiche concorrenziali³⁵ oppure dovrebbe essere giustificata da esigenze imperative che consentano di derogare ai principi del Trattato. In ogni modo, questa fattispecie, precisa anco-

³³ Per un commento alle direttive, si veda L. TORCHIA, *la nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir.amm.*, 2015, 291; C. VOLPE, *le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv.it.dir.pub.com*, 2015, 1168.

³⁴ Il riferimento è ad A. BARTOLINI, *Prime pronunce giurisprudenziali sull'in house nella Dir.2014/24/UE: il caso Cineca*, in *Giur.it*, 2015, 1976.

³⁵ Sul punto, si veda però l'opposto orientamento di Corte Giust. UE, sez. V, 19/06/2014, n. 574, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, in *Foro amm.*, 2014, 6, 1654.

ra il legislatore europeo (considerando n. 32) è diversa da quella in cui capitali privati siano presenti nell'amministrazione aggiudicatrice controllante; in queste ipotesi si può ricorrere all'*in house* nei limiti generali fissati dalla direttiva.

Ai sensi dell'art. 12 della Dir. 2014/24 UE l'affidamento diretto è legittimo quando siano soddisfatte le ormai tre "classiche" condizioni dell' *in house*, indicate al par. 1, lett.a), b) e c): controllo analogo, attività prevalente con il soggetto controllante; assenza di partecipazione diretta di capitali privati, arricchite però da alcune importanti specificazioni.

Il controllo analogo, al par.1 è declinato secondo il modello Teckal, ampliato con le fattispecie emerse nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ai sensi dell'ultima parte del par. 1, tale presupposto si verifica non solo quando l'amministrazione aggiudicatrice «eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata» ma anche nel caso di c.d. «*in house* a cascata», quando «tale controllo sia esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice».

Parimenti legittimo è l'affidamento diretto secondo il modulo dell' «*in house* invertito», disciplinato al par. 2 dell'art. 12. Non si applicano le regole dell'evidenza pubblica quando «una persona giuridica controllata che è amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati».

L'art. 12, al par. 3, infine, codifica la fattispecie dell'«*in house* frazionato», che si ha quando l'amministrazione aggiudicatrice «esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici» un controllo sulla persona giuridica di diritto privato o pubblico «analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi» e non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati. La direttiva specifica altresì cosa si intenda per «controllo congiunto», richiedendo siano avverate tutte e tre le condizioni specificate nell'ultima parte del comma 3 e cioè che tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti compongano gli organi decisionali della persona giuridica controllata, anche rappresentate³⁶ («singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni partecipanti»); che le amministrazioni aggiudicatrici esercitino «congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative» della persona giuridica e, da ultimo, quest'ultima non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici³⁷.

³⁶ Si tratta anche in questo caso di un elemento di novità rispetto alla pregressa giurisprudenza, che non richiedeva espressamente che gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti (seppur rappresentate).

³⁷ In tutte le declinazioni dell'*in house* codificate dalla direttiva, il principio della partecipazione

Una novità significativa si ha per quanto riguarda la definizione dell'«attività prevalente», caratterizzata dalla scelta legislativa per la fissazione di un dato percentuale, dal quale dedurre, presuntivamente, l'esistenza del requisito funzionale.

Abbandonando l'impostazione empirica precedente, la Dir. 2014/24/UE richiede che «oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata» siano effettuate «nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre amministrazioni aggiudicatrici controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi». A tal fine, deve essere preso in considerazione il fatturato totale medio o «un'ideale misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione». La norma prevede, infine, una modalità residuale di computo per i casi in cui non sia possibile determinare il fatturato degli ultimi tre anni o la misura alternativa basata sull'attività, stabilendo sia sufficiente dimostrare «segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile».

Fra gli elementi di novità della nuova disciplina, particolare attenzione merita anche la disciplina dei c.d. partenariati pubblico – pubblico o, secondo la terminologia preferita dai giudici del Lussemburgo e dallo stesso legislatore europeo, della cooperazione fra enti pubblici³⁸. Il passaggio alla codificazione, in particolare, prende le mosse da alcuni importanti pronunciamenti della Corte di Giustizia, sollecitati, fra l'altro, anche dai giudici nazionali³⁹.

Il riferimento è, in particolare, alla sentenza sul caso *Statdtreinigung Hamburg*⁴⁰, con la quale i giudici del Lussemburgo hanno escluso l'obbligo di ricorrere a una procedura di evidenza pubblica laddove la cooperazione sia finalizzata ad «assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico» e dunque sia «retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico». La parità di trattamento degli operatori economici

pubblica totalitaria viene attenuato dalla legittimazione di una presenza di capitali privati ininfluenti sulle decisioni fondamentali e sulla definizione degli obiettivi strategici (non devono cioè comportare controllo o potere di veto né esercitare una influenza determinante sulla controllata).

³⁸ Parlano di partenariati pubblico-pubblico, M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica; dall' in house al partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur.it.*, 2013, 416; C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni e applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.pausania.it.

³⁹ Il riferimento è a Corte giustizia UE, 16 maggio 2013, n. 564 annotata da A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (cpp) e la disciplina degli appalti*, in *Urb. App.*, 2013, 1257 e a Corte giustizia UE, Grande Sez., 19 dicembre 2012, n. 159 annotata da R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2013, 388.

⁴⁰ Si tratta di Corte giustizia UE, grande sezione, 9 giugno 2009, n. 480, in *Foro amm. CDS* 2009, 6, 1402. Per un commento alla sentenza, si veda anche C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urb. app.*, 2009, 1180.

operanti sul mercato era comunque salvaguardata dall'assenza di qualsiasi partecipazione di imprese private.

Recependo tali principi, le Direttive sottraggono alle regole dell'evidenza pubblica gli accordi conclusi fra le amministrazioni « per fornire congiuntamente i propri servizi pubblici», purché siano soddisfatte particolari condizioni, dalle quali realmente emerga la finalità di cooperazione istituzionale e la loro funzionalizzazione all'interesse pubblico. È necessario, infatti, che l'accordo stabilisca o realizzi una «cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune»; che l'attuazione di tale cooperazione sia retta «esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico»; che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione. I criteri per calcolare tale dato percentuale sono i medesimi previsti per il requisito dell'attività prevalente.

La direttiva appalti, settori ordinari, ai considerando 33 e 34, oltre a ribadire la connessione fra la cooperazione e l'interesse pubblico⁴¹, chiarisce quali sono le ipotesi ammesse e sottratte, di conseguenza, alla propria sfera di incidenza. Si legge infatti, nel considerando 33, che la stessa potrebbe riguardare «tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico». In queste forme di collaborazione i servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici, potendo anche essere complementari.

Il fondamento cooperativistico dell'accordo incide anche sul suo concreto atteggiarsi. Precisa ancora il considerando 33 che «tale cooperazione non comporta che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di eseguire i principali obblighi contrattuali, fintantoché sussistono impegni a cooperare all'esecuzione del servizio pubblico in questione. Inoltre, l'attuazione della cooperazione, inclusi gli eventuali trasferimenti finanziari tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, dovrebbe essere retta solo da considerazioni legate al pubblico interesse».

Nel delimitare, infine, il perimetro delle forme di collaborazione escluse dall'applicazione del codice, il considerando 34 richiama anche ai casi in cui

⁴¹ Si legge infatti che la cooperazione deve essere dettata «solo da considerazioni legate al pubblico interesse». Sulla cooperazione fra enti pubblici e sui presupposti per la loro qualificazione come legittimi affidamenti in house, si veda R. CARANTA, *La Corte di Giustizia chiarisce i limiti dell'in house pubblico*, in *Giur. it.*, 2009, 1254. Più diffusamente, dello stesso Autore, *I contratti pubblici*, 2012, 25 ss.

«un soggetto giuridico agisce, a norma delle pertinenti disposizioni del diritto nazionale, quale strumento o servizio tecnico di determinate amministrazioni aggiudicatrici, è obbligato a eseguire le istruzioni ricevute da tali amministrazioni aggiudicatrici e non ha alcuna influenza sulla remunerazione della sua prestazione». Si è in presenza, in tali ipotesi, di un «rapporto puramente amministrativo, in considerazione della sua natura extracontrattuale», escluso dall'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

5. *La conformità al diritto comunitario dei modelli italiani di in house successivi alle direttive e anteriori al codice dei contratti*

Nel passaggio dalla giurisprudenza alle norme, in cui si è cercato di sintetizzare l'evoluzione interna dell'*in house*, vi è stato un momento di disallineamento interno dei parametri di conformità secondo il diritto eurounitario, avanti a fattispecie non pienamente corrispondenti alla pregressa elaborazione giurisprudenziale ma conformi alla nuova disciplina sovranazionale. La legittimità del modello *in house* proposto sarebbe stata dunque legata alla diretta applicabilità delle direttive, seppur in data anteriore al 19 aprile 2016⁴².

È consolidato l'orientamento secondo cui il meccanismo delle direttive *self executing* operi soltanto allo scadere del termine per il recepimento, laddove il testo della norma sia chiaro, preciso e incondizionato⁴³, senza che residui alcuna discrezionalità in capo allo Stato membro. Si tratta infatti di un meccanismo sanzionatorio nei confronti degli Stati membri inadempienti⁴⁴, necessario a garantire il primato dell'ordinamento eurounitario. Ammettere l'immediata applicabilità delle nuove direttive avrebbe significato non solo mutare, *praeter legem*, la disciplina dell'*in house* ma rompere gli equilibri istituzionali legati al meccanismo del *self executing*.

Il caso degno di maggior attenzione è relativo alla qualificazione in house del Cineca, oggetto di due contrapposti pronunciamenti del Consiglio di Stato, rispettivamente in sede consultiva⁴⁵ e giurisdizionale⁴⁶. Il Cineca è un consorzio interuniversitario, in cui sono consorziati oltre al Miur settanta università italiana (anche aventi personalità giuridica privata) e quattro enti pubblici di ricerca, già gestore in house dei servizi informatici per il settore universitario e della ricerca.

⁴² Per una lettura di questa fase giurisprudenziale di transizione, si veda S.FOA', GRECO D., *L' in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in www.federalismi.it, 15/2015.

⁴³ Cfr. Corte Giustizia UE, sentenza 4 dicembre 1974, causa C-41/74 Van Duyn, consultabile al sito <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴⁴ Si veda Corte di Giustizia, sentenza 5 aprile 1979, Causa C-148/78, Ratti, consultabile al sito <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298, in *Foro amm.*, 2015, 1, 126

⁴⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660 in *Foro amm.*, 2015, 4, 1444.

Interrogata sulla possibilità, da parte del Miur, di affidare direttamente al Cineca prestazioni di servizio nel campo dell'informatica non solo nel settore dell'istruzione superiore e della ricerca scientifica ma anche di quello scolastico, la seconda sezione consultiva del Consiglio di Stato⁴⁷ esprimeva il proprio parere positivo argomentando proprio dalle nuove direttive, per le quali «se non vi è addirittura un'applicazione immediata del tipo *self executing*, non può in ogni caso tenersi conto di quanto previsto dal legislatore europeo».

Proponendo un'interpretazione conforme all'ordinamento euronitario, potremmo dire “euro-orientata”⁴⁸, il Consiglio di Stato ha legittimato l'affidamento diretto in base al rinnovato presupposto dell'«attività prevalente», in un modello di controllo analogo corrispondente all'«*in house* frazionato» e, soprattutto, non più caratterizzato dalla totale partecipazione pubblica.

Rispetto al requisito funzionale, l'affidamento diretto è stato ritenuto legittimo non solo perché tali prestazioni sono rese a terzi in attuazione della missione di servizio pubblico del consorzio e frutto delle «decisioni di affidamento al Cineca di attività rientranti nei compiti istituzionali dei soggetti affidanti», ma anche perché circa il 90% del fatturato deriva da attività svolte a favore dei consorziati, con una percentuale in linea con quella indicata dalle nuove direttive come indice dell'esistenza dell'attività prevalente.

Meno lineare è invece la soluzione proposta sul requisito del controllo analogo, nella quale la sezione consultiva ha compiuto una valutazione sommaria circa l'esistenza dei requisiti richiesti dalla direttiva, limitandosi ad affermare la sostanziale irrilevanza della partecipazione delle università private, essendo, fra l'altro, soggetti che svolgono un pubblico servizio nel settore dell'istruzione superiore e della ricerca scientifica. Il parere ha invece omissso ogni considerazione circa la conformità ai Trattati nonché sulla previa determinazione legislativa della fattispecie⁴⁹.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è invece giunto a una soluzione opposta, negando la legittimità dell'affidamento *in house* al Cineca di alcuni

⁴⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298, in *Foro amm.*, 2015, 1, 126 e commentato anche da G. CARULLO, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA*, in www.giustamm.it, 2.2015

⁴⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, in *Riv. dir. internaz.*, 1987, 885.

⁴⁹ Secondo G. CARULLO, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house*, in www.giustamm.it, 2/2015, una copertura normativa si sarebbe potuta rinvenire nell'art. 7, co.42 bis, d.l. 95/2012 (convertito nella l. 135/2012), cioè la legge che aveva disposto l'accorpamento tra alcuni consorzi universitari in cui erano presenti anche università private. *Contra*, A. BARTOLINI, *Società in house providing*, *cit.*, 1976 (in conformità anche alla decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale) che comunque sottolinea come, rispetto alla conformità ai Trattati, il Collegio, più o meno consapevolmente, avesse compiuto un giudizio di ragionevolezza riguardo alla compatibilità con il principio di concorrenza.

servizi informatici a favore di un'università pubblica. Seguendo, sinteticamente, la ricostruzione dei giudici di Palazzo Spada, l'imminente entrata in vigore di nuove norme di derivazione eurounitaria, pur non consentendo l'applicazione di meccanismi autoesecutivi, impone di tenerne comunque conto, mediante un più ampio dovere di *stand still* sia del legislatore nazionale – che deve astenersi dall'adottare qualsiasi misura che possa compromettere il raggiungimento del risultato fissato nella direttiva – sia del giudice, che deve evitare qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva⁵⁰.

Si tratta, quindi, di un obbligo negativo che si sostanzia nel dovere di astenersi dall'interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire. Nel caso dell'*in house*, in cui il diritto scritto eurounitario rappresenta la sistemazione e il consolidamento dei precedenti giurisprudenziali della Corte, l'applicazione di questi principi non avrebbe potuto collidere col risultato della direttiva.

Qualificando *in house* il Cineca, si sarebbero però superati i limiti della rilevanza giuridica negativa eccezionalmente riconosciuta alla direttiva prima della scadenza del termine di recepimento, dovendosi invece compiere un'operazione interpretativa additiva, applicando una norma nuova con una *ratio* opposta a quella passata e, di conseguenza, disapplicando la regola giurisprudenziale sulla partecipazione pubblica totalitaria⁵¹.

6. *L'approdo legislativo italiano nella disciplina del codice dei contratti pubblici: un'ulteriore stretta sull'in house*

Nell'indicare i principi e i criteri direttivi per il recepimento delle direttive e il riordino della disciplina dei contratti pubblici in materia di lavori, servizi e forniture, il legislatore nazionale si è occupato di *in house* con un obiettivo specifico: da un lato, definire con precisione l'ambito di applicabilità del codice (art.1, co.1, lett.n); dall'altro assicurare la massima trasparenza in materia di affidamenti diretti e garantire la rispondenza della scelta dell'amministrazione ai criteri di efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche.

⁵⁰ Cfr. Corte di Giustizia . UE, 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environment Vallonie*, in *Riv. dir. internaz.* 1998, 517

⁵¹ Per un'analogia applicazione del principio di leale collaborazione e del correlato dovere di stand still processuale, si veda Cons. Stato, sez. V, ord. 20 ottobre 2015, n. 4793, in *Foro amm.*, 2015, 10, 2515, conclusosi però con il rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La questione è stata decisa dai giudici del Lussemburgo con la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VIII, 8 dicembre 2016, n. C-533/15, in www.dirittodeiservizipubblici.it che ha escluso la diretta applicabilità delle nuove regole europee giudicando sulla base della direttiva 2004/18, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte medesima.

Nel complesso, dalla delega emerge il carattere eccezionale dell' *in house*, a fronte della regola generale dell'evidenza pubblica; da qui, la necessità di limitarne l'operatività in materia di concessioni (art. 177) e garantire la più ampia trasparenza e controllabilità delle decisioni dell'amministrazione, sia *ex ante* che *ex post* (art. 192). *Ex ante*, istituendo presso A.N.A.C. l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*; *ex post*, richiedendo un obbligo di motivazione rafforzata circa il mancato ricorso al mercato e i vantaggi della forma di gestione prescelta.

Quanto al primo dei principi e criteri direttivi, «individuazione dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto di recepimento delle direttive e del decreto di riordino in coerenza con quanto previsto dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE» (art.1, co.1, lett.n), la norma di riferimento del codice è l'art. 5⁵². L'articolo si applica ai contratti di appalto e di concessione, nei settori ordinari e speciali.

La legge delega indicava al legislatore delegato un criterio di «coerenza» nel recepimento della direttiva; tale criterio si è tradotto nella fedele riproduzione della disciplina europea sulle caratteristiche dell'*in house*, a partire dal modello Teckal fino alle sue successive declinazioni, emerse progressivamente nella giurisprudenza e di cui si è dato già conto. A differenza della normativa europea, quella nazionale ha però introdotto alcune ulteriori condizioni (*rectius*, limitazioni), secondo quanto emerge dai successivi art. 177 e 192.

Giacché nel descrivere la disciplina europea si è assunto come riferimento l'art. 12 della direttiva appalti, settori ordinari, alla medesima norma si farà riferimento nel confronto con l'art. 5 del codice.

Ai sensi del primo comma dell'art. 5, è ammesso l'affidamento *in house* quando sussistano tutte e tre le condizioni elencate alla lettera a) (l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi), b) (oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi); c) (nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata). L'art. 5, co.1 corrisponde fedelmente al par. 1 dell'art. 12, descrivendo il modello *in house* delineato dalla sentenza Teckal.

⁵² Il nuovo codice, di fatto, esplicita le esclusioni già desumibili dall'art. 1 dell'abrogato D.lgs. 163/2006. Sul punto, cfr. S. FANTINI, *Art.1, oggetto*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di Giu.Ferrari, Garofoli, Roma, 2013, I, 4;

Il codice introduce rispettivamente al comma 2, al comma 3 e ai commi 4 e 5 le fattispecie dell' *in house* a cascata, invertito e frazionato, riproducendo *in toto* l'ultima parte del par. 1 dell'art. 12 (*in house* a cascata), par. 2 (*in house* invertito), par. 3 (*in house* frazionato; in particolare, il comma 5 recepisce le lettere i), ii) e iii) dell'ultima parte del par. 3).

Sono due le principali novità della disciplina del 2016 rispetto allo statuto dell' *in house* tramandato dalla giurisprudenza: scompare la totale partecipazione pubblica; viene introdotto un parametro numerico che definisca il carattere prevalente dell'attività. Sono infatti ammesse forme di partecipazione di capitali privati che non sottraggono il soggetto controllato all'influenza determinante dell'amministrazione sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative. È consentita la presenza di capitali privati «che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

Sebbene la formula sia la stessa della direttiva, la sua fedele riproduzione pone maggiori problemi rispetto alla normativa europea, risultando di più difficile interpretazione.

Il nostro ordinamento, infatti, ogni qualvolta menziona il modello dell' *in house* lo fa rinviando ai requisiti prescritti dall'ordinamento europeo⁵³, fra cui, almeno fino all'entrata in vigore del codice, vi era la totale partecipazione pubblica. D'altro canto, in caso di partecipazione di privati, il legislatore italiano ha sempre ricondotto tale schema alla società mista, escludendola dal perimetro dell'*in house*.

Questo criterio di stretta legalità per le ipotesi di *in house* a partecipazione privata, riferito all'esperienza italiana, se si esclude l'ipotesi della società pubblica di progetto⁵⁴, appare proiettato in una dimensione futura, quale possibile apertura a nuove forme di *in house* non più a totale partecipazione pubblica ma diverse dalla società mista, a causa del ruolo minoritario e sostanzialmente ininfluenza dei capitali privati. L'esistenza di simili modelli societari sarà quindi legata alla predeterminazione legislativa di fattispecie tipiche di partecipazione privata, conforme ai Trattati, alle limitate condizioni in precedenza esposte.

⁵³ Il rinvio è alle norme sui servizi pubblici locali di rilevanza economica già menzionate nel paragrafo 3, cui si aggiunge l'art. 149 bis Decreto Legislativo 152/2006 (in materia di servizio idrico integrato)

⁵⁴ Il codice dei contratti, all'art. 193, disciplina la società pubblica di progetto come forma tipica di società *in house*, il cui oggetto sociale esclusivo è rappresentato dalla progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche. Oltre ai soggetti aggiudicatori e agli altri soggetti pubblici interessati all'opera, l'art. 193 prevede che alla società possano partecipare anche le camere di commercio, industria e artigianato nonché le fondazioni bancarie. Quest'ultime, ai sensi dell'art. 2, co. 2 Dlgs. 133/2009 sono «persone giuridiche private senza fine di lucro», sebbene perseguano scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico.

Quanto invece al requisito dell'«attività prevalente», il testo dell'art. 5 riproduce la direttiva europea sia per quanto riguarda la percentuale dell'80 per cento sia per quanto concerne la sua misurazione, prendendo in considerazione il fatturato totale medio o una idonea misura alternativa basata sull'attività (quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione). Fedelmente trasposto è anche il criterio residuale per dimostrare la prevalente attività indicato all'art. 5, co. 8, conforme all'ultima parte del par. 5 dell'art. 12 Dir. 2014/24/UE.

Il d.lgs. 50/2016 non si è però limitato al solo recepimento delle direttive, avendo introdotto due ulteriori disposizioni chiaramente restrittive del ricorso all'*in house*.

La prima di queste prescrizioni, in attuazione di quanto previsto all'art. 1, co. 1 lett. iii) della legge delega, è l'art. 177 che disciplina gli «affidamenti dei concessionari». La norma mira chiaramente a una riconquista del mercato occupato dalle concessioni di lavori, servizi pubblici e forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice e non affidate con le regole dell'evidenza pubblica. I concessionari, infatti sono obbligati a mettere a gara una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro; «la restante parte può essere realizzata da società *in house* di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato». Il limite all'*in house* è duplice: da un lato, si impone al soggetto *in house* di aprirsi al mercato, evitando che la sua posizione di vantaggio incida anche sui contratti da esso conclusi come amministrazione aggiudicatrice; dall'altro, circoscrive al residuo venti per cento la quota dei contratti affidati a un'altra società *in house*.

In parziale recepimento di quanto indicato nella legge delega, l'attuale art. 177 si riferisce solo alle concessioni in essere ed esclude invece quelle di «nuova aggiudicazione», pure indicate al punto iii) della legge delega. Si pongono, così, due diverse questioni relative alla definizione del suo ambito applicativo. La prima riguarda, per l'appunto, l'estensione di tali limitazioni anche alle concessioni di nuova aggiudicazione. Leggendo il parere del Consiglio di Stato, la lacuna, seppur evidenziata, non sembrerebbe essere particolarmente grave, poiché «almeno in linea teorica, tutte le nuove concessioni, affidate dopo l'entrata in vigore del codice, dovrebbero essere affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedura di gara ad evidenza pubblica, e quindi il problema a regime, potrebbe non porsi». Nonostante lo scenario futuro prospettato dal Consiglio di Stato, non può ignorarsi che, allo stato attuale, le amministrazioni possono fare generale ricorso all'*in house* e che l'art. 177 pone espressamente una

disciplina retroattiva. Il parziale recepimento della delega rischia così di vanificare l'intento di ridurre la posizione di vantaggio dei soggetti *in house* e gli effetti di restrizione della concorrenza legati alla loro presenza⁵⁵.

La verifica del rispetto del requisito dell'80 per cento è affidata all'A.N.A.C., annualmente, «secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida» da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice. Tale controllo annuale, ragionevolmente, entrerà a regime una volta spirato il termine per l'adeguamento ai parametri (salvo ritenere la norma applicabile anche alle nuove concessioni).

L'art. 177, al comma 3, individua infine un meccanismo correttivo – sanzionatorio volto a garantire l'effettiva osservanza dei limiti normativi: eventuali situazioni di squilibrio devono infatti essere riequilibrate entro l'anno successivo; nel caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi il concedente è tenuto ad applicare una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica.

La disciplina italiana sull'*in house* si differenzia inoltre da quella euronitaria in virtù di quanto previsto all'art. 192, non a caso rubricato «regime speciale degli affidamenti *in house*», con il quale il codice ha introdotto un insieme di regole la cui *ratio* comune è evitare che l'*in house* diventi, pur nel rispetto dei presupposti sovranazionali, una forma di elusione legale della concorrenza, mediante scelte poco partecipate e soprattutto non dettate da reali criteri di economicità e di tutela dell'interesse pubblico.

Le esigenze di trasparenza sono soddisfatte attraverso una serie di misure specifiche, che si affiancano all'obbligo generale, ma ribadito anche per l'*in house*, di pubblicare (ove non secretati ai sensi dell'articolo 162) e aggiornare tutti gli atti connessi all'affidamento diretto (art. 192, co.1, ultima parte e co. 3) sul profilo del committente nella sezione «Amministrazione trasparente», in formato *open data*, in conformità alle disposizioni del D.lgs. 33/2013.

A garanzia *ex ante* della trasparenza negli affidamenti diretti vi è, invece, l'istituzione presso l'A.N.A.C. dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. Spetterà all'A.N.A.C. definire, con proprio atto, le modalità e i criteri per l'iscrizione, che avviene a domanda «dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti». La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori «sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale», quindi anche nelle more della conclusione dell'iter di iscrizione.

A giudizio del Consiglio di Stato, la previsione legislativa attuale (sostanzial-

⁵⁵ Le concessioni già in essere sono tenute ad adeguarsi ai parametri percentuali dell'art. 177 entro due anni dall'entrata in vigore del codice

mente identica alla bozza esaminata) non avrebbe interpretato correttamente la legge delega e l'intento, espresso al punto eee) della stessa, di attribuire efficacia dichiarativa e non costitutiva all'iscrizione. Ecco perché suggeriva di ampliare il testo dell'art. 192 prevedendo che «nelle more la domanda di iscrizione consente all'ente aggiudicatore, sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale, dandone avviso almeno dieci giorni prima dell'affidamento all'ANAC, che può inibirne in via provvisoria l'efficacia ove non sussistano i requisiti di cui al comma 5»⁵⁶.

La trasparenza *ex post* e, dunque, la controllabilità della scelta per l'affidamento diretto è garantita invece attraverso l'obbligo di motivazione rafforzata del provvedimento con cui sono affidati *in house* contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza. Nella motivazione occorre dar conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. Un apparato motivo così articolato non potrà non tener conto della valutazione sulla congruità dell'offerta del soggetto *in house* prescelto, cui è altresì obbligata l'amministrazione aggiudicatrice (art. 192 co. 2 prima parte).

Il codice ha dunque esteso a tutti i contratti la regola inizialmente prevista solo per i servizi pubblici locali a rilevanza economica⁵⁷ per i quali la legge prevede che l'affidamento sia effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata

⁵⁶ Questo aspetto, fra l'altro, si è rivelato di estrema importanza pratica, tanto da sollecitare numerose richieste di parere all'Anac, alle quali l'Autorità ha risposto con il comunicato del Presidente del 3 agosto 2016 (consultabile sul sito dell'Autorità). Nel comunicato, accogliendo l'orientamento del Consiglio di Stato, si afferma che «tenuto conto dell'efficacia non costitutiva ma meramente dichiarativa dell'iscrizione, l'affidamento diretto alle società *in house* può essere effettuato, sotto la propria responsabilità, dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori in presenza dei presupposti legittimanti definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nei medesimi termini nell'art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016 e nel rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 192, a prescindere dall'inoltro della domanda di iscrizione». Il 5 dicembre 2016 l'Anac ha aperto la consultazione pubblica sul testo delle linee guida «per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*». La consultazione si è conclusa il 20 dicembre 2016. Prima di licenziare il testo definitivo, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 28 dicembre 2016, ha approvato lo schema delle predette linee guida che, in considerazione della rilevanza generale delle determinazioni assunte, è stato trasmesso al Consiglio di Stato per l'acquisizione del relativo parere ed è stato altresì inviato alla Commissione VIII – Lavori pubblici, comunicazioni del Senato della Repubblica e alla Commissione VIII – Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici della Camera dei Deputati. Nelle more della pubblicazione del presente contributo, l'Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato ha espresso il parere favorevole n. 282 del 1 febbraio 2017. Il testo definitivo delle linee guida è stato approvato da Anac con la delibera n. 235 del 15 febbraio 2017.

⁵⁷ Si veda il già citato art. 34, co. 20, l. 221/2012 (cfr. par. 3)

sul sito internet dell'ente affidante, che dia conto «delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste». Mancando tale valutazione di congruità, così come la motivazione dell'economicità della scelta, non è escluso che l'amministrazione possa incorrere in una ipotesi di danno erariale, avendo speso per quel contratto più di quanto avrebbe fatto rivolgendosi al mercato.

Il regime speciale e "aggiuntivo" rispetto a quello previsto dalle direttive può portare legittimamente l'interprete a interrogarsi sull'osservanza da parte del legislatore nazionale del divieto di "gold plating" inserito nella legge delega⁵⁸ e inteso come «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246». Il comma 24 ter citato individua quali «livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti» dalle direttive «a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive».

Nonostante la disciplina di maggior rigore rispetto a quella delle direttive, non sembra potersi prospettare la violazione del divieto di *gold plating*, giacché tutte le misure introdotte dal legislatore interno mirano a realizzare, nella specificità dell'*in house*, i principi di economicità, trasparenza ed efficienza che rappresentano, sia a livello nazionale che sovranazionale, i principi ispiratori dell'intera revisione delle regole sui contratti pubblici. Del resto, tale divieto nasce nell'esigenza di evitare maggiori oneri a carico di cittadini e imprese e non sembra direzionarsi alle amministrazioni pubbliche; il maggior rigore della disciplina sull'*in house*, a favore di un regime concorrenziale, rafforza invece la tutela dei cittadini utenti, garantisce piena trasparenza ed efficienza nell'impiego delle risorse pubbliche e amplia l'accesso al mercato delle imprese. Queste misure pro concorrenziali, fra l'altro, si aggiungono a quelle già previste dalla legge a tutela della concorrenza e del mercato (*in primis*, la legge 287/1990), ponendo un ulteriore limite all'*in house* come strumento potenzialmente elusivo delle regole dell'evidenza pubblica.

Con un ulteriore parallelismo con le direttive, anche il codice, nel definire i confini esterni della disciplina dell'evidenza pubblica, disciplina le forme di

⁵⁸ Art.1, co.1, lett. a) legge 28 gennaio 2016, n.11

collaborazione fra le amministrazioni aggiudicatrici, con una norma (art. 5, co.6) pienamente corrispondente alle norme eurounitarie. L'identità del testo riflette l'omogeneità funzionale dell'istituto: sia in sede interna che sovranazionale la cooperazione è giustificata solo dalle ragioni dell'interesse pubblico⁵⁹, tant'è che si esclude l'esistenza di un accordo fra amministrazioni quando una delle due agisca quale operatore economico, indipendentemente dalla qualificazione astratta attribuita al vincolo negoziale fra le p.a.⁶⁰.

7. *Il completamento della disciplina del codice: le società in house nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*

Nel rilevare l'utilizzo improprio da parte del codice della formula "società *in house*", il Consiglio di Stato, nel parere sulla bozza di codice ha sottolineato la non coincidenza fra i soggetti *in house* e le società *in house*. Non può però negarsi che, anche la criticata pratica lessicale, sia l'effetto della assoluta prevalenza del modello societario, da cui deriva la forte contiguità fra le norme codicistiche e quelle del Testo Unico sulle società partecipate. Da qui, la centralità delle nuove norme sulle società partecipate che, nonostante siano in attesa di un correttivo, dopo la ricordata sentenza della Corte Costituzionale, rappresentano il necessario completamento dello statuto dell'*in house*.

La delega, così come l'articolato normativo del decreto, esprimono un sostanziale *self restraint* sull'*in house*, proponendo un modello che ammette la partecipazione di capitali privati solo in casi eccezionali, nei limiti fissati dall'art. 16, co.1 (che ripete la medesima formula dell'art. 5 del codice).

Questa opzione restrittiva emerge, innanzitutto, nella tipizzazione dell'oggetto sociale della società *in house*, limitato a « una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2» (dell'art. 4, n.d.r.) e cioè la «produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi (lett.a); la «progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (lett.b); l'«autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento» (lett.d); «servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza

⁵⁹ La peculiarità della causa degli accordi ex art. 5, co. 6, infine, li distingue dagli accordi di programma ex art. 15, l. 241/1990, la cui funzione tipica è regolare lo svolgimento coordinato di funzioni amministrative istituzionali di più amministrazioni su oggetti di interesse comune.

⁶⁰ Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 19 dicembre 2012 causa C-159/11, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2012, 12, 3098.

ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016» (lett.e). Accanto all'*in house* come forma di gestione dei servizi pubblici locali⁶¹ e alla *species*, già esaminata, della società pubblica di progetto, emergono due ulteriori tipologie: le società strumentali⁶² e le società di committenza.

Raccogliendo l'eredità normativa e giurisprudenziale del d.l. 223/2006⁶³ (abrogato dall'art. 28 del d.lgs. 175/2016) le società strumentali conservano la loro legittimazione solo se limitate a svolgere attività di «autoproduzione di beni o servizi» a favore degli enti di riferimento. La norma, in conformità a quanto statuito dalla Consulta⁶⁴, non limita la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali⁶⁵ ma impone ad essi di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, escludendo qualsiasi commistione che possa divenire un fattore di distorsione della concorrenza. L'impossibilità di rivolgersi a soggetti terzi deve essere garantita anche indirettamente, impedendo la partecipazione della società strumentale a enti o altre società che operino in settori ad esse preclusi. Da qui, il divieto, ribadito anche all'art.4, co. 5, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società.

Il d.l. 223/2006 escludeva dal proprio ambito di applicazione anche i «servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale

⁶¹ Nonostante l'iter del nuovo Testo Unico sui servizi pubblici locali non si sia ancora concluso, è utile un accenno alla disciplina in esso contenuta degli affidamenti in house, caratterizzata da un orientamento analogamente restrittivo. Oltre all'obbligo di motivare la scelta per la forma di gestione, l'art.7, al co. 3, per gli affidamenti in house richiede che il provvedimento dia, altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi standard indicati dall'Autorità indipendente di settore (ai sensi dell'art.15, co.2) «nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche». Qualora non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, il provvedimento deve essere motivato «anche in ordine all'eventuale impossibilità di procedere mediante suddivisione in lotti nel rispetto della disciplina dell'Unione europea, al fine di consentire l'attività di più imprese nella prestazione del servizio e favorire forme di concorrenza comparativa». Il nuovo Testo Unico ripropone la previa richiesta del parere da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato prima dell'adozione del provvedimento di affidamento del servizio. Infine, a conferma dell'indirizzo particolarmente restrittivo, l'affidamento in house di servizi pubblici locali di interesse economico generale diversi da quelli a rete, è limitato a un periodo non superiore a cinque anni.

⁶² Interessante è il focus sulle società strumentali «spazi di azione delle società strumentali», in *Dir.ec.*, 3, 2014, 535 ss.

⁶³ Recante «disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

⁶⁴ Si tratta di Corte Costituzionale, 1 agosto 2008, n. 326 in *Giur. cost.* 2008, 4, 3508.

⁶⁵ Su questi aspetti correlati alla riferibilità dell'art. 41 Costituzione anche agli enti pubblici, si veda S. VALAGUZZA, *L'attività di impresa degli enti pubblici*, in *Riv.it.dir.pub.com*, 2014, 83

a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici ». La legittimità dell'affidamento *in house* di tali attività è oggi confermata dall'art.4, co.2, lett. e) che prevede, fra gli oggetti sociali esclusivi di tali società⁶⁶ lo svolgimento di «servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016».

Le società *in house* non solo hanno un oggetto sociale tipico ma la loro costituzione è altresì soggetta a un obbligo di motivazione analitica (art.5), dalla quale si evinca il collegamento con i fini istituzionali dell'ente, la convenienza dell'operazione anche in relazione all'alternativa dell'esternalizzazione nonché la sua efficacia, efficienza ed economicità⁶⁷.

L'esigenza di evitare che l'*in house* divenga uno strumento di surrettizia elusione delle regole dell'evidenza pubblica, impone inoltre un triplice ordine di controlli sull'atto deliberativo. Il primo, interno agli organi deliberanti, è volto a escludere la configurabilità di aiuti di Stato e, in generale, ad attestare la piena compatibilità dell'intervento finanziario con le norme dei trattati europei⁶⁸. Un secondo controllo, diffuso, impone agli enti locali di sottoporre lo schema dell'atto deliberativo a «forme di consultazione pubblica»⁶⁹. Infine, seppur ai soli fini conoscitivi e in un'ottica preventiva, l'atto deliberativo deve essere inviato alla Corte dei conti⁷⁰ e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, fornendo con tale trasmissione i presupposti per l'attivazione ai sensi dell'art. 21 bis della legge 10 ottobre 1990⁷¹. n. 287.

⁶⁶ Il codice dei contratti specifica il contenuto di tale attività, offrendo la definizione di «centrale di committenza» (art.3, co.1, lett.i), di «attività di centralizzazione delle committenze»(art.3, co.1, lett. l) e di «attività di committenza ausiliarie» (art.3, co.1, lett.m).

⁶⁷ Sulla rilevanza di tale ponderazione, quale criterio di scelta fra moduli di auto-organizzazione ed esternalizzazioni, si vedano le considerazioni (anticipatorie) espresse da E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915

⁶⁸ Cfr. art. 5, co. 2 D.lgs. 175/2016.

⁶⁹ *ibidem*

⁷⁰ Per gli atti delle amministrazioni dello Stato è competente l'ufficio di controllo di legittimità sugli atti; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte di conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi.

⁷¹ È la norma che riconosce all'AGCM la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (comma 1) oltre a concedergli la facoltà di emettere un parere motivato qualora ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Nel parere motivato sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare,

Il carattere ulteriormente restrittivo delle norme sull'*in house* emerge soprattutto dalle disposizioni del Testo Unico che specificano i requisiti del controllo analogo e i contenuti dell'attività prevalente.

Quanto al primo profilo, per far sì che l'amministrazione eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata, l'art. 16, al comma 2 consente agli statuti delle società per azioni di contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-nonies del codice civile; agli statuti delle società a responsabilità limitata di prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile e, in ogni caso, di acquisire i requisiti del controllo analogo mediante la conclusione di appositi patti parasociali, anche della durata superiore a cinque anni, in deroga all'art. 2341-bis, primo comma, del codice civile.

Rispetto al secondo profilo, invece, per evitare che la società *in house* diventi un concorrente in posizione di maggior vantaggio rispetto agli altri operatori economici presenti sul mercato, l'art. 16, al co. 3, dopo aver stabilito che gli statuti delle società prevedano, obbligatoriamente, che «oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci», impone una limitazione rispetto alla produzione ulteriore. La produzione eccedente è consentita «solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società». Il mancato rispetto del limite, non giustificato da criteri di efficienza e di economicità, può costituire una grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 dello stesso D.lgs. 175/2016. L'art. 15, fra l'altro, disciplina le attività di monitoraggio, indirizzo e coordinamento ma non le forme di «grave irregolarità»; il riferimento a questa norma, pertanto, deve essere interpretato nel senso che il rispetto del limite quantitativo è oggetto dell'attività di monitoraggio e controllo di cui all'art.15.

L'irregolarità potrebbe dunque verificarsi sia quando le commesse a terzi riducano la percentuale dell'«oltre l'ottanta per cento», minando l'essenza stessa dell'*in house*, sia quando gli affidamenti diretti siano eccedenti il limite normativo, senza che ciò si traduca in un vantaggio in termini di efficienza, di economicità e ottimale impiego delle risorse pubbliche. Tale irregolarità può essere eliminata o rinunciando agli affidamenti esterni o riducendo gli affidamenti diretti, entro tre mesi dalla data in cui si è manifestata. In quest'ultimo caso, occorre riportare sul mercato l'eccedenza, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale.

tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni (co.2)

La rinuncia agli affidamenti diretti deve consentire comunque alla società di mantenere il proprio oggetto sociale e di continuare a perseguire le finalità per cui è stata istituita (secondo quanto previsto dall'art. 4). Cessando gli affidamenti diretti e venendo meno lo statuto di *in house*, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo (art. 16, co.6).

8. Conclusioni

Con la codificazione dell' *in house*, il legislatore italiano ha portato a termine l'omologo percorso dalla "giurisprudenza alle norme" già compiuto in sede europea, seppur con una maggior *favor* per la concorrenza nel mercato⁷², quale possibile antidoto contro anacronistici ritorni a un passato di partecipazioni pubbliche ancillari alla politica e lontane dagli obiettivi di efficienza ed economicità indispensabili nell'approvvigionamento di lavori, servizi e forniture di un'amministrazione. Il principio di autoorganizzazione, nella sua duplice manifestazione dell'affidamento diretto e degli accordi fra le amministrazioni, è riconosciuto e garantito dall'ordinamento, purché non divenga uno strumento per avallare surrettizie fughe dal mercato.

Le nuove regole, indubbiamente, aprono per l'ordinamento italiano una stagione di cambiamento, nell'organizzazione sia delle amministrazioni che del mercato, proponendo soluzioni che, seppur non sconosciute all'esperienza giuridica nazionale⁷³, sono ammantate del fascino che evoca la parola stessa "riforma" e portano con sé l'inevitabile seguito di critiche o interpretazioni entusiaste.

Superando la contingenza della novità, resta però l'esigenza, ben descritta dal Consiglio di Stato, che operazioni di complessa ricomposizione delle norme, come quella compiuta sull' *in house*, siano realmente in grado di offrire alle amministrazioni strumenti certi nel raggiungimento di quegli obiettivi di efficienza che, seppur protagonisti nella legislazione degli ultimi decenni, sono stati spesso privi di una reale dimensione di effettività. In questo contesto, il superamento di un diritto solo giurisprudenziale⁷⁴, molto spesso affidato all'elaborazione di indici presuntivi e sintomatici, può essere accolto positivamente, quale punto di

⁷² Tendenza questa non nuova nel nostro ordinamento, come ricordano gli scritti di F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 e R. URSI, *Il gioco del monopolio e i servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 466

⁷³ Riflette sulle origini storiche e sulla specialità delle società pubbliche, per evidenziarne la presenza storica nel nostro ordinamento, M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253;

⁷⁴ Sulle criticità di questo diritto giurisprudenziale, in particolare sul regime della responsabilità erariale nelle società *in house* (Cass Sezioni Unite n. 26283/2013), R. URSI, *Il cammino disorientato delle c.d. società in house*, in *Dir.ec.*, 3, 2014, 557.

equilibrio fra la dimensione concorrenziale del mercato e il favor (confermato soprattutto dalle vicende referendarie sui servizi pubblici di rilevanza economica) per una rinnovata presenza pubblica nei processi economici. Interpretare però questo traguardo della codificazione come un abbandono dell'esperienza giurisprudenziale, rischia di ignorare l'intrinseca e fisiologica complessità del quadro normativo ricomposto e soprattutto le incognite legate non solo alla sua applicazione all'esperienza del presente ma anche all'inevitabile evoluzione dei fenomeni economici e amministrativi di cui l'*in house* è parte integrante e dalla quale, a ben vedere, ha avuto origine la sua vicenda giurisprudenziale e normativa.

La questione probabilmente più imminente per la giurisprudenza nazionale, tenuto conto dei tempi della delega, sarà il riallineamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (*rectius*: di interesse economico generale) con la nuova disciplina sia dei contratti che delle società partecipate. In questa prospettiva, il completamento del quadro normativo appare come un traguardo auspicabile in grado di dotare le amministrazioni di strumenti con cui siano in grado di scegliere le forme di gestione ottimali, affiancando al bilanciamento fra concorrenza e autonomia organizzativa la non secondaria esigenza di tutela degli utenti dei servizi pubblici locali.

Abstract

The in house providing at the achievement of the codification

by Annalisa Giusti

The paper analyses the evolution of the issue of the “in house providing”, in the aftermath of the two new Italian regulations about public contracts and affiliated public companies.

It is an itinerary that starts from the judgments of the Court of Justice of the European Union, analyzes the Italian jurisprudence and ends with the examination of the recent Italian rules.

The paper aims to prove if leaving the right case law of the past can be (finally) given to the public administrations new instruments to do efficient choices, to use efficiently their resources avoiding unlawful “escapes from the market”.

«Popoli regionali», principio di autodeterminazione ed indivisibilità della Repubblica

di Daniele Trabucco

SOMMARIO: 1. Il popolo nell'ordinamento costituzionale italiano: considerazioni generali – 2. I «popoli regionali» e le scelte statutarie. Quando tutto cambia perché nulla cambi – 3. L'espressione «popoli regionali» tra unità politica e sovranità. Il contributo della giurisprudenza costituzionale – 4. I «popoli regionali» titolari di un diritto all'autodeterminazione? Il «caso» della Regione del Veneto – 5. «Popoli regionali» e diritto internazionale pubblico – 6. L'autodeterminazione dei popoli ed il principio di indivisibilità della Repubblica – 7. Segue: l'autodeterminazione dei popoli e diritto alla secessione – 8. Segue: l'autodeterminazione dei popoli come consuetudine internazionale di *ius cogens* e le sue ricadute nell'ordinamento regionale – 9. Segue: autodeterminazione dei popoli e art. 2 della Costituzione – 10. Segue: indivisibilità della Repubblica e art. 80 della Costituzione.

1. *Il popolo nell'ordinamento costituzionale italiano: considerazioni generali*

Insieme al territorio, che si presenta quale sfera di validità dell'ordinamento giuridico statale, deve essere considerato anche l'elemento personale costituito da un gruppo di uomini che vivono stabilmente su di esso. A differenza del territorio, questo gruppo si presenta in una molteplicità di posizioni rispetto allo Stato. In primo luogo, affermare che uno Stato non può esistere senza un complesso di persone fisiche, significa che queste costituiscono il presupposto di fatto dello Stato. In secondo luogo, ed in questo caso possono ritenersi elemento dello Stato, esse sono legate al medesimo da un rapporto permanente e, in virtù di questo, capaci di determinare il modo d'essere dello Stato¹.

Il collegamento tra la nozione di popolo e la nozione di convivenza territoriale non è però sufficiente ai fini della costruzione teoretica del concetto di popolo. Infatti, soltanto la comune, stabile e generale sottoposizione ad un potere effettivo ed indipendente «costituisce una qualsiasi collettività umana» in popolo propriamente detto², non bastando quei fattori unificanti di natura etnica o razziale o culturale o territoriale che possono rinvenirsi senza che vi sia un'unità statale, oppure trascenderne l'ambito spaziale-territoriale di riferimento. Pertanto, solo l'affermarsi di un centro di potere sovrano promuove il sorgere di interessi comuni, anche laddove questi mancavano, e ne provoca comunque di ulteriori³.

¹ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1969, 115.

² In questo senso V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale. Introduzione al Diritto Costituzionale italiano*, I, Padova, 1970, 59.

³ Sull'evoluzione del concetto stesso di popolo R. GATTI, *Il popolo dei moderni. Breve saggio su una finzione*, Brescia, 2014, 5-89.

Se dal piano teoretico passiamo poi a quello dommatico, la definizione di popolo sarà determinata da ciascun ordinamento giuridico statale⁴. A livello costituzionale, è stato osservato, esistono due filoni culturali che stanno alla base di due diverse idee di popolo e di sovranità popolare. Una prima identifica il popolo (sovrano) nella comunità ordinata di governanti e di governati⁵; la seconda vede il popolo come il complesso dei governati che si contrappone ai governanti⁶. Si tratta di concezioni che avevano animato il dibattito in seno all'Assemblea Costituente e che alla fine hanno trovato riflesso nel Testo costituzionale del 1948. In altri termini, per il primo indirizzo il popolo è quel soggetto idealmente unitario⁷ capace di esprimere una propria volontà, per il secondo, invece, è il popolo reale, composto non solo di individui, ma anche di gruppi, associazioni, comunità territoriali⁸. Lo stesso art. 1 della Carta costituzionale vigente sottintende questa dicotomia⁹. Nell'affermare che «*La sovranità appartiene al popolo*» sia *quoad titulum*, sia *quoad exercitium* («*che la esercita nelle forme...*»), la Costituzione ha rifiutato una concezione del popolo solo come mero sottoposto ai comandi dell'apparato statale, che peraltro presuppone un'idea di sovranità (oggi superata) attribuibile unicamente alla persona giuridica dello Stato¹⁰, accogliendo una nozione di popolo quale comunità organizzata dal diritto¹¹ e cioè in quanto si sia dato una propria Costituzione fuori della quale non vi è sovranità ma solo arbitrio popolare, una massa con le sue passioni e le sue debolezze¹².

⁴ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 60.

⁵ F. RANGENON, *Intérêt général et démocratie*, in *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n. 2/1982, 94.

⁶ In relazione a questo secondo significato V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1917, 276.

⁷ Dove l'aspetto subiettivo dello Stato corrisponde alla sua natura obbiettiva: cfr. E. TOSATO, *Persona, Società intermedie e Stato. Saggi*, Milano, 1989, 72.

⁸ Una concezione nella quale sono presenti interessi diversi e sentimenti talora contraddittori: in merito G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 272 e ss.

⁹ Cfr. D. NOCILLA voce *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.

¹⁰ Cfr. E. ROSA, *Il principio della sovranità dello Stato nel diritto italiano*, in *Arch. giur.*, 1933, CIX, 145 e ss.

¹¹ Sul punto D. NOCILLA, *op. cit.*

¹² Così C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana (saggi)*, Padova, 1954, 6 e ss. In dottrina non sono mancate voci critiche per cui l'espressione giuridicamente unitaria del popolo, che ha consentito il superamento tra *rex e regnum*, o meglio tra soggetto sovrano e collettività governata, presuppone ancora traccia del dualismo sovranità-libertà, Stato-società. Questa si rinviene proprio nella concezione tradizionale dello Stato moderno: espressione unitaria del popolo da un lato, ma dall'altro pur sempre rappresentativo. Ora, sostenere che lo Stato è rappresentativo del popolo significa escludere quell'unità di cui sopra. Infatti, è possibile ragionare di Stato rappresentativo proprio nella misura in cui la collettività rappresentata non si identifichi con esso, ma gli sia estranea: così V. CRISAFULLI, *Stato e popolo nella Costituzione italiana*, in *Studi per il primo decennale della Costituzione*, II, Milano, 1958, 139 e ss.

La Costituzione stessa non è atto dello Stato-apparato che quest'ultimo abbia imposto al popolo dall'alto, bensì atto dello stesso popolo¹³, nato dal referendum istituzionale del 2 giugno 1946 ed elaborato da un'Assemblea costituente eletta a suffragio universale. In merito poi all'esatta identificazione dei criteri di appartenenza a questa comunità, l'intenzione dei Costituenti è stata quella di accettare implicitamente quanto era risultato prevalente nella dottrina costituzionalistica¹⁴ secondo la quale fanno parte del popolo solo quei soggetti che si pongono in un particolare rapporto con lo Stato, ossia il rapporto di cittadinanza¹⁵ (il c.d. *status civitatis*) attualmente normato dalla legge ordinaria dello Stato 05 febbraio 1992, n. 91. Non sembra che, oltre alla cittadinanza, siano richiesti altri requisiti affinché un soggetto faccia parte del popolo, diversamente da quanto avviene per il concetto di Nazione per la quale vengono in considerazione vincoli di natura sociale, morale o naturale¹⁶, e neppure il raggiungimento di un numero minimo di soggetti¹⁷ o il fatto che la comunità risieda stabilmente su di un territorio. In conclusione, quindi, la Carta del 1948 non pone alcun vincolo in capo al legislatore statale quanto ai criteri cui attenersi per le determinare le condizioni di acquisto e di perdita della cittadinanza salvo i limiti derivanti dal rispetto di altri principi costituzionali¹⁸ e dall'art. 22 Cost.

2. I «popoli regionali» e le scelte statutarie. Quando tutto cambia perché nulla cambi

Nello Statuto della Regione del Veneto, l'ultimo in ordine di tempo ad essere stato approvato dopo la riforma avviata dalla legge costituzionale 22 novembre 1999 n. 1, si trova un espresso riferimento al «popolo veneto». In particolare, nella legge regionale statutaria veneta 17 aprile 2012, n. 1, si riconosce nell'art. 2 il principio di autogoverno del «*popolo veneto*» (comma 1) nonché l'impegno da parte della Regione di salvaguardare e promuovere l'identità storica del popolo e della civiltà veneta (comma 2)¹⁹. Alla luce, dunque,

¹³ Il popolo cioè non solo titolare della sovranità costituita, ma anche della sovranità costituente: così G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, I, Milano, 1967, 74.

¹⁴ *Ex plurimis* D. DONATI, *Elementi di diritto costituzionale*, Padova, 1932, 20.

¹⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 163-164.

¹⁶ In questo senso P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Nazione*, in *Nss. D.I.*, IX, Torino, Utet, 1965, 184. Sul collegamento tra Nazione e territorio recentemente S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 332.

¹⁷ In questo senso R. ROMBOLI, *Problemi*, cit., 164-165. *Contra* G. DEL VECCHIO, *Lo Stato moderno ed i suoi problemi*, Torino, 1967, 14-15.

¹⁸ Ancora, sul punto, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 166.

¹⁹ Recita l'art. 2 dello Statuto vigente della Regione del Veneto: «L'autogoverno del popolo veneto si attua in forme rispondenti alle caratteristiche e alle tradizioni della sua storia (comma 1). La Regione salvaguarda

delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, come deve essere valutato questo riferimento?

In primo luogo va osservato come, proprio con particolare riferimento alla Regione del Veneto, già il precedente Statuto del 1971 all'art. 1, comma 2, richiama il concetto di autogoverno del «popolo veneto». Anzi, la stessa formulazione della disposizione statutaria del 1971 è rimasta invariata nel nuovo. Inoltre, il Veneto non rappresenta un caso isolato. Oltre a richiami al «*popolo sardo*»²⁰ ed al «*popolo siciliano*»²¹, adottati negli Statuti delle Regioni ad ordinamento differenziato rispettivamente di Sardegna e di Sicilia in materia di iniziativa legislativa, anche altre Regioni ad ordinamento comune, soprattutto dopo la l. cost. n. 1/1999, hanno intrapreso questa strada²². Pur non utilizzando il termine popolo, alcuni Statuti si sono spinti a voler riconoscere e promuovere un rilievo ultraregionale, ed in alcuni casi ultranazionale, delle rispettive comunità regionali, introducendo parametri di ispirazione delle politiche regionali più ampi dell'effettivo interesse regionale²³: così ad esempio nello Statuto della Regione Abruzzo dove all'art. 1, comma 1, si prevede che «*La Regione Abruzzo rappresenta la comunità dei cittadini, anche residenti all'estero, che per storia, tradizioni e cultura la costituiscono*», oppure l'art. 2, comma 1, lett. g) dello Statuto della Regione Emilia-Romagna che tra i suoi obiettivi prioritari pone «*il riconoscimento degli emiliano-romagnoli nel mondo*».

In secondo luogo, se a prima vista l'espressione popolo veneto o, più in generale popoli regionali, appare incoerente con la classica dottrina del diritto costituzionale che riserva alla parola popolo il significato di «elemento personale dello Stato»²⁴, ad una più approfondita analisi si può constatare che questa non è l'unica lettura possibile. Già in altre Carte costituzionali, come quella tedesca, spagnola, svizzera e statunitense, il termine in questione è utilizzato

e promuove l'identità storica del popolo e della civiltà veneta e concorre alla valorizzazione delle singole comunità. Riconosce e tutela le minoranze presenti nel proprio territorio (comma 2)».

²⁰ Art. 12 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2 (Statuto speciale della Regione siciliana).

²¹ Art. 28 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale della Regione Sardegna).

²² Sul punto A. MORRONE, *Lo Statuto regionale, dopo le riforme*, a cura di A. Cariola, E. Castorina, A. Ciancio, *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010, 2237 e ss. Sui profili sostanziali dell'autonomia statutaria, specialmente in riferimento all'«*armonia con la Costituzione*», si vedano i lavori di A. CARDONE, *Vecchie e nuove questioni nella giurisprudenza costituzionale sui profili procedurali e sostanziali dell'autonomia statutaria (a partire da Corte cost., sentt. nn. 469 del 2005 e 12 del 2006)*, in questa Rivista, nn. 2-3/2006, 448 e ss. e A. RUGGERI, *Il cappio alla gola degli Statuti regionali (a margine di Corte cost. n. 12/2006 e di altre pronunzie recenti in tema di autonomia statutaria)*, in questa Rivista, nn. 2-3/2006, 535 e ss.

²³ Cfr. R. DICKMAN, *Popolo e popolazione nella Costituzione e negli Statuti*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2004, 4-6.

²⁴ Cfr. M. AINIS, *Il Veneto viene prima dell'Italia. Lo slogan che diventa Statuto*, in *Corriere della Sera*, 23 ottobre 2011.

con riferimento alle rispettive comunità regionali²⁵. Questo, tuttavia, non significa, come invece è stato sostenuto, che il riferimento negli Statuti ai rispettivi popoli regionali non contiene nulla di eversivo, limitandosi solo a rimarcare la presenza di tratti identitari senza assumere alcun preciso valore giuridicamente rilevante²⁶. Proprio al fine di scongiurare inammissibili sviluppi delle politiche e dell'ordinamento regionale, non si può non assegnare alle disposizioni statutarie, contenenti i riferimenti ai popoli regionali, «pieno valore giuridico a patto però di ricondurre il significato entro i confini dell'ordinamento costituzionale»²⁷. In questo contesto, dunque, l'espressione popolo regionale non prescinde dal quadro costituzionale interno, assumendo il significato di una comunità titolare di diritto all'autogoverno, inteso quale valorizzazione dei caratteri culturali, sociali, identitari e sociali che già i principi costituzionali sullo «Stato regionale» intendono garantire e sviluppare²⁸. In altri termini, soprattutto con riferimento allo Statuto della Regione del Veneto, il concetto di autogoverno, da sempre utilizzato per indicare fenomeni di valorizzazione della democrazia dal basso²⁹, è ontologicamente collegato a quello di «popolo veneto», risultando funzionale a proclamare e riconoscere «la relativa specificità in chiave prettamente identitaria e, per ciò solo, autonomistica»³⁰.

3. *L'espressione «popoli regionali» tra unità politica e sovranità. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*

Il contributo della giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto è stato fondamentale. Il giudice delle leggi, soprattutto nella sentenza Corte cost. 14 novembre 2000, n. 496, aveva stabilito, sia pure con riferimento al procedimento di revisione della Carta costituzionale vigente *ex art.* 138 Cost., che il

²⁵ Così L. ANTONINI, *Una terra, un popolo, uno Statuto*, in *Il Diritto della Regione*, febbraio 2012 e R. ROMBOLI, voce *Popolo*, in *Enc. giur.*, XXVI, Milano, 1990.

²⁶ Cfr. L. BENVENUTI, *Lo Statuto del Veneto, e oltre*, in *Il Diritto della Regione*, febbraio 2012.

²⁷ Le considerazioni sono di A. MORRONE, *Postfazione: a proposito del carattere «veneto» dello Statuto regionale*, in *Commento dello Statuto della Regione del Veneto*, a cura di L. Benvenuti, G. Piperata, L. Vandelli, Venezia, 2012.

²⁸ Cfr. M. MALO, *Principi e sistema veneto*, in *Veneto. L'autonomia statutaria*, a cura di M. Malo, Torino, 2012, 100-101.

²⁹ Sul punto M. CAMMELLI, voce *Autogoverno*, in *Dizionario di politica*, dir. da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 1983, 77 e ss.

³⁰ Cfr. G. PIPERATA, *Art. 2 Statuto della Regione del Veneto*, in *Commento dello Statuto della Regione del Veneto*, a cura di L. Benvenuti, G. Piperata, L. Vandelli, Venezia, Marsilio, 2012, 55. In merito alla concezione secondo la quale al fondo dell'idea di autonomia vi è sempre un principio di autogoverno sociale si veda la lezione di G. BERTI, *Art. 5 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, I, Bologna, 1975, 287-288.

popolo è uno solo, quello che dà forma all'unità politica della Nazione³¹. Il richiamo al popolo evocato dalla Regione del Veneto nella delibera legislativa dell'08 ottobre 1998 (cui la sentenza n. 496/2000 si riferiva), chiamato a pronunciarsi in sede di referendum consultivo regionale sull'attribuzione alla Regione di forme e condizioni particolari di autonomia, è solo «una frazione autonoma (del corpo elettorale) insediata in una porzione del territorio nazionale» cui non era e non è consentito farsi portatore di modificazioni costituzionali «giacché le regole procedurali e organizzative della revisione, che sono legate al concetto di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), non lasciano alcuno spazio a consultazioni popolari regionali che si pretendano manifestazione di autonomia»³². La Corte, nel caso di specie, non contestava la facoltà per le Regioni ad ordinamento comune di farsi promotrici di iniziative volte alla modifica della Costituzione e ricollegabili al potere di iniziativa legislativa dei Consigli regionali in base a quanto espressamente previsto dall'art. 121, comma 2, Cost., quanto il tentativo da parte della Regione di affermare l'autodeterminazione del popolo veneto sia pure mediante un referendum consultivo regionale ad alta valenza politica³³. Ora, se è vero che la Corte ritiene, riprendendo per certi versi l'orientamento già espresso in un suo precedente³⁴, in particolare nella sentenza Corte cost. 24 novembre 1992, n. 470³⁵, «che la decisione sulla modificazione delle norme

³¹ Punto 5 del *cons. in dir.* della sent. n. 496/2000 Corte cost.

³² Si veda il punto 5 del *cons. in dir.* di Corte cost. sent. n. 496/2000.

³³ Cfr. A. MORRONE, *Ananti popolo...regionale!*, in *Quad. cost.*, n. 3/2012, 616. Criticano la sentenza, in quanto il referendum consultivo regionale, non essendo atto avente effetto immediato e vincolante sull'ordine costituzionale e politico dello Stato, non era idoneo ad incidere sulla formazione della legge di revisione costituzionale E. BALBONI, *Il referendum consultivo nello Stato-comunità: perché vietarlo?*, in *Le Regioni*, nn. 1-2/2001, 218; A. RUGGERI, *Ancora in tema di referendum regionali consultivi e di teoria delle fonti*, in *Le Regioni*, nn. 1-2/2001, 229.

³⁴ Mentre nella sent. n. 470/1992 la Corte lasciava intendere che qualunque aggravio del procedimento statale nella fase dell'iniziativa sarebbe stato costituzionalmente illegittimo, nella pronuncia n. 496/2000 sembra limitare questo principio alle sole ipotesi di revisione costituzionale. Sulla lettura delle due sentenze si veda, recentemente, G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali e processo politico: una esile linea argomentativa per un esito (in parte) prevedibile*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015, 3-6. L'autore ritiene che, mentre nella sent. n. 470/1992 Corte cost. la declaratoria di illegittimità costituzionale si sofferma sull'alterazione della tipicità dell'iniziativa legislativa del Consiglio regionale, nella sent. n. 496/2000 Corte cost. la dichiarazione di illegittimità è riferita alla inconciliabilità del duplice momento referendario: quello previsto dalla delibera legislativa regionale e quello ex art. 138 Cost. Quest'ultimo aspetto era stato rilevato anche da S. BARTOLE, *Riforme federali e consultazioni referendarie regionali: un abbinamento discutibile*, in *Giur. cost.*, 2000, 3819 e ss.

³⁵ Cfr. M. DOGLIANI e F. CASSELLA, *La «solitudine» del Parlamento nella decisione sulla forma dell'unità nazionale*, in *Le Regioni*, n. 5/1993, 1305. La sentenza n. 470/1992 della Corte costituzionale si riferiva sempre ad una delibera legislativa della Regione del Veneto del 05 marzo 1992 recante «Referendum consultivo in merito alla presentazione di proposta di legge statale per la modifica di disposizioni costituzionali concernenti l'ordinamento delle Regioni».

costituzionali è dall'art. 138 Cost. rimessa primariamente alla rappresentanza politico-parlamentare» e che «all'interno del procedimento di formazione delle leggi costituzionali il popolo interviene solo come istanza di freno, di conservazione e di garanzia, ovvero di conferma successiva, rispetto a una volontà parlamentare di revisione già perfetta, che, in assenza di un pronunciamento popolare, consolida comunque i propri effetti giuridici»³⁶, è anche vero che questa ricostruzione non conduce ad una concezione esclusiva della sovranità³⁷. Per Palazzo della Consulta, come indicato nella sentenza Corte cost. 12 aprile 2002, n. 106, è indubbio che le autonomie territoriali sono «partecipi dei processi di articolazione e diversificazione del potere politico»³⁸, manifestando la «comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare»³⁹, ma ciò non comporta una confusione tra l'unità politica che fonda un popolo e le forme di espressione della sovranità nelle sue dimensioni territoriali⁴⁰. Per questo motivo l'interesse generale di una comunità politica non può e non deve essere confuso con quello della popolazione residente in una frazione del territorio della Repubblica. Né sarebbe possibile, proprio in ragione di questa unità, far discendere dall'articolazione politico-amministrativa della Repubblica, una «ripartizione del popolo, inteso in senso di comunità generale, in improbabili sue frazioni». La Corte costituzionale, nella sentenza 19 maggio 2010, n. 170, ha ben chiara la caratteristica propria delle minoranze linguistiche quali «comunità necessariamente ristrette e differenziate»⁴¹ ma pienamente inserite nella Repubblica, istituzione complessiva chiamata ad esprimere e tutelare elementi identitari sempre all'interno della vasta e composita comunità nazionale. Questo preclude, quindi, al legislatore regionale di rappresentare o raffigurare, sia pure

³⁶ Così il punto 4.2. del *cons. in dir.* di Corte cost. n. 496/2000.

³⁷ Così A. MORRONE, *op. ult. cit.*, 616.

³⁸ Punto 3 del *cons. in dir.* di Corte cost. sent. n. 106/2002.

³⁹ Punto 3 del *cons. in dir.* di Corte cost. Sent. n. 106/2002.

⁴⁰ Ancora A. MORRONE, *op. ult. cit.*, 617. Per un commento alla sentenza n. 106/2002 della Corte costituzionale si rinvia al saggio di N. LUPO, *Dalla Corte costituzionale uno «stop» (definitivo) ai Parlamenti regionali. Nota a Corte cost. n. 106/2002*, in www.amministrazioneincammino.it, 10 luglio 2002. La tesi per la quale, secondo la nostra Costituzione, nel Parlamento si risolverebbe in sostanza la sovranità popolare senza che le autonomie territoriali concorrano a plasmarne l'essenza, non potrebbe essere condivisa nella sua assolutezza, sembrando necessario distinguere fra sovranità come potere supremo, che in un ordinamento unitario non può che spettare allo Stato e derivazione dalla volontà popolare che spetta sicuramente, in ogni ente a carattere rappresentativo, e dunque con organi elettivi, all'ente medesimo, in quanto esponenziale della comunità governata: sul punto F. CUOCOLO, *Parlamento nazionale e «parlamenti» regionali*, in *Giur. cost.*, n. 2/2002, 475-476.

⁴¹ Si veda il punto 4 del *cons. in dir.* di Corte cost. sent. n. 170/2010. Sul punto, poi, cfr. P. LEWIS GETI, *Federalismo linguistico, tutela delle minoranze ed unità nazionale. Un nemis a l'è tròp e sent amis a basto nen* Nota a Corte cost. n. 170/2010, in *Rivista A.I.C.*, 02 luglio 2010, 5.

implicitamente, la «propria» comunità in quanto tale solo perché riferita, sotto il profilo personale, all'ambito territoriale della propria competenza⁴².

Alla luce di queste considerazioni, l'esistenza di un «popolo regionale» che sia altro rispetto alla popolazione dei residenti all'interno di una determinata Regione rimanda ad una concezione dei rapporti tra Stato e Regione del tutto estranea al regionalismo previsto nel nostro sistema costituzionale. Del resto, già attraverso il richiamo ai dati testuali della Costituzione, in particolare agli articoli 5, 114, 116 e 119 e alla giurisprudenza costituzionale, era chiara ed inequivoca la posizione di autonomia e non di sovranità da parte delle Regioni⁴³. Si tratterebbe di una contraddizione costituzionale insanabile ritenere lo Stato regionale contemporaneamente fonte di autonomia e di sovranità⁴⁴. Quest'ultima rimanda, infatti, come è stato puntualizzato nella sentenza Corte cost. 07 novembre 2007, n. 365, ad un federalismo incompatibile con il grado di autonomia proprio degli ordinamenti regionali⁴⁵. Seppure anche a livello regionale si è in presenza di meccanismi e forme di esercizio della sovranità, da questo non discendono necessariamente né la qualifica di popolo a quelle parti di porzioni del corpo elettorale insediate nel territorio della Regione⁴⁶, né l'attribuzione a tutti gli organi istituzionali, che si alimentano dal circuito della rappresentanza, del medesimo *status* giuridico⁴⁷.

4. I «popoli regionali» titolari di un diritto all'autodeterminazione? Il «caso» della Regione del Veneto

A prendere maggiormente sul serio il riferimento al proprio «popolo regionale» è stata la Regione del Veneto la quale, con la legge regionale 19 giugno 2014, n. 16⁴⁸, ha introdotto la possibilità di un referendum consultivo sull'in-

⁴² Cfr. G. DELLEDONNE, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla «lingua piemontese»: fra tutela delle minoranze linguistiche e incerti limiti di un «costituzionalismo regionale»*, in *Le Regioni*, n. 4/2011, 724.

⁴³ Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Il tabù della sovranità e gli istituti tipici di ordinamenti statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2007, 1 e ss.

⁴⁴ Così ancora A. MORRONE, *op. ult. cit.*

⁴⁵ Cfr. il punto 8 del *cons. in dir* di Corte cost. sent. n. 365/2007. In questa pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge della Regione speciale Sardegna, la n. 7/2006, istitutiva della Consulta di garanzia statutaria nella parte in cui configurava lo Statuto «fonte di autonomia e sovranità del popolo sardo».

⁴⁶ Questo aspetto già emergeva da Corte cost. sent. n. 470/1992. In merito P. VERONESI, *Il concetto costituzionale di «unità nazionale» e le sue implicazioni*, in *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, a cura di A. Pugiotto, Napoli, 2013, 355.

⁴⁷ Cfr. P. CARETTI, *La «sovranità» regionale come illusorio succedaneo di una «specialità» perduta: in margine alla sent. della Corte costituzionale n. 365/2007*, in *Le Regioni*, n. 1/2008, 224. *Contra* O. CHESSA, *La resurrezione della sovranità statale nella sent. n. 365/2007*, in *Le Regioni*, n. 1/2008, 227-238.

⁴⁸ L'art. 1, comma 1, della legge veneta n. 16/2014 così prevedeva la formulazione del

dependenza della Regione. La legge in questione costituiva l'attuazione della risoluzione n. 44/2012 del Consiglio regionale, approvata poi con deliberazione n. 145/2012, con la quale si impegnava il Presidente del Consiglio medesimo ed il Presidente della Giunta regionale ad avviare urgentemente e con ogni risorsa a disposizione sia nell'ambito dell'Unione Europea, sia nell'ambito dell'O.N.U., ogni azione volta alla indizione di una consultazione referendaria funzionale all'accertamento della volontà del popolo veneto in ordine alla propria autodeterminazione. Il richiamo al principio internazionale di autodeterminazione, contenuto nella legge in esame, appare ancor più forzato, «perché se è vero che essa istituiva solo un referendum consultivo, è anche vero che il quesito che era posto agli elettori si muoveva drasticamente nei termini della secessione secca, della istituzione di una repubblica indipendente e sovrana, allontanandosi così, del tutto, non solo da quell'approccio graduale e dalla doverosa considerazione del complessivo quadro dei valori costituzionali (e tra questi di quelli supremi e irrinunciabili) ma escludendo dal suo orizzonte concettuale soluzioni diverse rispetto a quelle del distacco dallo Stato unitario»⁴⁹.

Per rispondere alla domanda se il popolo veneto è titolare o meno di un diritto a decidere in merito alla propria autodeterminazione, è opportuno svolgere alcune considerazioni di natura generale proprio sulla portata di questo diritto. Il principio di autodeterminazione è divenuto regola di diritto internazionale⁵⁰ sia perché contenuto all'interno di alcune Convenzioni internazionali (ad esempio la Carta dell'O.N.U. del 1945⁵¹ ed il Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966⁵²), sia perché con il tempo ha acquistato il valore di norma consuetudinaria di *ius cogens*⁵³ grazie ad una prassi che trova la sua base nella stessa Carta delle Nazioni Unite. L'autodeterminazione dei popoli è, però, una nozione della

quesito: «Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana? Sì o no?». L'art. 4 della suddetta legge prevedeva la raccolta di un importo pari a 14 milioni di euro, a carico della collettività, per la celebrazione del referendum: una vera e propria condizione sospensiva. Su questo punto M. PIETRANGELO, *Qualche riflessione sui metodi della consultazione popolare al tempo di Internet, a margine dei referendum consultivi veneti su indipendenza ed autonomia*, in www.federalismi.it, n. 1/2015 (Focus Fonti), 6. Sul carattere centrifugo sia della legge regionale 14 giugno 2014, sia della legge veneta n. 16/2014 P. VIPIANA, *Le ripercussioni della crisi economica sull'assetto delle autonomie in Italia: un ritorno all'accentramento*, a cura di P. Vipiana, *Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell'Europa in crisi*, Torino, 2014, 39-42.

⁴⁹ Cfr. G. SERGES, *Autodeterminazione, diritto a decidere, indipendenza, sovranità (notazioni a margine della legge regionale del Veneto, n. 16 del 2014)*, in www.federalismi.it, n. 1/2015 (Focus Fonti), 11.

⁵⁰ Cfr. G. SERGES, *op. ult. cit.*, 7.

⁵¹ Art. 1, par. 2, e art. 55. La Carta delle Nazioni Unite è stata resa esecutiva in Italia con legge ordinaria dello Stato 17 agosto 1957, n. 848.

⁵² Art. 1. Il Patto internazionale dei diritti civili e politici è stato reso esecutivo con legge ordinaria dello Stato 25 ottobre 1977, n. 881.

⁵³ Si veda il parere della C.I.G. del 21 giugno 1971 sulla Namibia o il parere del 16 ottobre 1975 sul Sahara occidentale nonché, da ultimo, il parere del 22 luglio 2010 sul Kosovo.

quale non è facile stabilirne l'esatto contenuto⁵⁴. Essa, in linea generale, può essere definita come la libertà di un popolo di definire il proprio regime politico, economico e sociale, nonché la libertà di un popolo di accedere all'indipendenza come Stato separato oppure di staccarsi da uno Stato per aggregarsi a un altro⁵⁵. La stessa Corte di Giustizia ha avuto occasione⁵⁶ di specificarne meglio contenuto ed ambito di applicabilità: esso si applica soltanto ai popoli sottoposti a un Governo straniero, ossia ai popoli ancora soggetti a dominazione coloniale e alle popolazioni di territori conquistati e occupati con la forza⁵⁷. Solo in questo caso, precisa la C.I.G., l'autodeterminazione si configura come un diritto dei popoli soggetti a dominio straniero di divenire indipendenti, di associarsi o integrarsi ad altro Stato indipendente. Inoltre, puntualizza sempre la Corte internazionale di Giustizia, salvo il caso dei territori coloniali, affinché il principio sia applicabile, non deve risalire oltre l'epoca in cui il principio stesso si è affermato come principio giuridico, ossia oltre l'epoca successiva alla fine della seconda guerra mondiale⁵⁸.

Contro una siffatta ricostruzione del principio di autodeterminazione, una parte della dottrina, facendo leva sul parere del 22 luglio 2010 della Corte internazionale di Giustizia, relativo alla dichiarazione di indipendenza del Kosovo⁵⁹, è pervenuta a diverse conclusioni. In particolare è stato posto l'accento sul punto in cui la Corte ritiene, nel paragrafo 70 del parere, che il principio di autodeterminazione valga anche al di fuori dei contesti precedentemente richiamati e che esso non contrasti con il principio di integrità territoriale, il quale è relegato

⁵⁴ Cfr. B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2015, 27.

⁵⁵ G. ARANGIO-RUIZ, voce *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988. Parla, invece, diritto di un popolo a vivere libero da qualsiasi tipo di oppressione, tanto interna che esterna, condizione questa prioritaria per il raggiungimento di relazioni amichevoli tra gli Stati membri e per un progresso economico dei popoli fondato su un'equa distribuzione delle risorse a livello sia internazionale che interno, F. LATTANZI, *Autodeterminazione dei popoli*, in *Dig. discipl. pubbl.*, II, Torino, 1987, 4 e ss.

⁵⁶ Si vedano i pareri riportati in nota 53.

⁵⁷ Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con risoluzione n. 2625 (XXIV) del 1970, ha equiparato ai popoli soggetti a dominazione coloniale quelli vittime di segregazioni razziali o di regimi di *apartheid* (si pensi al caso del Sud Africa).

⁵⁸ Un approfondimento di questo punto si trova in M. BERTOLISSI, *Le iniziative della Regione Veneto per una maggiore autonomia e/o indipendenza*, in www.plebiscito2013.eu, 1-7.

⁵⁹ Il 17 febbraio 2008, l'Assemblea del Kosovo con una votazione di 109 favorevoli su 120 membri totali (all'unanimità dei presenti, visti gli 11 assenti) approva la Dichiarazione di Indipendenza. Su richiesta della Serbia, il giorno successivo si è tenuta una pubblica riunione d'emergenza del Consiglio di Sicurezza dell'ONU (composto da 15 Stati, dei quali 5 permanenti). La Serbia è stata sentita e ha accusato la dichiarazione di indipendenza del Kosovo di essere un atto illegittimo, tanto ai fini del diritto interno quanto riguardo l'ordinamento internazionale. In conseguenza, l'Assemblea Generale dell'ONU con risoluzione 63/3 dell'8 ottobre 2008 ha usato il proprio potere di attivare la Corte Internazionale di Giustizia per chiederle un *advisory opinion* che non è una sentenza.

unicamente ai rapporti tra Stati⁶⁰ non applicandosi ai popoli⁶¹. Ne consegue, allora, come non solo il diritto internazionale non contenga alcuna proibizione ad una dichiarazione di indipendenza, ma che l'autodeterminazione stessa assuma un nuovo significato, ossia quale atto compiuto da un popolo che di propria iniziativa si autoriconosce e si autodefinisce tale e si autodetermina con un atto di volontà, esprimendo così un fatto che si palesa quale diritto⁶² anche indipendentemente dalle situazioni che fino ad oggi la stessa Corte internazionale di Giustizia aveva individuato ai fini dell'applicabilità del principio. La mancanza, quindi, di una definizione di *populus* a livello di diritto internazionale consentirebbe al «popolo veneto», per il solo fatto di considerarsi tale, di esercitare l'autodeterminazione. Né si potrebbe replicare che la situazione del Kosovo costituisce un caso a sé, dal momento che la specialità della vicenda kosovara è stata considerata dalla Corte né ostativa, né promotiva, ma semplicemente indifferente⁶³.

In aggiunta a queste considerazioni, si è sostenuto in dottrina che, grazie al trasformatore permanente dell'art. 10, comma 1, della Carta costituzionale⁶⁴, il principio di autodeterminazione⁶⁵ troverebbe automatico ingresso nel nostro ordinamento giuridico in quanto consuetudine internazionale⁶⁶. Ora, trattandosi di una norma consuetudinaria di *ius cogens*, essa non solo si pone in posizione sovraordinata rispetto alle norme costituzionali (come del resto tutte le consuetudini internazionali), ma è dotata della caratteristica della inderogabilità rispetto ad altre consuetudini internazionali. Proprio in ragione di questa sua caratteristica, essa assumerebbe il rango di principio supremo della Costituzione⁶⁷ con l'unica differenza che, mentre questi ultimi sono imm modificabili, le norme consuetudinarie di *ius cogens* potrebbero venir modificate unicamente da una consuetudine internazionale successiva⁶⁸. In questo modo, l'equiparazione delle norme imperative consuetudinarie ai principi supremi imm modificabili impedirebbe che,

⁶⁰ Paragrafo 80 del parere 22 luglio 2010 della C.I.G.

⁶¹ Cfr., sul punto, A. FAVARO, *Parere su «l'indizione della consultazione referendaria (...) al fine di accertare la volontà del Popolo Veneto in ordine alla propria autodeterminazione»* (Risoluzione n. 44/2012 – Deliberazione n. 145 del Consiglio regionale del Veneto), in www.plebiscito2013.eu, 11.

⁶² Ancora A. FAVARO, *op. ult. cit.*, 7.

⁶³ In merito sempre A. FAVARO, *op. ult. cit.*, 12.

⁶⁴ Sul meccanismo di cui all'art. 10, comma 1, Cost. T. PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, 429 e ss.

⁶⁵ Nella sentenza del 1995, sull'affare riguardante *Timor Est*, la Corte internazionale di Giustizia definisce il diritto di autodeterminazione dei popoli come uno «dei principi essenziali del diritto internazionale contemporaneo», opponibile a tutti gli Stati della Comunità internazionale.

⁶⁶ Si vedano, in merito, le interessanti considerazioni di L. AZZANO CANTARUTTI, *Elaborato per la commissione giuridica risoluzione 44*, in www.plebiscito2013.eu, 2013, 2-6.

⁶⁷ La tesi è sostenuta da N. RONZITTI, *L'adattamento dell'ordinamento italiano alle norme imperative di diritto internazionale*, in *Rass. parlam.*, n. 2/2002, 503 e ss.

⁶⁸ Cfr. N. RONZITTI, *Introduzione al Diritto Internazionale*, Torino, 2016, 254.

tramite un procedimento di revisione costituzionale, si possa violare una norma consuetudinaria di *ius cogens*, esponendo lo Stato italiano a illeciti particolarmente gravi sul piano internazionale⁶⁹.

Da ultimo, alla tesi della indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 della Costituzione, è stato opposto che se il termine «*indivisibile*» dovesse significare «*intoccabile*» o «*immutabile*», allora non si sarebbe potuto accettare come legittimo il Trattato di Osimo del 1975, né il precedente accordo dell'ottobre 1954 istituyente le zone A e B del «*Liberò territorio di Trieste*» (il c.d. *Memorandum di Londra*)⁷⁰. Anzi, nell'esaminare il dettato costituzionale emergerebbe come già i costituenti avessero previsto la possibilità che il territorio della Repubblica subisse variazioni: l'art. 80 della Costituzione autorizza il Parlamento italiano a ratificare Trattati internazionali che «*importino variazioni del territorio*».

5. «*Popoli regionali*» e diritto internazionale pubblico

Le considerazioni fino ad ora condotte muovono dal presupposto che i veneti costituiscano un popolo cui è ricollegabile l'esercizio del diritto all'autodeterminazione. Si è già visto, nei paragrafi precedenti, come a livello di diritto interno non sia possibile parlare di «popolo veneto». Alla medesima conclusione si perviene anche qualora si guardi al diritto internazionale pubblico. In primo luogo, il popolo «non può mai considerarsi soggetto internazionale titolare del diritto di autodeterminazione»⁷¹, in quanto è difficile considerarlo quale ente unitario in grado di rapportarsi all'esterno sul piano delle relazioni internazionali, ma semmai può essere visto quale beneficiario del medesimo. Gli obblighi discendenti dal principio sono posti a carico dello Stato nazionale o di Stati terzi e solo da essi esigibili⁷² ed anche quando l'autodeterminazione si esplica verso l'interno, essa non altera il valore giuridico dell'obbligo di tutela esistente in capo agli Stati. È possibile ipotizzare, infatti, una categoria di obblighi *erga omnes* il cui scopo è quello di regolare l'esercizio dello sovrano dello Stato nel suo ambito territoriale⁷³. In secondo luogo, la mancanza di definizione a livello internazionale di popolo non rappresenta una carenza sul piano normativo, ma viceversa una precisa scelta che consente di adattarne la nozione alle articolazioni collettive esistenti all'interno di ciascuno Stato territoriale. Per individuare, quindi, l'esi-

⁶⁹ Sempre, a riguardo, N. RONZITTI, *op. ult. cit.*, 254.

⁷⁰ Cfr. A. FAVARO, *op. cit.*, 6.

⁷¹ Cfr. F. VIOLI, *Autodeterminazione dei popoli e nuove forme di colonialismo*, in *Il principio di autodeterminazione dei popoli alla prova del nuovo millennio*, a cura di M. Distefano, Padova, 2014, 120.

⁷² Sul punto ancora F. VIOLI, *op. ult. cit.*, 120.

⁷³ Cfr. P. PICONE, *Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno Stato individualmente leso*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 5 e ss.

stenza di un «popolo veneto»⁷⁴, all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano, sarà necessario dimostrare che i veneti costituiscono un gruppo qualificato e distinto rispetto al resto degli italiani, al loro interno omogeneo, cui sia possibile riconnettere diritti che si riferiscono a beni giuridici irriducibilmente collettivi⁷⁵ o riconoscere l'esistenza di alcuni elementi presuntivi (identità della lingua, la comunanza di storia, tradizione e cultura, la localizzazione in un territorio ben preciso)⁷⁶. Solo attraverso lo spostamento verso una nozione meno monolitica di popolo⁷⁷ ed il riconoscimento di uno spazio a tutti i gruppi portatori di identità specifiche i popoli potranno configurarsi come veri e propri soggetti del diritto internazionale e non solo come meri destinatari indiretti⁷⁸, ma ad oggi l'ordinamento costituzionale italiano non ha optato per questa soluzione.

In terzo ed ultimo luogo, anche ritenendo che per l'individuazione del destinatario del principio in esame sia sufficiente la specifica volontà di autodeterminarsi⁷⁹, resta aperto il problema della compatibilità degli strumenti giuridici volti ad accertarla con il principio di legalità costituzionale.

6. *L'autodeterminazione dei popoli ed il principio di indivisibilità della Repubblica*

Nonostante la l. reg. n. 16/2014 abbia previsto una consultazione referendaria senza alcun vincolo giuridico né in capo agli organi della Regione del Veneto, né in capo agli organi dello Stato, non ci si poteva attendere una sentenza di

⁷⁴ Non si ravvisano le condizioni per l'applicazione delle categorie di minoranza nazionale o etnica. Sulla loro definizione F. PALERMO e J. WÖELK, *Diritto Costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, 7-24.

⁷⁵ Sempre F. VIOLI, *op. ult. cit.*, 121.

⁷⁶ Cfr. J. CRAWFORD, *The Rights of Peoples: «Peoples» or «Governments»*, a cura di J. Crawford, *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, 172.

⁷⁷ Diverso il caso della Catalogna: la Costituzione spagnola fa riferimento ad una pluralità «*pueblos*» (preambolo) e «*nacionalidades*» (art. 2): cfr. G. FERRAIUOLO, *Due referendum non comparabili*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 705 e I. RUGGIU, *Referendum e secessione. L'appello al popolo per l'indipendenza in Scozia e Catalogna*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, 100. Sulla trasformazione in termini giuridici delle diverse realtà nazionali presenti in Spagna cfr. M. HERRERO DE MIÑON, *Memories de estío*, Madrid, 1993, 123. La recente ricentralizzazione da parte dello Stato spagnolo del governo locale ad opera della legge n. 27/2013 ha contribuito certamente ad aggravare la crisi politica ed istituzionale in Catalogna, alimentando in questo modo il «vento» indipendentista: sul punto si rinvia al recente contributo di J. R. FUENTES I GASÒ e M. RODRÍGUEZ BEAS, *L'incidenza della riforma del regime locale sull'organizzazione territoriale della Catalogna*, in questa *Rivista*, n. 1/2015, 155 e ss. Riguardo, invece, la possibilità di considerare i veneti un popolo si rinvia alla recenti e interessanti considerazioni di L. AZZANO CANTARUTTI, *L'autodeterminazione del popolo veneto tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista italiana di Antropologia applicata*, n. 1/2016, 7 e ss.

⁷⁸ Cfr. E. PARIOTTI, *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Padova, 2013, 166.

⁷⁹ Cfr. G. PALMISANO, voce *Autodeterminazione dei popoli*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 119 e ss.

rigetto da parte della Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sul ricorso in via d'azione del Governo della Repubblica n. 67/2014, promosso ai sensi dell'art. 127 Cost, che aveva impugnato tanto la l. reg. n. 16/2014, quanto la legge regionale 19 giugno 2014, n. 15. Il giudice delle leggi, nella sentenza Corte cost. 25 giugno 2015, n. 118, dopo aver ribadito la sua giurisprudenza secondo la quale i referendum consultivi regionali non possono coinvolgere scelte di livello costituzionale⁸⁰ salvo per i quesiti aventi ad oggetto l'iniziativa legislativa regionale ex art. 116, comma 3, Cost.⁸¹ poiché non preludono a sviluppi dell'autonomia eccedenti i limiti costituzionalmente previsti, ha chiarito come sia «giuridicamente erroneo equiparare il referendum consultivo a un qualsiasi spontaneo esercizio della libertà di manifestazione del pensiero da parte di più cittadini, coordinati tra loro. Il referendum è uno strumento di raccordo tra il popolo e le istituzioni rappresentative, tanto che si rivolge sempre all'intero corpo elettorale (o alla relativa frazione di esso, nel caso di referendum regionali), il quale è chiamato ad esprimersi su un quesito predeterminato. Inoltre, anche quando non produce effetti giuridici immediati sulle fonti del diritto, il referendum assolve alla funzione di avviare, influenzare o contrastare processi decisionali pubblici, per lo più di carattere normativo. Per questo, i referendum popolari, nazionali o regionali, anche quando di natura consultiva, sono istituti tipizzati e debbono svolgersi nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione o stabiliti sulla base di essa»⁸². Palazzo della Consulta, in altri termini, chiarisce che, per quanto l'esito della consultazione sia quella di fornire un mero punto di vista, questo deve sempre inserirsi in una logica ed in una prospettiva di legalità costituzionale⁸³ non potendo prescindere. Con riferimento, dunque alla l. reg. n. 16/2014 non viene ritenuto illegittimo il ricorso allo strumento referendario, quanto piuttosto l'oggetto che si è inteso sottoporre alla consultazione popolare. Proponendo prospettive di secessione in vista della istituzione di un nuovo soggetto sovrano, il referendum consultivo veneto sull'indipendenza era incompatibile con i già sopra richiamati

⁸⁰ Punto 6 del *cons. in dir.* di Corte cost. sent. n. 118/2015.

⁸¹ Con la sent. n. 118/2015 Palazzo della Consulta sembra, però, prendere le distanze da precedenti sue decisioni con le quali aveva ravvisato nell'indizione di referendum regionali consultivi, in materia di autonomia regionale, «il rischio di influire negativamente sull'ordine costituzionale e politico dello Stato» (Corte cost. sent. n. 470/1992 citando la precedente sentenza 18 maggio 1989, n. 256): su questo punto si veda S. BARTOLE, *Pretese venete di secessione e storica questione catalana, convergenze e divergenze fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale spagnolo, anche con ripensamenti della giurisprudenza della prima*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, 940. Si vedano anche le considerazioni di D. TEGA, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, in *Le Regioni*, nn. 5-6/2015, p. 1141 e ss.

⁸² Punto 5 del *cons. in dir.* di Corte cost. sent. n. 118/2015.

⁸³ Riguardo al fatto che tutti i pubblici poteri devono essere guidati e limitati dalla Costituzione e dai vincoli da questa posti, si veda F. SALOMONI, *Legalità (costituzionale) e forma di Stato: aspetti teorici e profili partitici di due concetti apparentemente in crisi*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 111. Si veda, inoltre, anche il saggio di C. RUPERTO, *La legalità costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2001.

principi di unità ed indivisibilità della Repubblica⁸⁴. Questi due termini, che non possono essere letti e intesi come un'endiadi⁸⁵, rappresentano rispettivamente un limite assoluto e un limite elastico. Infatti, se dall'indivisibilità si ricava il divieto⁸⁶ di dividere o smembrare la Repubblica in più Stati indipendenti, anche da parte degli organi legislativi in sede costituente⁸⁷, ovvero di procedere a secessione di una parte del suo territorio, dall'unità, proprio in virtù del suo carattere elastico, è stato possibile, soprattutto dopo la riforma del Titolo V nel 2001, modulare i rapporti tra Stato-Regioni-autonomie locali territoriali, superando quella concezione di unità politica affidata unicamente all'unità amministrativa dello Stato⁸⁸ attraverso il concorso di tutte le persone giuridiche pubbliche costitutive della Repubblica⁸⁹. Unico limite da rispettare, nello spostamento delle competenze dal centro alla periferia, l'evitare soluzioni che possano compromettere il carattere unitario dell'ordinamento⁹⁰, ad esempio attraverso l'attribuzione alle Regioni di funzioni di tipo giurisdizionale. Alla luce di queste considerazioni non sarebbe neppure necessario richiamare la nota giurisprudenza costituzionale⁹¹ sui limiti impliciti alla revisione costituzionale, dal momento che le parole iniziali dell'art. 5 «fanno parte integrante del concetto di Repubblica, tutelato dagli artt. 1 e 139 Cost.»⁹². L'unico modo, dunque, con il quale sarebbe possibile procedere a una scissione di una parte del territorio nazionale, consisterebbe nel formarsi di una

⁸⁴ Così il punto 7.2. del *cons. in dir.* di Corte cost. sent. n. 118/2015. A riguardo F. CONTE, *La Corte costituzionale sui referendum per l'autonomia e l'indipendenza del Veneto. Non c'è due senza tre. Anche se...*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 760. Analoghe considerazioni sono state espresse anche da C. COLALUCA, voce *Referendum regionali*, in *Veneto. Voci per un dizionario giuridico*, a cura di M. Malo, P. Santinello, Torino, 2015, 194.

⁸⁵ A. PUBUSA, *Sovranità popolare e autonomie locali nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1983, 166-167.

⁸⁶ Cfr. A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano 1948, 39-40; R. BIFULCO, *Art. 5 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 140.

⁸⁷ Così C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 72.

⁸⁸ Cfr. M. CAMMELLI, *Amministrazione e (interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, 1287-1288; G. C. DE MARTIN, *L'amministrazione pubblica e la Costituzione*, in *www.astrid-online.it*, maggio 2006, 4.

⁸⁹ Sulla valenza del principio di unità ed indivisibilità della Repubblica anche dopo la riforma del Titolo V C. BUZZACCHI, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie*, Milano, 2003, 149-152.

⁹⁰ Cfr. A. D'ATENA, *La vicenda del regionalismo italiano ed i problemi della transizione al federalismo*, in *Federalismo e regionalismo in Europa*, a cura di A. D'Atena, Milano, 1994, 226.

⁹¹ Corte cost. 29 dicembre 1988, n. 1146.

⁹² Si esprime così L. PALADIN, *Saggi di Storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Bologna, il Mulino, 2008, 176. Recentemente, rileggendo Livio Paladin, G. M. SALERNO, *Principio di unità e ragionevole decentramento della Repubblica*, in *Riforme. Opinioni a confronto*, a cura di M. Bertolissi, Napoli, 2015, 243.

maggioranza parlamentare, rappresentativa di una volontà materialmente rivoluzionaria, in grado di trasformare il fatto in diritto per mezzo di fonti *extra ordinem*, là dove non bastassero o non fossero sufficienti le fonti legali di produzione del diritto⁹³.

Non è mancato, tuttavia, il tentativo volto ad introdurre con un disegno di legge di revisione della Carta costituzionale il principio di autodeterminazione dei popoli tale da includere anche la facoltà di secessione. In particolare, in data 26 novembre 1996, è stato presentato al Senato della Repubblica il d.d.l. costituzionale n. 1803 che mirava ad introdurre, mediante modifica dell'art. 132 Cost., un diritto di distacco di parti del territorio nazionale in presenza di determinati requisiti. Per conseguire questo risultato l'art. 1 del d.d.l. in commento prevedeva che il primo periodo dell'art. 5 della Costituzione fosse così sostituito: «*La Repubblica riconosce il principio di autodeterminazione dei popoli; rispetta e promuove le autonomie locali*»⁹⁴. Se una siffatta modifica non avrebbe comportato problemi di compatibilità con il principio di unità, che trascende la consistenza attuale e futura delle parti integranti la Repubblica per cui lo Stato è e resta uno quale che sia la sua dimensione territoriale, altrettanto non può dirsi in rapporto al principio di indivisibilità⁹⁵. Se quest'ultimo viene considerato in senso «prescrittivo», esso esclude qualsiasi separazione o secessione o perdita o diminuzione della consistenza territoriale della Repubblica, se invece viene interpretato in senso relativo, ossia con riferimento ai possibili e tassativi modi ed alle forme prestabilite per una legittima divisibilità, allora sarebbe possibile bilanciare l'indivisibilità, quale attribuito della Repubblica, con il principio di autodeterminazione che contempra tra i suoi contenuti anche il diritto a secedere. Del resto, la stessa Carta costituzionale parrebbe confermare questo dato proprio nell'art. 80 che ragiona di Trattati internazionali che importino variazioni al territorio nazionale la cui ratifica sia autorizzata con legge ordinaria⁹⁶. In attesa di ritornare in un prossimo paragrafo sul rapporto tra indivisibilità della Repubblica ed art. 80 Cost., c'è da dire che un'eventuale introduzione in Costituzione del principio di autodeterminazione dei popoli non solo richiederebbe lo strumento formale della legge costituzionale, ma inciderebbe inevitabilmente su quei principi supremi che la Corte costituzionale, da ultimo con la sent. n. 118/2015, ha ritenuto insuperabili

⁹³ Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Federalismi, federalismo europeo, federalismo fiscale*, in *www.federalismi.it*, 2011.

⁹⁴ Cfr. F. MODUGNO, *Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione dei popoli (Riflessioni sull'ammissibilità-ricevibilità di un disegno di legge costituzionale comportante revisione degli artt. 5 e 132 Cost.)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, 1012.

⁹⁵ Considera inscindibilmente connesse unità ed indivisibilità L. PALADIN, *Valori nazionali e principio di unità della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Studi Mazzjotti*, Padova, 1995, 382.

⁹⁶ Sulla concezione «relativa» del principio di indivisibilità ancora F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 1014-1016.

anche da una fonte di rango costituzionale⁹⁷. Questi principi, ha puntualizzato il giudice delle leggi, «non possono essere estremizzati fino alla frammentazione dell'ordinamento»⁹⁸, mostrando in questo modo di aderire ad una concezione «proibitiva» della indivisibilità della Repubblica. Se è vero, infatti, «che la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione, in forza dell'art. 139 Cost., anche i principi che la caratterizzano sono immodificabili»⁹⁹.

7. *Segue: l'autodeterminazione dei popoli e diritto alla secessione*

Non appare del pari possibile dimostrare, con ragionevole fondamento, un diritto di autodeterminazione dei popoli applicabile agli abitanti della Regione del Veneto, e capace di inficiare il principio della indivisibilità della Repubblica sulla base del parere della Corte Internazionale di Giustizia del 22 luglio 2010 in merito alla indipendenza del Kosovo. Secondo la prevalente dottrina, come si è già avuto occasione di vedere, i requisiti di tale diritto sono essenzialmente due, la dominazione coloniale ovvero l'occupazione straniera con la forza. La C.I.G. nel menzionato parere, su richiesta dell'Assemblea Generale dell'O.N.U. cui a sua volta si era rivolta la Repubblica di Serbia, si è espressa sulla dichiarazione unilaterale di indipendenza da parte del Kosovo: in tale sede ha espressamente affermato come le dichiarazioni di indipendenza possono essere considerate lecite anche al di fuori dei due casi classici ricordati sopra (punto 79)¹⁰⁰ e come l'obbligo di rispettare l'integrità territoriale degli Stati esistenti incombe solamente sugli Stati medesimi e non sui popoli (punto 80)¹⁰¹. Il parere, peraltro, riconoscendo la forte disparità di vedute sulla ammissibilità di esercizio del diritto all'autodeterminazione dei popoli in casi che non vi rientrano, evita di entrare nel merito del dibattito sulla secessione-rimedio, limitandosi ad affermare che la dichiarazione unilaterale di indipendenza kosovara non viola il diritto internazionale pubblico (punto 83), ma non che sia da questo anche legittimata. Nel punto 56, infatti, la C.I.G. prende le distanze dal parere della Corte Supre-

⁹⁷ F. MODUGNO, *Unità e indivisibilità della Repubblica come principio*, in *Costruire l'Italia. Dimensione storica e percorsi giuridici del principio di unità*, a cura di P. Bianchi e C. Latini, Napoli, 2013, 199.

⁹⁸ Punto 7.2. del *cons. in dir.* di Corte cost. n. 118/2015.

⁹⁹ Cfr. G. PISTORIO, *Il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2015 (Focus Fonti), 8.

¹⁰⁰ Sulla elasticità dell'autodeterminazione M. PERTILE, *Il parere sul Kosovo e l'autodeterminazione assente: quando la parsimonia non è una virtù*, in *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo: un'analisi critica*, a cura di L. Gradoni e E. Milano, Padova, 2011, 120-121.

¹⁰¹ Cfr. F. MARCELLI, *Il principio di autodeterminazione dei popoli nell'epoca del dominio della finanza*, in *Il principio di autodeterminazione dei popoli alla prova del nuovo millennio*, a cura di M. Distefano, Padova, 2014, 142.

ma del Canada sulla secessione del Québec¹⁰², presentato durante le udienze da molti Stati come il precedente giurisprudenziale più rilevante, precisando «che la domanda posta alla Corte Suprema Canadese riguardava l'esistenza di un diritto alla secessione, dovendo invece essa (la C.I.G.) ricostruire l'eventuale esistenza di un divieto applicabile e, quindi, se la dichiarazione di indipendenza fosse stata adottata in violazione del diritto internazionale, non se tale dichiarazione fosse legittimata dal diritto internazionale»¹⁰³. Se, nella decisione della Corte suprema del Canada del 1998 in relazione al caso del Québec, è stata affermata la legittimità di una secessione negoziata (e non unilaterale) con altri soggetti costituzionali¹⁰⁴ attraverso ben precise condizioni procedurali e sostanziali sul presupposto che la «Costituzione non è una camicia di forza», questa opzione deve essere comunque o espressamente consentita dal testo della Costituzione o ricavabile dai principi del sistema poiché, in caso contrario, si agirebbe *extra ordinem* ossia al di fuori del circuito del potere costituito. In tutti i casi, dunque, in cui la secessione non è negoziata, la comunità internazionale per decidere se una richiesta secessionista è legittima o meno non può non fare inevitabile riferimento all'ordinamento giuridico interno¹⁰⁵. Va detto pure che il riferimento all'esercizio del diritto di autodeterminazione al di fuori dei due casi classici non è in realtà decisivo come a taluno possa sembrare. L'estensione del diritto ad altri casi, infatti, deve scontrarsi da un lato con la scarsità della prassi, dall'altro con l'assenza di una manifestazione di *opinio iuris* tale da giustificare una evoluzione del diritto di autodeterminazione in tal senso¹⁰⁶. Il caso dell'indipendenza della Regione Veneto dall'Italia, comunque, non sembra rientrare in nessuno dei casi contemplati, non essendo né una colonia, né soggetta ad occupazione militare o a forme di oppressione che possano giustificare una secessione-rimedio unilaterale da uno Stato esistente. Non ha qualità analoghe di minoranza e, almeno finora, non si è verificata una dichiarazione unilaterale di indipendenza seguita a una guerra come quella del Kosovo, che possa essere giustificata *ex post* almeno come non contraria al diritto internazionale.

Anche con riferimento alla dissoluzione dell'ex Repubblica socialista federale di Jugoslavia, essa (la dissoluzione), nonostante l'iniziale opposizione di Bel-

¹⁰² La Corte suprema canadese, aggiungeva alle ipotesi classiche di diritto alla secessione, anche la «negazione dell'accesso al governo al fine di perseguire il proprio sviluppo politico, economico, culturale e sociale». In altri termini, una formulazione talmente ampia da consentire in molti, se non in tutti i casi, l'esercizio del diritto di secessione.

¹⁰³ Cfr. E. MILANO, *Il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo: qualche istruzione per l'uso*, in www.sidi-isil.org, 2010, 1 e ss.

¹⁰⁴ Cfr. T. E. FROSINI, *Costituzione, autodeterminazione, secessione*, in *Rivista A.I.C.*, n. 1/2015, 3.

¹⁰⁵ Sul punto S. MANCINI, *op. ult. cit.*, 5-6.

¹⁰⁶ In questo senso non è decisiva la dichiarazione di indipendenza della Repubblica autonoma di Crimea e di Sebastopoli datata 11 marzo 2014 che, nel preambolo, fa espresso riferimento alla dichiarazione di indipendenza del kosovara.

grado, fu considerata sempre come smembramento e mai come secessione, evitando, quindi, di dover far ricorso al principio di autodeterminazione dei popoli come norma di legittimazione da opporre al principio di integrità territoriale da parte delle autorità federali di Belgrado¹⁰⁷. In questo modo è stato disinnescato il potenziale destabilizzante di un riconoscimento di un diritto all'autodeterminazione esterna in capo a qualsiasi componente nazionale o etnica che si volesse separare dal governo centrale¹⁰⁸. Si può, quindi, ritenere che il diritto internazionale è sostanzialmente ostile alla secessione, intesa quale corollario del diritto di autodeterminazione, e la ammette non già come un diritto a sé stante bensì «come un diritto che scaturisce dalla lesione di altri diritti»¹⁰⁹.

Alle conclusioni cui si è pervenuti nel corso di questo paragrafo, si potrebbe replicare che un conto è il principio di autodeterminazione dei popoli (*principle of self-determination*), un altro il diritto all'autodeterminazione dei popoli (*right of self-determination*) cui fanno riferimento alcune convenzioni internazionali già ricordate. Mentre quest'ultimo costituisce un diritto-pretesa spettante ai popoli sottoposti a giogo coloniale, o più generalmente ai popoli sotto occupazione di forze straniere o ancora, secondo sviluppi recenti, a popoli che vivono in regime di congregazione razziale, il primo è un principio generale dell'ordinamento giuridico internazionale applicabile a tutti. Se il diritto all'autodeterminazione non sarebbe applicabile al caso in esame, non rientrando la Regione del Veneto nella «casistica» classica, i Veneti potrebbero però esercitare il diritto-libertà a proseguire l'obiettivo indipendenza (e, per la stessa ragione, anche catalani, scozzesi etc.)¹¹⁰. In altre parole, l'autodeterminazione dei popoli si compone di «due distinti tronconi» corrispondenti alla bipartizione di cui sopra¹¹¹. Questo modo di procedere appare, tuttavia, improntato ad un formalismo concettuale-normativo che non tiene conto dell'evoluzione dello stesso principio di autodeterminazione. Proprio a seguito della impetuosa affermazione dei movimenti indipendentisti nei contesti coloniali dell'Asia e dell'Africa, «il principio di autodeterminazione ha assunto i contorni di un vero e proprio diritto all'autodeterminazione»¹¹², soprattutto al fine di circoscriverne il campo di applicazione.

¹⁰⁷ Cfr. E. MILANO, *L'autodeterminazione nei Balcani: soluzioni ad hoc per casi sui generis o consolidamento del principio nel contesto post-coloniale?*, in *Il principio di autodeterminazione dei popoli alla prova del nuovo millennio*, a cura di M. Distefano, Padova, 2014, 40.

¹⁰⁸ M. CRAVEN, *The European Community Commission Arbitration on Yugoslavia*, in *British Yearbook of International Law*, 1996, 333; D. RAIC, *Statehood and the Law of Self-Determination*, The Hague, 2002.

¹⁰⁹ Cfr. S. MANCINI, *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione*, in *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015, 1 e ss.

¹¹⁰ Sul duplice significato dell'autodeterminazione si vedano, da ultime, le considerazioni di A. MOCELLIN, *In merito al referendum per l'indipendenza del Veneto*, in *www.leggioggi.it* 17 aprile 2015, 1 e ss.

¹¹¹ Ad esempio A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995.

¹¹² E. MILANO, voce *Autodeterminazione dei popoli (dir.int.)*, in *Diritto On Line*, 2014, 1 e ss.

Anche aderendo alla tesi qui esposta, resta aperto il problema di quale sia l'esatto contenuto del principio di autodeterminazione. Si potrebbe rispondere che si è in presenza di un diritto-libertà funzionale all'ottenimento dell'indipendenza, tuttavia ci si dovrebbe chiedere in quali contesti esso è esercitabile dal momento che il principio così formulato è talmente ampio da consentire a tutti di attivarsi per questa finalità. Ora, ammesso pure che il principio di autodeterminazione (*principle of self determination*) consenta al Veneto di divenire uno Stato sovrano, è evidente come la sua natura di fonte consuetudinaria, avendo come conseguenza l'indipendenza della attuale Regione del Veneto dal resto dell'Italia, debba necessariamente «misurarsi» con l'ordinamento interno ed inevitabilmente scontrarsi con il limite dei principi supremi della Costituzione. La Corte, infatti, come avvenuto anche recentemente con la sentenza 22 ottobre 2014, n. 238, ha utilizzato l'arma dei controlimiti in ipotesi di consuetudine internazionale che si ponga in contrasto con i suddetti principi.

8. *Segue: l'autodeterminazione dei popoli come consuetudine internazionale di ius cogens e le sue ricadute nell'ordinamento regionale*

A partire dalla sentenza della Corte cost. 18 giugno 1979, n. 48 il giudice costituzionale aveva affermato come l'intero meccanismo di cui all'art. 10, comma 1, Cost., pur assicurando la prevalenza della fonte consuetudinaria internazionale sulle norme costituzionali¹¹³, non poteva e non può «in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, tra i quali sono annoverati quelli di unità ed indivisibilità della Repubblica, operando in «un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione»¹¹⁴. In questo modo, si lasciava intendere che la distinzione tra consuetudini internazionali dotate di imperatività e consuetudini prive di questa caratteristica era ed è irrilevante in termini di recepimento nel diritto interno, costituendo una qualità incidente unicamente nei rapporti tra consuetudini internazionali. La recente sentenza n. 238/2014 ha sviluppato l'impianto argomentativo della pronuncia del 1979 che distingueva tra consuetudini precedenti il 01 gennaio 1948, per le quali occorre applicare il principio di specialità risolvendo a loro favore eventuali ipotesi di apparente contrasto con la Costituzione (in quanto conosciute o conoscibili dai costituenti), e consuetudini successive che incontrano il limite dei principi fondamentali¹¹⁵. La questione sottesa alla sentenza n. 238/2014 concerneva, com'è noto, la consuetudine internazionale dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile nella parte in cui copre gli

¹¹³ Così B. CONFORTI, *Diritto*, cit., 349-350.

¹¹⁴ Punto 3 del *cons. in dir.* di Corte cost. sent. n. 48/1979.

¹¹⁵ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti*, cit., 397.

atti *iure imperii* integranti crimini di guerra lesivi di diritti inviolabili quali, secondo il giudice remittente, l'art. 2 e l'art. 24 della Costituzione. Non è questa la sede per ripercorrere le vicende cui si riferisce la pronuncia della Corte costituzionale in esame. Quello che rileva, ai fini del presente lavoro, consiste nel fatto che Palazzo della Consulta riserva a sé l'esclusivo controllo dei controlimiti in ipotesi di norma consuetudinaria internazionale contrastante con i principi supremi dell'ordinamento, al pari di quello che avviene con il diritto dell'Unione Europea, indipendentemente dalla sua anteriorità o meno rispetto alla Costituzione. Il ragionamento dei giudici della legittimità costituzionale, almeno secondo una parte della dottrina, pare ritenere che anche se la consuetudine internazionale varca il confine grazie all'art. 10, comma 1, Cost., disposizione che comporta un adeguamento automatico ma incapace di operare distinzioni, essa permane solo il tempo necessario a rendere accertabile dalla Corte la sua contrarietà ai principi fondamentali per essere infine «espatriata» prima ancora di potersi dichiarare illegittima la norma¹¹⁶ di adattamento¹¹⁷. Durante la sua «permanenza», alla luce di alcuni passaggi della Corte, la consuetudine sarebbe inapplicabile e perciò stesso improduttiva di effetti giuridici¹¹⁸ all'interno dell'ordinamento italiano e, dunque, anche all'interno dei singoli ordinamenti regionali. La Corte costituzionale, dunque, non solo respinge la tesi che equiparava le norme consuetudinarie di *ius cogens* ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale¹¹⁹, ma si spinge a promuovere in modo esplicito un mutamento del diritto internazionale generale¹²⁰. Palazzo della Consulta, con la sentenza n. 238/2014, delineando chiaramente una concezione non assolutistica dei principi supremi dell'ordinamento

¹¹⁶ Legge l'art. 10, comma 1, Cost. quale norma sulla produzione per cui, in presenza di una consuetudine internazionale, si assisterebbe all'istantanea formazione di una norma di diritto italiano A. CASSESE, *Art. 10 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, I, Bologna, Zanichelli, 1975, 498. La Corte costituzionale, con la sent. n. 238/2014, pare aderire a questa tesi nel momento in cui, nel dispositivo della pronuncia, parla di «norma prodotta nel nostro ordinamento mediante recepimento» della consuetudine internazionale.

¹¹⁷ Cfr. S. LEONE, *La sentenza n. 238/2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali*, in *Quad. cost.*, n. 4/2014, 905. Ritiene, invece, che in ipotesi di conflitto tra una consuetudine internazionale ed un principio supremo della Costituzione non si attivi il trasformatore permanente dell'art. 10, comma 1, Cost. G. ZAGREBELSKI, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 122. Precisa che il richiamo operato dall'art. 10, comma 1, della Carta al diritto internazionale consuetudinario non opera qualora quest'ultimo si ponga in contrasto «con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona» F. VARI, *La sentenza n. 238 del 2014: ancora sulla responsabilità degli Stati*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, 168.

¹¹⁸ A questa conclusione giungono A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei «controlimiti» e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria*, in *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2014*, XVIII, Torino, 2015, 531 e ss.; S. LEONE, *op. ult. cit.*, 904.

¹¹⁹ Cfr. N. RONZITTI, *Introduzione*, cit., 254.

¹²⁰ Cfr. L. GRANDONI, *La sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale: Corte costituzionale italiana «controvento» sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quad. cost.*, n. 4/2014, 906.

costituzionale, ammettendone la sottoposizione a bilanciamento, stabilisce però che questo è possibile a condizione che ne sia «ridotto al minimo il sacrificio»¹²¹. Se il principio di autodeterminazione dei popoli, declinato come possibilità di secessione, venisse ritenuto principio supremo e bilanciato con l'art. 5 Cost., il secondo verrebbe sacrificato integralmente poiché, se anche una sola Regione italiana accedesse all'indipendenza dal resto dell'Italia, verrebbe leso in radice quel sintagma unità-indivisibilità da intendersi non quale «riflesso della integrità necessaria del territorio, né come argine alla pulsione autonomistica, bensì come sfera intima identitaria dell'ordinamento repubblicano»¹²² che è composta da tutti i territori che formano le Regioni elencate nell'art. 131 Cost. Inoltre, l'ingresso del principio di autodeterminazione¹²³, avente come contenuto la possibilità di secessione, legittimerebbe l'esercizio di un nuovo potere costituente¹²⁴ esauritosi con l'approvazione della Costituzione repubblicana il 22 dicembre 1947¹²⁵ e ponendosi a fondamento di un nuovo ordinamento giuridico. Si darebbe, infatti, ingresso nell'ordinamento a una norma avente come fine, anche solo potenziale, quello di pervenire a un ordinamento indipendente rispetto a quello originario ed in questo modo sarebbero travolti i soggetti e le condizioni stesse del patto costituzionale.

Ancora più stringente risulterebbe il limite dell'unità-indivisibilità ove si volesse ritenere che il principio di autodeterminazione sia da considerare come vigente in quanto contenuto nei trattati internazionali ratificati e resi esecutivi nel diritto interno, perché la garanzia di osservanza degli obblighi internazionali contenuta nell'art. 117, comma 1, Cost. non consente che un obbligo internazionale collida con un principio costituzionale, tanto più quando si tratta di un principio supremo¹²⁶, come del resto indicato dalla Corte costituzionale nelle sentenze «gemelle» 24 ottobre 2007 n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349.

¹²¹ Si veda il punto 3.1. del *cons. in dir.* di Corte cost. sent. n. 238/2014. Sul punto si veda il contributo di P. FARAGUNA, *La sentenza n. 238 del 2014: i controlimiti in azione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2014, 900-901.

¹²² Cfr. P. CARNEVALE, *Unità della Repubblica ed unità del diritto oggettivo. Notazioni introduttive sulla Costituzione come fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2015 (Focus Fonti), 5.

¹²³ La Costituzione esclude che i principi ultimi dell'ordinamento dipendano e siano messi in discussione da decisioni di altre fonti: cfr., sul punto, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 436-437.

¹²⁴ Sulle definizioni di potere costituente si rinvia al lavoro di P.G. GRASSO, *Il potere costituente*, Torino, 2006, 3-61;

¹²⁵ Riguardo alla tesi per la quale la rinnovazione del potere costituente comporterebbe la rottura della continuità costituzionale preesistente: cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, 152 e M. FIORAVANTI, *Potere costituente e Diritto Pubblico*, in *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine politiche*, Torino, 1993. La stessa Corte costituzionale, nella sentenza 02 febbraio 1991, n. 47, si rifà a questa tesi secondo la quale la Costituzione si esaurisce in un unico atto di esercizio e non è più reiterabile (punto 3.1. del *cons. in dir.*).

¹²⁶ Cfr. G. SERGES, *Autodeterminazione*, cit., 8-9.

In conclusione, quindi, il principio di autodeterminazione dei popoli, in quanto norma consuetudinaria internazionale, entra nell'ordinamento costituzionale italiano, ai sensi dell'art. 10, comma 1, Cost., a patto però che non contempli tra i suoi contenuti la possibilità di scardinare il principio supremo di indivisibilità della Repubblica.

9. *Segue: autodeterminazione dei popoli e art. 2 della Costituzione*

Pure l'affermazione circa il carattere precostituzionale del diritto di autodeterminazione dei popoli, che «entrerebbe» nell'ordinamento italiano in virtù del riconoscimento dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., pare poco convincente. In primo luogo, anche ritenendo l'art. 2 una norma a fattispecie aperta, riferibile cioè alla tutela di valori e di diritti non espressamente previsti dalla Costituzione formale, il riconoscimento del diritto di autodeterminazione dei popoli, come degli altri diritti garantiti sul piano internazionale, non ne comporta una azionabilità *sic et simpliciter* nell'ordinamento interno, ma richiede sempre il completamento reciproco nell'interpretazione con le altre norme costituzionali¹²⁷, o meglio una relazione di compatibilità dialettica con il dettato della Carta. Questo significa che il riconoscimento non può mai porsi in violazione dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, tra cui il principio supremo della «*Repubblica una e indivisibile*» sancito dall'art. 5. Appare, in secondo luogo, non fondato sostenere che la pre-costituzionalità del diritto di autodeterminazione avrebbe avuto come conseguenza l'incompetenza funzionale della Corte costituzionale a decidere sulla l. veneta n. 16/2014. Come ha osservato la dottrina¹²⁸, tutti i diritti hanno una componente regolativo-prestazionale, richiedono cioè discipline legislative complesse e, come tali, inevitabilmente sindacabili dalla Corte ai sensi dell'art. 134 Cost. La conferma di questo ci viene proprio dalla stessa l. regionale in esame, atto-fonte necessario non solo per la previsione/istituzione del referendum consultivo regionale, ma anche per affidare al presidente della Giunta regionale e a quello del Consiglio regionale la tutela in ogni sede competente, nazionale ed internazionale, del diritto del «*Popolo Veneto*» alla autodeterminazione¹²⁹, in esecuzione della risoluzione n. 44/2012 approvata con deliberazione consiliare n. 145 del 28 novembre 2012.

¹²⁷ Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 388.

¹²⁸ Cfr. A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'Aloia, Milano, 2003, VII e ss.

¹²⁹ Art. 3, comma 2, della l. reg. veneta n. 16/2014.

10. *Segue: indivisibilità della Repubblica e art. 80 della Costituzione*

Un'ultima argomentazione, posta a sostegno della legittimità del referendum consultivo regionale sull'indipendenza, era data dalla presunta violazione dell'art. 5 della Costituzione da parte del Trattato di Osimo del 10 novembre 1975, reso esecutivo con la legge ordinaria dello Stato 14 marzo 1977, n. 73. Secondo una parte della dottrina, quando il Parlamento italiano ha autorizzato la ratifica del Tratto tra l'Italia e la Repubblica socialista federale di Jugoslavia ha proceduto alla cessione di parti del territorio nazionale a uno Stato estero proprio in violazione della norma costituzionale sopra richiamata¹³⁰.

Ora, anche volendo aderire alla tesi sopra prospettata, che confonde il piano del principio di integrità territoriale dell'art. 5 Cost. il quale opera sul versante esclusivamente interno, con la possibilità per lo Stato di stipulare trattati internazionali che importano variazioni del territorio *ex art. 80 Cost.*, l'Accordo di Osimo non ha comportato alcuna modifica di tipo territoriale. Per comprenderne la ragione è opportuna e doverosa una breve premessa. Il Trattato di pace del 10 febbraio 1947, ratificato dall'Italia in virtù della legge di autorizzazione 02 agosto 1947, n. 811, non solo ha stabilito gli attuali confini del territorio italiano, con rinuncia a ogni diritto e titolo sui possedimenti territoriali in Africa¹³¹, ma ha anche previsto l'istituzione del c.d. *Territorio libero di Trieste* (sigla TLT), fissando le rispettive frontiere sia sul versante italiano, sia su quello jugoslavo. Ma il Territorio non è mai stato costituito, essendo rimasto diviso in due zone, A e B, la seconda delle quali è fin da subito ricaduta sotto l'amministrazione della Jugoslavia, mentre la prima, dopo essere stata amministrata dalle autorità militari del Regno Unito e degli Stati Uniti d'America, è passata all'Italia a seguito del *Memorandum d'intesa* firmato a Londra il 05 ottobre 1954. Se alcuni¹³² ritenevano che, non essendo mai sorto un Territorio libero di Trieste, l'Italia non avesse mai perso la propria sovranità, di contro la teoria predominante¹³³, pur considerando l'insussistenza di uno Stato definibile come Territorio Libero di Trieste, lo ha ritenuto assoggettato a un regime di occupazione militare senza essere nel frattempo soggetto ad alcuna sovranità statale. Un'occupazione la cui potestà era

¹³⁰ Cfr. A. FAVARO, *Parere*, cit. 6.

¹³¹ Art. 23 del Trattato di Pace.

¹³² Cfr. A.E. CAMMARATA, *All'Italia la sovranità su Trieste*, in *Foro.it*, IV, 1950. 1. L'autore, in particolare, sosteneva la non cessazione della sovranità italiana in ragione della mancata nomina del Governatore del TLT, quale condizione per l'effettiva costituzione del nuovo ente. A sostegno della tesi di Cammarata va ricordata Corte cass., sez. I, sentenza 09 ottobre 1953, n. 8288 in cui si afferma che «nella dinamica del Trattato (di Pace del 1947) la formazione del nuovo Stato (il Territorio Libero di Trieste) doveva funzionare come necessario presupposto – *conditio iuris* – della cessazione della sovranità italiana su Trieste». La tesi è stata recentemente sostenuta anche da L. AZZANO CANTARUTTI, *L'autodeterminazione*, cit.

¹³³ Cfr. M. UDINA, *Aspetti giuridici della questione di Trieste*, in *Rassegna giuliana*, 1955, 165.

limitata dagli obblighi, impliciti nel Trattato, di non appropriarsi del territorio e di non esercitare la potestà di governo nel senso di pregiudicare la futura sistemazione del territorio stesso. Sebbene l'Italia, l'ha lasciato intendere il giudice costituzionale nella sentenza 23 giugno 1964, n. 53, sentisse il problema del destino della zona B, di una parte cioè «di territorio nazionale sul quale intendeva conservare e riaffermare i suoi diritti»¹³⁴, quando il 01 gennaio 1948 la Costituzione repubblicana è entrata in vigore, essa ha tramutato o meglio «fotografato» gli elementi di fatto del fenomeno storico del territorio esistenti in quel momento, che non comprendevano ancora la zona A, in elementi della fattispecie giuridica¹³⁵. Il Trattato di Osimo del 1975 non è intervenuto ad alterare in senso riduttivo la configurazione territoriale italiana presupposta dalla Carta, ma semmai si è limitato a confermare sul piano formale una situazione oramai consolidata, fissando il confine tra i due Stati in coincidenza con la linea di demarcazione fra l'ex zona A, ritornata all'Italia dopo il *Memorandum* di Londra del 1954, e l'ex zona B¹³⁶. Anzi, si potrebbe sostenere che vi sia stato un incremento di territorio per l'Italia, dal momento che alla data di entrata in vigore della Costituzione repubblicana mancava ancora Trieste.

Premesso questo, a me pare che un conto sia il principio di integrità territoriale di cui all'art. 5 della Costituzione per il quale, come insegnava Esposito, è illegale «ogni attività che *entro* lo Stato tenda alla divisione della Repubblica italiana in due o più Stati, o alla separazione di una o più parti d'Italia dallo Stato»¹³⁷, un altro l'art. 80 della Carta che presuppone il contesto internazionale, riferendosi a quegli atti di natura pattizia volti a determinare una ridefinizione dei confini territoriali o anche del mare territoriale a seguito principalmente di una guerra (Trattati di pace) o di una conquista territoriale di altro tipo. Del resto, solo la guerra è fattore costitutore di nuove sovranità¹³⁸. Il fatto bellico, sia che prenda corpo fuori e lontano dai confini nazionali, sia che abbia luogo entro questi ultimi, «possiede potenzialmente una carica dirompente nei riguardi della struttura costitutiva dell'ordinamento, suscettibile di essere profondamente alterata, malgrado il fatto in parola trovi (e debba per Costituzione trovare) la propria giustificazione, la causa come il fine, nell'intento di preservare l'identità-integrità dell'ordinamento»¹³⁹. Questo non significa che lo Stato non possa concludere accordi con altri Stati che importino variazioni di territorio, ma si tratterebbe di

¹³⁴ Si veda il *cons. in dir.* di Corte cost. sent. n. 53/1964.

¹³⁵ In questo senso P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Territorio dello Stato*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992; F. CUOCOLO, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Milano, 2003, 71.

¹³⁶ Così L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1998, 113.

¹³⁷ Cfr. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 73.

¹³⁸ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 159-166.

¹³⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Le guerre, la teoria del potere costituente e il bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 4.

un fenomeno inquadrabile nella successione tra Stati che escluderebbe qualunque aspirazione indipendentista di Regioni o di altre parti del territorio italiano.

Abstract

Regional peoples, principle of self-determination and indivisibility of the Republic

by Daniele Trabucco

The paper analyze the relationship between the principle of self-determination of peoples and the Constitution in force and its regional repercussions law. In particular it seeks to show that the absolute nature of the principle of the indivisibility of the Republic precludes the entry, in our legal system, the principle of self-determination.

Authorities e contratto. Considerazioni sull'eteronomia regolamentare dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

di Ida Perna

SOMMARIO: 1. L'eteronomia regolamentare delle *Authorities* in materia contrattuale. – 2. La protezione dell'autonomia privata dall'eteronomia dei provvedimenti normativi dei Garanti. – 3. Regolazione, disciplina del contratto e *Authorities* nel “policentrismo normativo” tra integrazione delle previsioni di legge... – 3.1. ...e deroga alle prescrizioni del legislatore. – 4. Le ripercussioni sul contratto dei provvedimenti normativi delle Autorità indipendenti: la nullità della pattuizione difforme. – 4.1. segue: le nullità speciali dei contratti in contrasto con le norme delle Autorità di regolazione. – 4.2. segue: l'integrazione del contratto lacunoso attraverso le clausole determinate dai Garanti. – 5. L'incisione dell'autonomia contrattuale ad opera di AGCOM... – 5.1. ...in riferimento alle condizioni di contratto. – 5.2. ...attraverso la declaratoria di illegittimità delle clausole vessatorie. – 5.3. ... mediante la *regulation by litigation*.

1. *L'eteronomia regolamentare delle Authorities in materia contrattuale*

Le Autorità amministrative indipendenti e neutrali sono notoriamente titolari istituzionali di un “eccentrico crogiuolo di potestà pubblicistiche”¹, che si riflette nella “complementarietà” delle relative funzioni², tra le quali rientra quella

¹ M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 50. Com'è noto, la letteratura in tema di *Authorities* è alquanto vasta; imprescindibile, al riguardo, il riferimento a G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Tratt. Santaniello*, XLI, Padova, 2010. Si è efficacemente osservato che le Autorità amministrative indipendenti sono “enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal Governo, caratterizzati da autonomia organizzatoria, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi la funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti”: trattasi della definizione di G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 16. Sui caratteri dei Garanti, inoltre, cfr.: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1995, 1 ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 133 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996 e, specialmente, L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, ivi, A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 645 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto-Encicl. Giur.*, II, Milano, 2007, 255 ss.; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti (Agg.)*, in *Dig. Pubbl.*, I, Torino, 2008, 54 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

² Sulla complementarietà delle potestà di cui sono titolari le *Authorities* in prospettiva

di regolare i settori “sensibili” loro affidati, anche mediante la conformazione dell’autonomia privata: l’atto amministrativo espressivo della *potestas* conformativa, nonostante la eterogeneità delle sue manifestazioni, sta acquisendo la dignità di categoria giuridica autonoma³ e, al contempo, la convenzione privatistica si sta emancipando dalla sua dimensione intersoggettiva, per elevarsi a patto di interesse generale⁴. È stato invero osservato che “la giustizia delle Autorità indipendenti può dare vita a peculiari intrecci tra tutela individuale e regolazione. La segnata sovrapposizione di finalità differenti può, a sua volta, risolversi nell’osmosi tra fase giustiziale e fasi sanzionatoria o regolamentare, ovvero assumere le forme cangianti del *regolare giudicando*”⁵. Di ciò risulta emblematica la procedura contenziosa contemplata dall’art. 23 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche, mediante la quale l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (o, *breviter*, “AGCOM”), componendo liti fra operatori, persegue – anche e per *voluntas legis*⁶ – gli scopi della regolazione.

regolatoria risultano chiarificatrici le seguenti osservazioni (pur specificamente riferite alle autorità dei mercati finanziari) di G. ROMAGNOLI, *L’espansione della competenza sanzionatoria di Agem. Note sulla – dubbio – separazione delle prerogative di regolazione e sulla pretesa (sostanziale) marginalizzazione delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in *Giustamm.it*, 4/ 2016: “Come per le altre finalità anche l’azione a tutela della “parte debole” si sviluppa tramite l’esercizio di un’articolata serie di prerogative che comprendono un’ampia potestà normativa, una d’orientamento ed una conformativa ad incidenza puntuale, tutte “completate” da quella sanzionatoria. Interventi preventivi e successivi tra loro strettamente complementari; prima si regola, poi si dispone ed, infine, si interviene per ristabilire l’ordine violato, colpendo i trasgressori, dispiegando il potere punitivo che rappresenta il fattore “di chiusura” del sistema. Potestà questa che costituisce l’ultimo presidio di garanzia ed effettività delle altre prerogative conformative ampiamente intese, tramite cui, in vario modo, si definiscono o chiariscono le regole di comportamento”.

³ La riferita eterogeneità si apprezza a più livelli: sul piano strutturale, potendosi estrinsecare in atti individuali, plurimi o generali; su quello degli elementi del contratto incisi, identificabili, volta per volta, con ciascuno di quelli indicati dal codice civile come “essenziali” per il regolamento di interessi; per quanto riguarda la natura e i destinatari degli effetti giuridici sortiti e, “a monte”, per ciò che riguarda la norma (non sempre esplicita) attributiva del potere: così A. FERRARI ZUBINI, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, 2016, 3 e 6, ove l’Autrice dichiara espressamente che lo scopo perseguito dalla sua ricerca sugli atti amministrativi incidenti sull’autonomia negoziale è proprio “[...] quello di esplorare la possibilità di delineare una categoria di atti amministrativi, espressione di una potestà conformativa”.

⁴ Come meglio *infra* (cfr. il successivo paragrafo n. 4.1.), è opportuno qui evidenziare che oggi si tende a discorrere di nullità – ossia della sanzione di invalidità generalmente posta a presidio di interessi di natura superindividuale – con riferimento al contratto in contrasto con le prescrizioni normative dettate dalle *Authorities*: ciò evidenzia come gli aspetti pubblicistici nelle contrattazioni siano divenute a tal punto rilevanti da elevare le singole convenzioni a patti – per così dire – di interesse generale, posto che il contratto non è più considerato come “affare privato”, bensì viene plasmato dall’Autorità di regolazione allo scopo di conseguire obiettivi di tutela estranei alle parti o, in ogni caso, non perfettamente coincidenti con gli interessi individuali che abbiano indotto i paciscenti alla sua stipulazione; cfr. V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008.

⁵ S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, 216.

⁶ Significativamente, l’art. 23 suddetto, al terzo comma, stabilisce che “nella risoluzione

Emerge una rinnovata accezione delle relazioni tra pubblico e privato, centrali per la ricostruzione dell'assiologia connotativa di un ordinamento giuridico⁷ e della dinamica diade autorità-libertà⁸: in disparte la (oramai) acclarata legittimità del condizionamento dell'esercizio dell'autonomia privata da parte di soggetti pubblici che sono e rimangono tali⁹, quantunque

delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'art. 13^o (rubricato "Obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione"), che obbliga il Garante ad adottare – nell'ambito delle proprie competenze – "tutte le misure ragionevoli e proporzionate intese a conseguire gli obiettivi generali di cui all'art. 4^o" (intitolato "Obiettivi generali della disciplina dei servizi e delle reti di comunicazione elettronica"), il cui primo comma puntualizza che la disciplina recata dal codice mira ad assicurare i diritti costituzionalmente tutelati di libertà di comunicazione, segretezza delle comunicazioni e libertà di iniziativa economica e suo esercizio in regime di concorrenza. In altri termini, gli scopi che, per volontà del legislatore, l'Autorità deve perseguire quando risolve liti fra operatori di comunicazione coincidono con quelli che deve conseguire nella sua veste di Regolatore; cfr. P. MESSANA, I. POLITO, *La risoluzione alternativa delle controversie tra imprese* (Art. 23), in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. ed econ. dei mezzi di comunicaz.*, II, 2/2014, 295.

⁷ "L'evoluzione dei rapporti fra pubblico e privato [è sempre] stata l'indice più significativo dell'evoluzione degli ordinamenti, essendo collocata nella cerniera tra 'Stato' e 'Società', in modo che gli allargamenti dell'una o dell'altra sfera hanno l'immediato effetto di spostare (e complicare rispetto ai parametri precedenti) la linea di confine": così, testualmente, G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottant'anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, 223.

⁸ D'altronde, è stato autorevolmente osservato che "[...] non può negarsi che il problema dell'autonomia privata (di cui l'autonomia contrattuale è espressione) finisce per confondersi, al livello di diritto civile, con il più generale problema dei rapporti tra Stato e cittadini, della dialettica autorità-libertà: esso è, in sostanza, un problema sociale e politico prima ancora che giuridico": così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 776.

⁹ La giurisprudenza ha precisato che la ricordata legittimità si fonda sulla sussistenza di prescrizioni legislative che attribuiscono il potere normativo ad alcune *Authorities*, come l'art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, intitolata "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità" (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. III, ord. 22 luglio 2011, n. 16141, in *Il civilista*, 10/2011, 20, Cons. St. Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 183 e Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010, in *Contratti* 8-9/2010, 761). Parte della dottrina ha approcciato la questione dell'integrazione automatica di provvedimenti autoritativi in atti di autonomia negoziale in chiave assiologica e non meramente formalistica: la base legittimante la normatività dei provvedimenti adottati dai Garanti e la loro idoneità a costituire fonti di integrazione del contratto si rinverrebbe (non in un addentellato normativo specifico, ma) nei principi e nei valori precettivi della Costituzione (A. MUSTO, *Somministrazione di energia elettrica e potere regolamentare dell'AEEG. Commento a Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010*, in *Contratti*, 8-9/2010, 766 ss.). Altra impostazione non ravvisa la vigenza nell'ordinamento di disposizioni che espressamente attribuiscono alle *Authorities* il potere di regolamentare la materia contrattuale, che, tuttavia, considera "implicito" nelle attribuzioni proprie delle stesse Autorità: mentre con riferimento all'intervento pubblico in economia di tipo tradizionale la Costituzione prevede la riserva di legge, analoga garanzia non sarebbe necessaria per il caso della regolazione, quale forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di uguaglianza, salvaguardata dalla normativa comunitaria; in tale ambito, si aggiunge, le *Authorities* non eserciterebbero una frazione della sovranità come l'esecutivo tradizionale, bensì svolgerebbero

presentino un'eccezionale connotazione fisionomica¹⁰, traspare la possibile (e auspicabile) convivenza tra diritto privato e diritto amministrativo nella regolazione di settori "sensibili", onde salvaguardare la concorrenzialità dei mercati e le posizioni soggettive degli utenti. Siffatta convivenza, tuttavia, non deve disperdere il senso e lo scopo della liberalizzazione¹¹, che si pone alla base dell'istituzione dei Garanti e si fonda sull'idea che la concorrenza in sé sia idonea a realizzare in modo ottimale gli interessi superindividuali collegati alla fruizione dei servizi di pubblica utilità, tra cui si situano anche quelli inerenti al comparto delle comunicazioni¹²; la delicatezza e, insieme, la rilevanza del ruolo delle Autorità indipendenti sta anche nel difficile (ma non impossibile) temperamento fra le istanze della regolazione e quelle del libero esercizio dell'autonomia privata, dimodoché la concorrenza sia "vigilata, certo, da garanti e arbitri, che stabiliscono le regole del gioco *a priori* e fischiano se qualcuno le infrange, ma che interrompono il gioco il meno possibile, quando è davvero necessario e non vi siano alternative praticabili; intervenendo sempre con prudenza e adottando gli strumenti e le misure meno invasive, secondo il principio di proporzionalità"¹³.

una funzione sostitutiva di atti negoziali allo scopo di ristabilire il contraddittorio concorrenziale: cfr. V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *astrid-online.it*, n. 19/2009; F. MERUSI, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 48; F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il gas*, in *Dir. Econ.*, 2007, 631-656.

¹⁰ "Quanto alla natura giuridica delle Autorità, data per scontata la matrice pubblicistica delle stesse, le perplessità si sono concentrate sul plesso costituzionale di appartenenza. Ci si è chiesti se le *Authorities* siano da ricondurre nell'alveo della Pubblica Amministrazione o se, invece, siano da assimilare – in considerazione della loro spiccata indipendenza strutturale e della natura neutrale delle funzioni loro assegnate – al potere giudiziario": così R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 348.

¹¹ "Liberalizzare – ma con intensità e livelli diversificati in ragione dei settori incisi – è l'obiettivo dichiarato di una produzione normativa ultraventennale orientata a ridimensionare il ruolo dell'amministrazione e dei suoi poteri di disciplina, conformazione e controllo delle attività economiche, ma anche, in definitiva, a ridisegnare la fisionomia stessa dell'azione amministrativa – e delle regole che ne definiscono la latitudine – in coerenza con il rovesciamento dei paradigmi tradizionali e con una visione caratterizzata dalla prevalenza della dimensione della libertà individuale piuttosto che del potere pubblico": così F. LIGUORI, C. ACOCELLA, *Presentazione*, in *ID.* (a cura di), *Liberalizzazioni – Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 9. Più in generale sul tema cfr. F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000 e G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, nonché F. LIGUORI, *La lunga strada storta: dalla autorizzazioni amministrative alla nuova S.C.I.A.*, in *ID.*, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2016, in corso di pubblicazione.

¹² D'altronde, nell'istituire le Autorità di regolazione dei "servizi di pubblica utilità" la legge 14 novembre 1995, n. 481, ricomprende fra queste altresì quella competente "per le telecomunicazioni" (art. 2, c. 1).

¹³ V. MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni). Prime riflessioni*, in *Dir. comm. internaz.*, 2/2007, 325 ss..

Seguendo l'indicata opzione esegetica, nonché assicurando le guarentigie partecipative e giurisdizionali spettanti ai privati destinatari della *regulation* esercitata dai Garanti¹⁴, la libertà – che si traduce in regolamenti di interessi – può (ri) conquistare spazi di espressione, non a discapito dell'intervento autoritativo, bensì in consonanza con esso: l'interferenza in senso restrittivo con l'autonomia riconosciuta ai consociati si palesa come un'*extrema ratio* e l'eterno dubbio fra mercato e regolazione pare superabile a favore di una *giusta* regolazione.

Anche la distinzione fra regolazione e tutela della concorrenza – alla cui stregua la prima sarebbe talmente limitativa della seconda in guisa da riflettere la tradizionale contrapposizione tra autorità e libertà – tende a dissolversi, “lasci[ando] spazio all'attribuzione al medesimo organismo di funzioni di regolamentazione e di promozione della concorrenza, finalità di garanzia e finalità più propriamente politiche, che si esprimono attraverso atti di contenuto precettivo”¹⁵: in particolare, l'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti e l'esercizio delle loro originali prerogative rendono chiare le finalità della moderna regolazione, ossia la garanzia della competitività del mercato e il perseguimento di obiettivi sociali di sviluppo equo ed equilibrato, di coesione e di redistribuzione, che, giuridicamente, postulano un rinnovato assetto delle istituzioni e una nuova tipologia di norme.

Per il tramite dell'attività regolativa delle *Authorities* – volendo attingere ad una suggestione di hegeliana memoria – contratto e regolazione, nei quali si riflettono libertà e autorità, mutano la loro relazione tradizionalmente antitetica, potendo per contro divenire oggetto di sintesi e così risolvere la loro tralozia opposizione in unità¹⁶.

¹⁴ Sulle quali meglio *infra*.

¹⁵ Così, perspicuamente, C. ACOCELLA, *Le scelte di politica economica e gli interventi a tutela della concorrenza*, in *www.luiss.it*. Più in generale, quanto ai rapporti tra regolazione e concorrenza, è indispensabile il rimando a G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; A. LALLI, *Concorrenza e regolazione*, in A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 303 ss. In proposito, valga rammentare l'orientamento della giurisprudenza costituzionale che sottolinea la necessità di accogliere un'accezione dinamica di “tutela della concorrenza”, consonante con “quella operante in ambito comunitario”, la quale giustifica “misure pubbliche volte a ridurre gli squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”, non limitandosi a giustificare, in senso statico, esclusivamente “interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto” (così Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 14; seguita, dalle sentenze dello stesso segno n. 272 del 2004; n. 29 del 2006; n. 401, n. 430 e n. 431 del 2007; n. 160 del 2009; n. 45 e n. 270 del 2010; n. 150 del 2011; n. 200 e n. 299 del 2012; n. 125 del 2014).

¹⁶ L'odierna dialettica fra l'azione regolatoria delle *Authorities* e l'attività privatistica si pone all'interno di quello che è stato efficacemente definito un “evidente [...] rapporto circolare che si determina, già sul piano semantico e poi normativo, tra il contratto, l'iniziativa economica, il mercato, la concorrenza”: così A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma, 2008, 3.

2. *La protezione dell'autonomia privata dall'eteronomia dei provvedimenti normativi dei Garanti*

Il riconoscimento della *potestas* normativa in capo ai Garanti, altresì per quanto concerne la materia contrattuale¹⁷, implica un notevole e significativo ampliamento delle maglie dell'eteronomia, al cui cospetto si stagliano, conseguentemente, preminenti esigenze di salvaguardia dell'autonomia privata; la tendenza propria di talune determinazioni normative delle *Authorities* a riflettersi sulla disciplina dei negozi giuridici deriva, del resto, dalla connotazione del contratto quale elemento ontologico del mercato e, al contempo, dipendente dall'esistenza del mercato stesso, ossia dalla "interdipendenza funzionale" fra siffatti elementi, tale per cui le vicende dell'uno sono suscettive di tradursi nelle vicende dell'altro¹⁸.

Il rango costituzionale ricoperto – seppur indirettamente – dalla libertà contrattuale¹⁹, rinvigorisce detta necessità di assicurare protezione al potere di autoregolamentazione dei propri interessi spettante ai consociati.

¹⁷ Il citato riconoscimento deriva, talvolta, da previsioni di legge: così è per il Garante delle Comunicazioni, subentrato, ai sensi dell'art. 1, c. 22, della legge 31 luglio 1997, n. 249 ("Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo"), nelle competenze del Garante per l'Editoria e, dunque, nei corrispondenti (e già notevoli) poteri regolamentari (G. DE MINICO, *I poteri normativi del Garante per la radiodiffusione e l'editoria*, in *Pol. dir.*, 3/1995, 511 ss.); ad ulteriore fondamento della citata *potestas* normativa in titolarità di AGCOM e delle altre Autorità regolatrici dei servizi di pubblica utilità si possono richiamare le prescrizioni contenute nella ricordata legge 14 novembre 1995, n. 481, in particolare quelle di cui al relativo art. 2, c. 12, lett. h) e c. 37. Non si devono obliterare gli orientamenti già citati che desumono il riferito potere direttamente da previsioni costituzionali ovvero "implicito" nelle attribuzioni proprie delle *Authorities*.

¹⁸ Cfr. C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2015, 95.

¹⁹ La nostra Carta fondamentale, all'art. 41, salvaguarda espressamente soltanto la libera "iniziativa economica" (sulla quale v. F. LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2011, 445 ss.), non anche il potere di autonormazione spettante ai privati: allo scopo di conferire fondamento costituzionale al citato potere si è reso necessario estendere, sul piano interpretativo, la portata del menzionato precetto anche all'autonomia privata, sino a intendere quest'ultima come potere di autoregolamentazione dei propri interessi, implicitamente riconosciuto dalla Costituzione. Siffatta esegesi si ritrova, significativamente, in talune pronunce della Consulta: cfr. Corte Cost., 28 marzo 1968, n. 16, in *Giur. Cost.*, 1968; Corte Cost., 6 marzo 1974, n. 53, in *www.cortecostituzionale.it*. V'è pure Chi ha ritenuto di rintracciare il rango costituzionale dell'autonomia privata, oltre che nell'art. 41 Cost., nelle norme previste dalla Carta a tutela della proprietà privata e recate dall'art. 42, cosicché l'intervento pubblico in materia di libertà negoziale sarebbe sottoposto non solo al vincolo derivante dalla riserva di legge, ma anche a quello consistente nel doveroso perseguimento di un'utilità sociale: cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 45 ss.. Su di un piano differente si ritrova un'impostazione incline a fondare l'autonomia negoziale sulla norma contenuta nell'art. 2 Cost., in quanto ritenuta strumento di esplicazione della personalità del singolo: cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 30.

Allo scopo succitato, oltre alla doverosa verifica del rispetto del principio di legalità o, *melius*, del principio di riserva di legge, contemplato a presidio dell'autonomia privata²⁰, si rende indefettibile il controllo sull'osservanza delle regole formali e sostanziali che disciplinano l'esercizio del potere menzionato, tenendo in adeguata considerazione la riferita unità della funzione regolatoria: fra le prime si situano quelle intese ad assicurare dinanzi ai Garanti lo svolgimento di procedimenti amministrativi "partecipati" dagli interessati, anche mediante l'osservanza del principio del contraddittorio²¹, la garanzia di forme di consultazione preventiva²² e l'adempimento di peculiari obblighi motivazionali²³; sotto

²⁰ Ad esempio, con riguardo all'introduzione ad opera dell'Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico (o, *breuiter*, "AEEGSI") del sistema indennitario a beneficio del fornitore uscente onde fronteggiare il fenomeno della morosità e il conseguente *switch* opportunistico da parte degli utenti, la Terza Sezione del T.A.R. Lombardia (con sentenza 14 marzo 2013, n. 683, in *Giornale dir. amm.*, 2/2014, 169 ss.) ha chiaramente ritenuto che siffatti provvedimenti, incidendo sull'autonomia negoziale, necessitano di un'adeguata base legislativa: "La circostanza che regole, persino restrittive della libertà contrattuale, scaturiscono da atti di autorità amministrative solleva il dubbio se tali fonti subprimarie possano disciplinare un campo costituzionalmente riservato alla competenza esclusiva delle leggi o degli atti aventi forza di legge, come deve ritenersi in adesione della teoria della tutela costituzionale indiretta del contratto e della libertà contrattuale"; in siffatta prospettiva, il Collegio ha constatato la mancanza di una norma di legge che assegni alla competenza dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (e il Sistema Idrico) il potere di incidere sull'assetto contrattuale, secondo il T.A.R. non potendo rilevare a tal fine neanche quanto disposto dall'art. 2, dodicesimo comma, lett. h), della legge 14 novembre 1995, n. 481. Invero, il Tribunale Amministrativo della Regione Lombardia considera preclusa alla via amministrativa la possibilità di modificare la volontà negoziale dei contraenti, salvo che tale potere non discenda da un atto legislativo, e ciò in quanto gli artt. 1372 e 1374 cod. civ., nel sancire la "forza" dispiegata dal contratto e la possibilità di una sua integrazione dal punto di vista contenutistico, si riferiscono testualmente alla "legge"; i Giudici meneghini, infatti, allo scopo di conferire massima tutela all'autonomia contrattuale, statuiscono che "essendo il potere di autoregolamentazione attribuito dalla legge, la conformazione amministrativa del contratto richiede(rebbe) un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti". Del resto, nell'ottica del T.A.R. Milano, è impossibile giuridicamente che fonti secondarie – che agirebbero come regolamenti indipendenti – determinino le sanzioni conseguenti alla violazione e/o mancanza di conformità del contratto. Difatti, alla stregua di tale prospettazione – che aderisce ad una concezione sostanziale della legalità – il potere regolatorio spettante alle *Authorities* e incidente sulle pattuizioni dei privati non può fondarsi sul perseguimento di un generale scopo di tutela del mercato, non potendosi riscontrare in capo alle Autorità la titolarità di poteri impliciti; cfr., sul punto, M. IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'Aegg, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*, in *Giornale dir. amm.*, 2/2014, 175.

²¹ Cfr., *ex multis*, F. GAMBARDILLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm.-CDS*, 11/2006, 3152 e M. CLARICH, L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2/2013, 358 ss..

²² I suddetti meccanismi di consultazione preventiva sono congegnati secondo il modello del *notice and comment*: l'Autorità comunica ai soggetti interessati il progetto di atto, consentendo loro di far pervenire eventuali osservazioni. Così, emblematicamente, è stabilito dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nel regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recato dalla delibera n. 453/03/CONS e reperibile in www.agcom.it.

²³ Alcuni cardini del procedimento amministrativo, di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241,

l'aspetto sostanziale, l'Autorità di regolazione non può esimersi dall'osservare lo statuto legislativo dell'autonomia privata introducendo precetti difformi da quelli legali per un preteso migliore soddisfacimento delle finalità regolative: in tal senso, si spiegano quelle coordinate ermeneutiche che ammettono soltanto a date condizioni – predeterminate dalla legge medesima, quand'anche attraverso prescrizioni generali – la deroga a previsioni di rango primario ad opera delle disposizioni normative adottate dai Regolatori.

Di talché e come preannunciato, il principio dell'autonomia privata dimostra una rinnovata precettività, posto che la serie di norme legislative che lo tutelano non solo presidia la sua libera esplicazione da parte dei consociati, ma segna anche i limiti entro i quali i Garanti possono porre regole giuridiche volte a disciplinare le contrattazioni in cui esita l'esercizio del potere di autonormazione nella disponibilità dei privati.

Del resto, l'osservanza del principio di riserva di legge, alla base del conferimento della delega del potere di normazione in favore delle *Authorities* mediante disposizioni legislative, ma anche l'esercizio del citato potere in ossequio ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, nonché nel rispetto delle regole procedurali previste a tutela dei destinatari della regolazione, corroborano la legittimazione costituzionale di siffatti Garanti²⁴ e costituiscono i parametri di

hanno ricevuto una disciplina più avanzata dinanzi ai Garanti mediante la previsione normativa di garanzie procedurali “rinforzate”, nonché attraverso l'elaborazione pretoria della giurisprudenza amministrativa: si richiama, al riguardo, quanto statuito dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 2 marzo 2010, n. 1215, secondo cui la legge 7 agosto 1990, n. 241, reca la disciplina generale del procedimento amministrativo, in quanto identifica i principi fondamentali che la normazione successiva, primaria o secondaria, deve ossequiare; quale commento alla citata decisione si segnala quello di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, *Commento a Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215*, in *Giornale dir. amm.*, 9/2010, 947 ss. Cfr., ancora, M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti in memoria di Vincenzo Caianiello*, Roma, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ In particolare, il riferito rinvigorismento delle garanzie procedurali ha contribuito al superamento dei dubbi che hanno attanagliato gli esegeti in relazione alla conciliabilità con le previsioni costituzionali di siffatte *Authorities* e ha quindi consentito di focalizzare le condizioni che – per converso – sono necessarie per “validare” il fenomeno, sicché al deficit di legittimazione formale supplisce una legittimazione sostanziale “mista”: in parte soggettiva, fondata sulla qualità e sulla struttura dell'organo come garanzia della correttezza delle decisioni assunte; in parte oggettiva, fondata sul contenuto delle decisioni capaci di perseguire in modo tecnicamente affidabile gli interessi tutelati: cfr. F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it. È stato pure sottolineato che “Le autorità, quale strumento di regolazione, di livello sostanzialmente primario e, al contempo, di controllo sanzionatorio, «libero» dal circuito fiduciario rappresentativo per garantire neutralità della relativa azione, devono necessariamente avere un fondamento e ancoraggio costituzionale. Certo, tale ancoraggio è ravvisabile, sia pure non senza difficoltà ed aporie, già nell'attuale quadro costituzionale; meglio potrebbe risultare in modo diretto in

rilievo per l'esercizio del controllo giurisdizionale sulla correttezza della funzione regolatoria espletata²⁵.

Invero, la garanzia del sindacato giurisdizionale sulla normativa sul contratto posta dal Garante rappresenta un'ulteriore guarentigia preposta dall'ordinamento a protezione dell'autonomia riconosciuta ai consociati²⁶, nonché contribuisce a legittimare l'esercizio dei poteri anche regolatori ad opera delle Autorità indipendenti e neutrali²⁷. Anzi, valga qui rimarcare la constatazione di autorevole

un'ipotesi di puntuale e circoscritta revisione della Carta fondamentale. A Costituzione vigente, è possibile ribadire, sul piano della legittimazione, come lo stesso principio democratico richieda che la non facile garanzia di certi interessi costituzionalmente rilevanti siano indipendenti proprio dalle determinazioni del circuito politico rappresentativo": così A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in Id. (a cura di), *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1-2-/2015, 9 e 10.

²⁵ Onde scongiurare inaccettabili vuoti di tutela, si è provveduto all'introduzione legislativa di garanzie procedurali "rafforzate", dimodoché il controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione, da un lato, verifichi il rispetto delle menzionate garanzie – quasi trasponendo nell'ambito di un'attività sostanzialmente normativa principi che, tradizionalmente, alla stessa non si attagliano, quali quello del giusto procedimento e del contraddittorio –, dall'altro, sul piano sostanziale si appunti soprattutto sullo scrutinio del vizio di eccesso di potere, erto a strumento privilegiato di valutazione del rispetto da parte dei Regolatori dei principi della coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità e adeguatezza della regola imposta agli operatori di settore: cfr. R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al convegno *Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati* svoltosi presso il Consiglio di Stato il 28 febbraio 2013, reperibile in www.jusforyou.it, ove l'Autore chiarisce come "l'assenza di parametri rigidi volti a delimitare gli spazi di intervento del regolatore ha certamente determinato un ridimensionamento del vizio di violazione di legge, a fronte però di una crescente valorizzazione dell'eccesso di potere". Sul tema cfr., ancora, L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), op. cit., 393 ss.

²⁶ Di recente, con riferimento a provvedimenti regolatori dell'AEEGSI dotati di capacità eterointegrativa di contratti già stipulati, lo stesso T.A.R. Lombardia ha ribadito la mancanza di dubbi in ordine alla "possibilità per gli operatori di impugnare innanzi al giudice amministrativo gli atti regolatori dell'Autorità che siano destinati a incidere sui contratti tra di essi intercorrenti, ponendosi quali ulteriori fonti di disciplina del rapporto negoziale": così T.A.R. Lombardia, 17 giugno 2016, n. 1221.

²⁷ Cfr. il contributo di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Funzione di regolazione e indipendenza del soggetto regolatore*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), op. cit., 369 ss.. In sede giurisprudenziale è stato precisato che "L'esigenza che questo pubblico potere, da taluni definito anche "atipico" o "acefalo", sia ricondotto e sottostia, come ogni altro, ad un principio di legalità sostanziale, non trovando esso copertura costituzionale e suscitando, quindi non poche riserve in ordine al fondamento della sua legalità formale, impone al giudice amministrativo di assicurare che la legittimazione di tale potere rinvenga la sua fonte, al di là delle garanzie partecipative che agli operatori del settore sono attribuite, a livello procedimentale, nella fase della consultazione, proprio o almeno nella corretta e coerente applicazione delle regole che informano la materia sulla quale incide. La correttezza, la coerenza, l'armonia delle regole in concreto utilizzate, il loro impiego

dottrina secondo cui fra i tratti caratteristici del sindacato giurisdizionale sugli atti regolatori e, in specie, su quelli adottati dal decisore AGCOM, si ritrovano la sua indispensabile funzione di garanzia, la sua capacità di rendere il giudice amministrativo giudice “dell’interesse pubblico nell’economia”, la sua elevazione a “faro idoneo ad illuminare il cammino che le autorità devono compiere nell’esercizio delle loro funzioni”²⁸.

da parte della Autorità *in xta propria principia*, secondo, quindi, un’intrinseca razionalità, pur sul presupposto e nel contesto di scelte ampiamente discrezionali, garantiscono e, insieme, comprovano che quel settore dell’ordinamento non sia sottoposto all’esercizio di un potere “errante” e sconfinante nell’abuso o nell’arbitrio, con conseguenti squilibri, disparità di trattamento, ingiustizie sostanziali, anche e soprattutto nell’applicazione di principi o concetti che, proprio in quanto indeterminati ed elastici, in gran parte reggono, per la loro duttilità, ma condizionano fortemente, per la loro complessità, vasti e rilevanti settori sociali”: così Cons. St., Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856, in *Foro amm.-CDS* 4/2013, 899. A questo punto non è ultroneo rammentare che “Neutralità e indipendenza sono le due caratteristiche principali delle Autorità amministrative indipendenti. Neutralità come indifferenza rispetto agli interessi in gioco; indipendenza intesa come comportamento senza discriminazioni arbitrarie nei confronti di tutti i soggetti dell’azione amministrativa. L’indipendenza deve essere nei confronti della politica così come delle imprese”; così T. E. FROSINI, *Attribuzioni delle Autorità e fondamento costituzionale*, in AA.VV., *Tutele dei diritti e “sistema” ordinamentale*, *Atti del 6° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, Napoli, 2012, 339 ss..

²⁸ A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso dell’AGCOM*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2016, 123. Non può comunque obliterarsi l’insegnamento della giurisprudenza – ribadito di recente proprio con riguardo alle determinazioni dell’*Authority* per le Comunicazioni – alla stregua del quale il sindacato giurisdizionale sugli atti dei Garanti risulta connotato da “debolezza”: la dottrina, sul punto, pur conscia delle difficoltà pratiche collegate all’esigenza interpretativa di distinguere valutazioni tecniche “semplici”, “complesse” e questioni “opinabili”, in quanto poste su di un confine caratterizzato da oggettiva e inevitabile labilità (F. LIGUORI, *Il sindacato “debole” sulle valutazioni riservate delle autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 6/2003, 604 ss.), ha chiarito che “il giudice si attiene... alla valutazione operata dall’Autorità, salvo che non risulti smentita sul piano logico-giuridico, e non si spinge fino al punto di verificare direttamente “in positivo”, se essa sia stata ben svolta sotto il profilo tecnico-scientifico” (ID., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, 151); la giurisprudenza, dal canto suo, ha precisato che “nei settori affidati a dette Autorità tale sindacato incontra una delimitazione almeno in parte diversa, tenuto conto della specifica competenza, della posizione di indipendenza e dei poteri esclusivi, spettanti alle Autorità stesse, le cui valutazioni trovano come parametri di riferimento non soltanto regole scientifiche esatte e non opinabili, ma anche valutazioni di natura prognostica, a carattere economico, sociologico, o comunque non ripercorribile in base a dati univoci (cfr. in tal senso, per il principio, Cons. St., sez. VI, nn. 2199/2002, 5156/2002, 926/2004, 6152/2005; Cons. St., sez. III, 25.3.2013, n. 1645). Circa i limiti del giudizio in questione, la giurisprudenza è concorde nel riconoscere quelli riconducibili ai noti profili sintomatici dell’eccesso di potere, che circoscrivono la sindacabilità degli atti discrezionali (cfr. in tal senso Cass. civ. SS.UU., 29.4.2005, n. 8882; Cons. St., sez. VI, 21.9.2007, n. 4888, 10.5.2007, n. 2244 e 1.10.2002, n. 5105); quanto sopra, tuttavia, senza l’ausilio delle regole tecniche e delle competenze

Tuttavia, la rammentata necessità di apprestare adeguata salvaguardia all'autonomia privata a fronte delle "incurSIONI" regolatorie operate dai Garanti schiude, altresì, itinerari speculativi di segno opposto a quello appena tracciato.

Invero, l'intervento dell'*Authority*, apparentemente (più o meno) limitante l'autonomia contrattuale riconosciuta ai privati, può prestarsi a letture diverse: è stato notato che, in taluni settori, l'eteroregolazione rinveniente dalla normativa posta dalle Autorità indipendenti (non restringe, bensì) addirittura ritempra l'autonomia contrattuale sostanziale; in tal senso rileva, esemplificativamente, il potere tipizzante assegnato alla Banca d'Italia dall'art. 117, c. 8, del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia o "TUB")²⁹, poiché "[...] ha incentivato il riemergere di un'autonomia contrattuale su base associativa (associazioni maggiormente rappresentative dei consumatori e degli utenti), ed un discorso analogo, in termini cioè di impulso alla negoziazione associativa, può farsi rispetto al settore dei servizi di pubblica utilità"³⁰, quali quelli afferenti alle telecomunicazioni.

I provvedimenti normativi adottati dai Regolatori divengono così catalizzatori della esplicazione della libertà contrattuale a livello collettivo, evocando forme di "neocorporativismo"³¹, coincidenti proprio con la partecipazione dell'associazionismo alla funzione di normazione e, per tal via, alla eteroregolazione del contratto.

3. *Regolazione, disciplina del contratto e Authorities nel "poli-centrismo normativo" tra integrazione delle previsioni di legge...*

La complessa regolazione delle attività private da parte dei Garanti finisce quindi con l'estendere la panoplia degli strumenti di tutela che il diritto privato offre a presidio di interessi generali; tuttavia, contestualmente al suo inverarsi, pone

scientifiche, che rientrano nel bagaglio di conoscenze specialistiche, proprie di ciascuna Autorità, il cui apprezzamento di merito al riguardo resta in buona parte insindacabile (cfr., per il principio, Cons. St., sez. VI, nn. 2199/2002, 5156/2002, 926/2004, 6152/2005; Cons. St., sez. III, n. 1645/2013): così T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 20 settembre 2016, n. 9847, in *Redaz. Giuffrè amministrativo* 2016.

²⁹ Secondo la menzionata disposizione: "La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia". Per vero, risulta controverso in dottrina se la previsione di cui al citato art. 117, ottavo comma, del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, conferisca alla Banca d'Italia un potere di tipizzazione ovvero di mera connotazione: cfr. G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in G. GITTI (a cura di), *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 97 ss..

³⁰ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo (seconda edizione)*, Torino, 2015, 152

³¹ G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, cit., 107.

questioni ermeneutiche rilevanti. Tra queste si situa non solo il problema della conciliabilità di tale prassi con la riserva di legge sancita dall'art. 41 della nostra Carta fondamentale³², bensì anche quella correlata alla ricostruzione della natura giuridica da riconoscere agli atti regolativi adottati dai Garanti³³.

Per vero, il menzionato fenomeno regolativo concorre al “policentrismo normativo” che, attualmente, contraddistingue il nostro sistema di produzione delle norme³⁴, contribuendo a rendere il diritto dei contratti sempre meno di matrice legislativa, all'uopo attingendosi, in misura sempre crescente, alla “Società” e a regolazioni settoriali poste da particolari Autorità.

³² Come anticipato, il quesito sulla conciliabilità di siffatta riserva con provvedimenti di rango non legislativo, adottati dai Garanti, è stato risolto positivamente poiché la regolazione del mercato non si presenta necessariamente nella forma della norma generale e astratta, ma la fonte normativa è scelta in ragione della sua effettiva idoneità a produrre un effetto ‘sostitutivo’ dell'autonomia privata nel mercato, sicché è all'uopo possibile attingere al potere regolamentare particolare e alla normazione amministrativa prodotta dalle autorità indipendenti (cfr. A. ZOPPINI, op. cit., *passim*).

³³ Gli atti di regolazione delle *Authorities* sfuggono al rigoroso rispetto del criterio gerarchico che informa, tradizionalmente, le relazioni fra le fonti di produzione del diritto; piuttosto, infatti, “appare ragionevole la tesi che esclude l'applicabilità dell'art. 4, secondo comma, delle preleggi ai rapporti fra regolamenti delle autorità indipendenti e regolamenti governativi, nel senso della subordinazione gerarchica dei primi ai secondi, ponendosi piuttosto questi ultimi, rispetto alle altre fonti secondarie, in un rapporto tendenzialmente basato sul criterio di competenza”: così G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012, 328. Gli interpreti hanno quindi incontrato difficoltà nella qualificazione degli atti normativi emanati dai Garanti; attingendo ai riferimenti puntualmente riportati da C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. e Impr.*, 6/2010, può così schematizzarsi: un'impostazione vi ha identificato fonti di rango primario o – secondo altra simile prospettazione – “sub-primario”; altra ricostruzione, invece, vi ha individuato fonti *extra ordinem*, come tali legittimate dal fatto di essersi imposte fuori dal sistema come atti di produzione della normativa dei mercati; l'orientamento più diffuso, per contro, vi rintraccia fonti di rango secondario, che, proprio in quanto tali, possono sottoporsi al controllo giurisdizionale ed essere annullati quando contrastanti col sistema gerarchico delle fonti.

³⁴ Garanzie procedurali “rafforzate” e sindacato giurisdizionale indefettibile corroborano la legittimazione democratica delle *Authorities* per opinione diffusa e consolidata, atteso che “[...] la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter superare il deficit di legalità sostanziale e di legittimazione democratica valorizzando gli aspetti relativi alla cosiddetta legalità procedimentale e potenziando il sindacato sull'eccesso di potere”: così R. GIOVAGNOLI, op. cit.; per altro verso, il riconosciuto – siccome oramai diffuso – “policentrismo normativo” contribuisce, in particolare, a legittimare i Garanti all'esercizio del potere regolamentare: secondo la giurisprudenza amministrativa il citato policentrismo connota il nostro sistema delle fonti di produzione del diritto, sicché in aggiunta alla competenza legislativa assegnata agli organi parlamentari, è tutt'altro che infrequente l'attribuzione della *potestas* normativa a soggetti privi di rappresentatività popolare; pertanto, “la configurazione in certi casi di una maggiore discrezionalità delle autorità indipendenti anche nell'esercizio delle loro funzioni normative risulta coerente col loro ruolo, che non è solo quello di eseguire e dare attuazione, ma regolare e quindi anche regolamentare – in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza anche e soprattutto sulla base del dato dell'esperienza, della prassi – l'azione di quanti vi operano” (Cons. St., Sez. Cons., parere 25 febbraio 2005, n. 11603/2004).

D'altronde, il tema del fondamento normativo del potere regolamentare delle *Authorities* si pone nel contesto del più generale fenomeno della crisi della legge³⁵ e della diffusa disillusione verso la politica³⁶, ciò che ha contribuito ad accrescere la rilevanza del ruolo riconosciuto ai Garanti, cui viene devoluta la regolazione di settori caratterizzati da un elevato tecnicismo e, dunque, necessitanti di una disciplina priva di connotazioni ideologiche³⁷.

In tal modo le fonti del diritto si moltiplicano e si complicano³⁸, arricchendosi di discipline peculiari, le quali non sembrano imporsi *ab externo* ai consociati, piuttosto giustificandosi allo scopo di soddisfare le diffuse e rinnovate esigenze di normazione rapida e specialistica: per tal via, la libertà pare recuperare rilevanti margini di esplicazione rispetto all'imposizione autoritativa di modelli comportamentali. In altri termini, la "Società" – allo stesso tempo – è destinataria ed è fondamento legittimante la regolazione dei mercati da parte di fonti non legislative. Quest'opzione, peraltro, riduce – se non elide – il paradosso ingenerato dalle liberalizzazioni e dalla susseguente istituzione delle *Authorities*, ravvisabile – secondo taluni³⁹ – nella circostanza per cui lo Stato liberale, da un lato, si apre al mercato, incentivando l'espressione del libero scambio (*recte*, dell'autonomia privata), mentre, dall'altro, dà la stura a regolamentazioni analitiche (*recte*, restrittive) dei rapporti economici e delle dinamiche di mercato.

I poteri normativi in titolarità dei Garanti sono per lo più previsti dalla legge ordinaria che li istituisce, quand'anche attraverso disposizioni generiche⁴⁰, le quali, talvolta, hanno innescato dubbi sulla titolarità di poteri impliciti di *rule-making*⁴¹ in

³⁵ Il tema della crisi della fonte legislativa è ampiamente indagato in dottrina sin da tempi risalenti: cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in ID., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, 171 ss. Più di recente, fondamentali i contributi di N. IRTI, *Crisi della legge e giudizio di equità*, in *Dir. soc.*, 1978; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; ID., *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* e ID., *Crisi del diritto, oggi?* entrambi in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

³⁶ Cfr. M. MANETTI, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), op. cit., 351 ss.

³⁷ M. RENNA, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore online*, in *AIDA*, 1/2014, 111.

³⁸ Cfr. G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 25.

³⁹ Cfr. G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 125 ss..

⁴⁰ I regolamenti delle *Authorities*, spesso emanati sulla base di una blanda normativa di principio fissata con le leggi istitutive, arricchiscono il panorama delle fonti del diritto: cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 4/2010, 14.

⁴¹ È stato autorevolmente precisato che soltanto il potere normativo può considerarsi oggetto di attribuzioni implicite; per converso, i poteri di *adjudication* (*recte*, di carattere provvedimentoale), in tesi idonei a incidere unilateralmente e autoritativamente nella sfera giuridica dei destinatari, necessitano di legittimazione legislativa espressa, coerentemente con quanto stabilito dall'art. 23 Cost.: cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4/2007, 703 ss.

capo alle Autorità indipendenti⁴²; cionondimeno, la natura di fonte secondaria dei corrispondenti atti non è risultata scontata⁴³, in considerazione delle peculiarità ontologiche caratterizzanti le *Authorities* e delle conseguenti difficoltà incontrate dagli interpreti nell'identificare i loro regolamenti con quelli tradizionalmente contemplati dal nostro sistema ordinamentale – ossia con quelli adottati dall'Esecutivo⁴⁴ – e, di conseguenza, nel sottoporli al rispetto del principio di gerarchia che, di regola, governa i rapporti fra le fonti di produzione normativa⁴⁵.

⁴² Con specifico riguardo al Garante per l'Energia Elettrica e il Gas e il Sistema Idrico, ma con discorso estensibile alle altre *Authorities*, è stato osservato che “La teoria dei poteri impliciti si interroga sulla possibilità di riconoscere agli organi preposti alla regolazione non solo i poteri espressamente attribuiti dalla legge, ma anche quelli che siano “strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati”. La legge istitutiva dell'Aeeg(si), così come quella di altre Autorità, attribuisce competenze molto generali ed è caratterizzata nella maggior parte del testo normativo da mere enunciazioni di obiettivi da raggiungere, dato anche il carattere indeterminato e altamente tecnico dei valori da tutelare. In questo contesto, si radica il dibattito sulla configurabilità in capo all'Aeeg(si) di poteri impliciti. Sia la dottrina che la giurisprudenza sono divise su due approcci differenti in ordine alla portata precettiva del principio di legalità [...]. Il primo è quello che adotta una concezione rigorosa del principio di legalità (ogni potere autoritativo di una pubblica amministrazione deve fondarsi su una norma di legge espressa e precisa). Il secondo, invece, postula una accezione debole dello stesso (“propendendo per una lettura “pragmatica e smitizzante” del principio di legalità, incline a mediare le istanze di democraticità e di garanzia per i privati con quelle di funzionalità ed efficacia dell'agire amministrativo parimenti munite di riconoscimento costituzionale, prospettando una adeguata tutela offerta dai principi di ragionevolezza, proporzionalità e “raffrontabilità” con gli *standards* desunti dalla tecnica”). Così M. IMPINNA, op. cit. Per vero, con riguardo ai settori “sensibili” affidati alle *Authorities* sovente il legislatore esercita la propria competenza normativa soltanto per concetti generali, in considerazione dell'impossibilità che la fonte legislativa predetermini tutti gli aspetti del divenire dell'azione amministrativa e, quindi, della correlata opportunità di lasciare al Garante il perseguimento degli obiettivi istituzionalmente attribuitigli (anche) mediante l'esercizio di poteri implicitamente desumibili dalla fonte normativa; di talché, in siffatte ipotesi, i suddetti poteri regolamentari non paiono propriamente impliciti, bensì rientrano nella previsione – sia pur generica – della legge attributiva (che spetta all'interprete di concretizzare) e, pertanto, non collidono col principio di legalità, anche in ragione della necessità di motivare i corrispondenti provvedimenti (cfr., tra gli altri, R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; ID., *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000; ID., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007). In giurisprudenza cfr. Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, che ammette l'esercizio dei poteri impliciti proprio in relazione agli atti regolamentari delle Autorità indipendenti.

⁴³ Il potere normativo, per quanto in via generale, è attribuito alle *Authorities* dalla legge ordinaria o dal diritto comunitario derivato; ciò, unitamente alla considerazione per cui il nostro sistema delle fonti primarie è “chiuso”, dovrebbe condurre a ritenere – a rigore – che i regolamenti (e gli atti normativi in genere) di siffatti organismi abbiano rango di fonte secondaria.

⁴⁴ Di cui all'art. 17 (“Regolamenti”) della legge 23 agosto 1988, n. 400, intitolata alla “Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri”. È stato infatti affermato che quelli delle *Authorities* sono “regolamenti *sui generis* per i quali non sembra... adattarsi la tipologia descritta dall'art. 17 della l. n. 400 del 1988”: così S. A. FREGO LUPPI, *L'Amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 143.

⁴⁵ In base al principio di gerarchia delle fonti, com'è noto, qualora la fattispecie sia regolata

Difatti, la regolazione promanante dai Garanti persegue scopi di strutturazione del mercato e pare perciò solo giustificarsi e potersi imporre ai suoi destinatari⁴⁶, ciò che ha condotto alla elaborazione di diverse tesi in ordine alla natura giuridica dei relativi atti normativi⁴⁷, sottratti da certe impostazioni alla categoria delle fonti secondarie e variamente qualificati come fonti primarie o, addirittura, *extra ordinem*⁴⁸.

Le citate opzioni sono state tuttavia superate in favore della prevalente adesione alla ricostruzione secondo la quale gli atti espressivi del potere di normazione proprio delle Autorità indipendenti e, in particolare, i loro regolamenti, costituiscono fonti secondarie⁴⁹; in tal senso depone la circostanza che – nel rinnovato contesto di normazione “poli-centrica” – i Garanti sono del tutto legittimati all’emanazione di atti normativi poiché mancando, sul punto, un divieto costituzionale, la legge ordinaria – a buon diritto – attribuisce loro la citata *potestas*.

D’altronde, negli ambiti non coperti dalla riserva che la Carta, talvolta, conferisce alla legge, quest’ultima definisce le competenze spettanti alle fonti subordinate a quelle di rango primario. La connotazione del nostro sistema costituzionale delle fonti del diritto come “chiuso” è tale, infatti, solamente al livello delle fonti legislative e costituzionali; per converso, al di sotto del livello legislativo il sistema è “aperto” e, pertanto, disponibile all’accoglimento di una vasta normazione secondaria e di relazioni nuove fra le corrispondenti fonti, a condizione che sia rispettato il principio di legalità e quello – collegato al primo – della riserva di legge⁵⁰.

da fonti di grado diverso, al giudice si impone l’applicazione della fonte gerarchicamente sovraordinata con contestuale disapplicazione d’ufficio di quella sottordinata (artt. 3 e 4 delle disposizioni preliminari al codice civile); cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011, I, 300.

⁴⁶ Cfr. L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell’energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008.

⁴⁷ L’inquadramento sistematico di tali atti è arduo: ci si interroga sulla loro equiparabilità agli atti aventi forza di legge o alla normativa secondaria che sfugge al controllo di legittimità costituzionale; cfr. F. POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1995, 1 ss.

⁴⁸ Ne dà conto C. SOLINAS, *op. cit.*

⁴⁹ È stata affermata la non condivisibilità di un “approccio tendente all’individuazione di una definizione valida per (tutti) i regolamenti delle autorità indipendenti” e, al contempo, la necessità di distinguere fra regolamenti che hanno un rapporto con la legge fondato sul criterio gerarchico e “regolamenti il cui rapporto con la fonte di grado primario appare caratterizzato da una maggiore “indipendenza” e riguardo ai quali richiamare il principio di competenza... appare più consono: una volta tracciate le rispettive sfere, la legge lascia alla fonte secondaria l’intera disciplina del (relativo) settore”; questi ultimi, in ogni caso, pure rimangono fonti secondarie: così G. FALCON, *Il “primo”, il “secondo” e il “terzo” garante nei settori dell’editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 96. Ma sul problema e sulla possibile configurazione di tesi alternative cfr. L. DI BONA, *op. cit.*, 84 ss.

⁵⁰ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L’ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Padova, 1984, 120.

Inoltre, a sostegno del carattere normativo di un numero sempre crescente di deliberazioni autoritative⁵¹ si valorizzano la loro formulazione secondo tratti generali e astratti e la forza innovativa del corrispondente nucleo precettivo⁵².

Residua, quindi, un'opinione allo stato minoritaria alla cui stregua i provvedimenti delle *Authorities* presentano natura amministrativa, in quanto rivolti al perseguimento di scopi singolarmente individuabili e connotati da estremo tecnicismo⁵³.

È dunque dato acquisito che le Autorità indipendenti possano ben esercitare poteri normativi⁵⁴, bensì previo compimento di un'adeguata attività istruttoria, nel cui ambito debbono acquistarsi in contraddittorio le posizioni dei soggetti interessati⁵⁵, onde compensare con la partecipazione procedimentale il riferito *deficit* di legalità sostanziale⁵⁶; del pari, è indubbio che trattasi di un'attribuzione in continua espansione, atteso il numero sempre crescente di provvedimenti adottati dalle *Authorities*. Del resto, il "policentrismo normativo" e la correlata assegnazione di poteri normativi a soggetti differenti dal Parlamento e dal Governo, quali sono i Garanti, si giustifica per l'esigenza di una più razionale distribuzione delle competenze⁵⁷.

Significativamente, con specifico riguardo agli atti espressivi delle funzioni regolatorie proprie del Garante per le Comunicazioni, la letteratura ne ha sottolineato il carattere sostanzialmente e formalmente normativo subprimario⁵⁸.

Sicché, dalla più generale qualificazione di fonti secondarie dei precetti normativi posti dalle *Authorities* discendono diverse conseguenze: essi soggiacciono all'osservanza delle disposizioni di legge e, dunque, possono disciplinare i contratti – frutto di autonomia privata – nel rispetto della relativa regolamentazione legislativa, nonché in virtù dell'attribuzione del corrispondente potere ad opera

⁵¹ I regolamenti delle *Authorities* sono quindi considerati fonti del diritto; a conferma di tale qualificazione F. POLITI, op. cit., 1.

⁵² A. CERRI, voce *Regolamenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 5; V. CERULLI IRELLI, op. cit.; C. PRUSSIANI, op. cit., 97.

⁵³ S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, Torino, 2002, 66 ss.

⁵⁴ Le problematiche afferenti al riconoscimento delle Autorità amministrative indipendenti quali autonomi centri di normazione integrano, per vero, l'oggetto di una vasta produzione dottrinale. Si segnalano *ex multis*: F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; Id., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., 43 ss.

⁵⁵ Sul punto, e per l'applicabilità dei principi procedimentali alle Autorità indipendenti, cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 149 ss., in particolare cfr. 168 ss., nonché F. GAMBARDELLA, op. cit.

⁵⁶ Cfr. M. MANETTI, *Profili di giustizia costituzionale delle Autorità indipendenti*, in *Annuario Aipda*, Milano, 2003, 230.

⁵⁷ Cons. St., Sez. Cons. atti normativi, parere 14 febbraio 2005, n. 11603, cit., reso sullo schema del codice delle Assicurazioni.

⁵⁸ E. CHELI, G. D'AMATO, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in *Enc. dir.*, IV, Agg., Milano, 2000, 112.

della legislazione; in secondo luogo, gli atti mediante i quali i Garanti esercitano la loro *potestas* normativa sono sindacabili dall'Autorità giurisdizionale come atti di normazione secondaria (e non come atti aventi rango e forza legislativi); ancora, le determinazioni delle *Authorities* spiegano effetti *erga omnes*, atteso che le corrispondenti disposizioni risultano idonee a vincolare i rapporti che vedono coinvolti gli operatori economici – oltre che con l'Autorità (dispiegando un'efficacia unidirezionale o verticale) – anche con gli utenti (dando luogo a effetti bidirezionali o orizzontali)⁵⁹, dal che discende la loro attitudine a incidere concretamente sui rapporti negoziali che vengano stipulati in uno dei mercati regolati.

Con specifico riguardo al diritto dei contratti costituiscono realtà del nostro ordinamento la proliferazione dei centri di disciplina normativa, la settorializzazione degli interventi regolatori, la perdita di centralità degli organi parlamentari e il contestuale incremento della rilevanza dei Garanti⁶⁰. Questi pongono precetti talvolta integrativi della normativa legislativa; talaltra, la normativa rinveniente dalle delibere del Regolatore addirittura deroga alle norme di legge, complicando non poco il lavoro dell'interprete: la dottrina si è spinta sino a individuare nelle manifestazioni della potestà regolamentare rimessa alle *Authorities* “regolamenti autonomi, simili a quelli che [...] vengono definiti indipendenti”, che prevalgono sulle altre fonti normative “incompetenti”, sia a livello regolamentare che in taluni limitati casi anche legislative⁶¹.

Così, ad esempio, nel regolamento “recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche”, adottato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni⁶², la nozione di “utente-consumatore” è ben più estesa di quella contenuta nella disciplina legislativa di cui al codice del consumo: ai sensi di quest'ultimo “consumatore o utente” è “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”⁶³; alla stregua della normativa emanata dall'*Authority*, invece, “consumatore” è “la persona fisi-

⁵⁹ Come anticipato, la tesi attualmente prevalente scorge fra i provvedimenti delle Autorità indipendenti e i contratti stipulati nei relativi settori di competenza una “polarità interagente” (e non “respingente”): così A. MUSTO, op. cit., 766 ss.

⁶⁰ Più in generale è stato osservato che il panorama frastagliato delle fonti secondarie testimonia la graduale perdita della centralità del Parlamento a vantaggio dell'azione svolta da Regioni, Unione europea e Governo; quest'ultimo, con l'affermarsi della prassi della delegificazione, è divenuto sede privilegiata dell'attività di normazione; P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto” cit.*, 14. Sicché l'esperienza attuale rende inconfutabile la tesi secondo la quale “l'ordinamento si regge su un sistema di distribuzione dei poteri normativi tra soggetti non suscettibili di essere inquadrati nelle tradizionali strutture dell'apparato statale”: cfr. P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in ID. (a cura di), *Authorities e tutela della persona, Atti del convegno di Messina 21-22 novembre 1997*, Napoli, 1999, 281.

⁶¹ Cfr. F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc dir.*, VI, Agg., 2002, 186 ss.

⁶² Di cui all'allegato A alla delibera n. 519/15/CONS, consultabile in www.agcom.it.

⁶³ *Ex art. 3, c. 1, lett. a)*, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

ca che utilizza o che chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico per scopi non riferibili all'attività lavorativa, commerciale o professionale svolta"⁶⁴, mentre "utente" è "la persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico e che non fornisce reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico"⁶⁵.

Sicché, la tutela consumeristica prevista dal legislatore risulta applicabile soltanto a coloro che possono identificarsi nella ristretta nozione di "consumatore-utente", ossia esclusivamente alle persone fisiche⁶⁶ che stipulano il contratto per l'utilizzo privato del bene o del servizio; viceversa, la protezione garantita dal Regolatore è più ampia perché riguarda anche le persone giuridiche-"utenti" e ciò, a ben vedere, coerentemente con altre disposizioni di legge e, in dettaglio, con le previsioni recate dal codice delle comunicazioni elettroniche di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, ove per "contraente" s'intende "la persona fisica o giuridica che sia parte di un contratto con il fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, per la fornitura di tali servizi"⁶⁷.

Le regole di recente poste dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni mediante l'approvazione dell'allegato A alla delibera n. 519/2015/CONS si collocano nel *trend* normativo attuale, volto ad assicurare una protezione quanto più effettiva possibile agli utenti, come nitidamente emerge dalle modifiche al codice delle comunicazioni elettroniche operate poco tempo fa dietro impulso comunitario⁶⁸.

Alla luce delle riferite osservazioni, l'"estensione" di tutela effettuata dal Garante non si palesa illegittima: piuttosto che in contrasto con la volontà manifestata dal legislatore nel codice del consumo, il citato ampliamento risulta consonante con le prescrizioni legislative concernenti specificamente il settore delle comunicazioni elettroniche.

Né la normativa posta dal Regolatore può dirsi derogatoria rispetto al precetto recato dall'art. 1372 cod. civ.⁶⁹, in forza del quale il contratto ha forza

⁶⁴ Ex art. 1, c. 1, lett. e), dell'Allegato A alla delibera Agcom n. 519/15/CONS.

⁶⁵ Ex art. 1, c. 1, lett. d), dell'Allegato A alla delibera Agcom n. 519/15/CONS.

⁶⁶ Trib. Lucca, 27 aprile 2015, n. 795, in *Redazione Giuffrè 2015*.

⁶⁷ Ex art. 1, c. 1, lett. a), del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

⁶⁸ Il decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, ha introdotto recentemente alcune rilevanti modifiche al decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche. In particolare, tali innovazioni sono il risultato dell'attuazione delle direttive 2009/136/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, e 2009/140/CE, su un quadro comune per le comunicazioni elettroniche. Cfr. N. BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (il nuovo art. 70 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259)*, in *Dir. inf.*, 4-5/2012, 765 ss..

⁶⁹ L'art. 1372 cod. civ., rubricato "Efficacia del contratto", così dispone: "Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge".

di legge fra le parti e non può sciogliersi che per mutuo consenso o per cause legalmente previste: lo stesso legislatore, mediante la disciplina contenuta nel codice delle comunicazioni elettroniche, pone le persone giuridiche fra i soggetti (ulteriormente) legittimati ad optare per il dissolvimento del vincolo contrattuale.

Ne consegue che l'AGCOM, attraverso la dilatazione della nozione di "consumatore-utente" operata con l'allegato alla prefata delibera, integra il contenuto delle disposizioni di legge sul punto, in linea con le riferite esigenze di potenziamento della tutela del contraente in posizione di debolezza economica e informativa.

Inoltre, lo stesso intervento si palesa legittimo proprio per la sua rispondenza a disposizioni dettate dal legislatore (sia pure differenti da quelle contenute nel codice del consumo, in quanto piuttosto identificabili con quelle recate dal codice delle comunicazioni elettroniche).

Di talché, il regolamento di cui all'allegato A alla citata delibera n. 519/2015/CONS non può qualificarsi come una fonte di produzione normativa primaria o *extra ordinem*, ben potendosi ravvisare nella stessa una fonte di rango secondario di carattere integrativo, dunque sottoposta alla doverosa osservanza dei principi legislativi attinenti alla materia (in specie contrattuale)⁷⁰, oltre che soggetta al controllo giurisdizionale di ragionevolezza e di proporzionalità.

Dal canto suo, la giurisprudenza amministrativa pure ha reso statuizioni coerenti con la capacità "integrativa" delle norme regolamentari poste dall'AGCOM e, più in generale, con le riflessioni sinora esposte: una pronuncia del T.A.R. Lazio, nel 2005, ha ritenuto legittime le previsioni della delibera n. 34/05/CSP, recante "Modifiche al Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite, di cui alla delibera n. 538/01/CSP del 26 luglio 2001"⁷¹; secondo i Giudici capitolini le norme di cui alla menzionata delibera, pur introducendo disposizioni precettive non specificatamente contenute in precedenti norme di legge, costituiscono ugualmente espressione della potestà regolamentare espressamente riconosciuta all'Autorità, completando le altre disposizioni regolamentari, nonché specificando ed integrando la disciplina espressa dalle vigenti fonti normative di rango primario, mediante prescrizioni munite di forza ed efficacia normativa di carattere secondario, in grado, quindi, di innovare, entro i limiti assegnati il sistema giuridico vigente.

Com'è stato osservato proprio a commento della menzionata sentenza, "tra gli interstizi delle varie normative, largamente frammentarie e disomogenee, che prevedono limitazioni orarie in funzione di tutela dei minori si inserisce l'AGCOM, che, operando sulla base di un proprio potere regolamentare non solo meramente attuativo, ma anche "integrativo" della legislazione esistente,

⁷⁰ *Ex* art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile.

⁷¹ Trattasi del pronunciamento reso dal T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 07 dicembre 2005, n. 13223, in *Foro amm.-TAR*, 12/2005, 3960.

fissa alcune disposizioni prescrittive, adottate in contraddittorio con le categorie interessate”⁷².

3.1. ... e deroga alle prescrizioni del legislatore

Come riferito, a determinate condizioni legalmente stabilite, può accadere che un Garante detti previsioni regolamentari in deroga a disposizioni di legge.

In proposito, la Corte Suprema – nell’adempiere alla sua funzione istituzionale di nomofilachia – ha chiarito le menzionate condizioni in presenza delle quali può attivarsi il richiamato meccanismo: riconosciuto in capo alle *Authorities* [nella specie in capo all’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas (e il Sistema Idrico o “AEEGSI”)⁷³] un potere propriamente normativo, ha precisato che questo può estrinsecarsi anche nella previsione di prescrizioni che, attraverso l’integrazione del regolamento di servizio⁷⁴, possono integrare – in via riflessa – *ex art.* 1339 cod. civ.⁷⁵, il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti altresì derogando a norme di legge, purché queste ultime siano meramente dispositive e, pertanto, derogabili dalle stesse parti e purché la deroga sia operata dall’Autorità a tutela dell’interesse dell’utente o consumatore, restando, invece, esclusa (salvo che sia consentita da una disposizione di legge speciale o da una fonte comunitaria a efficacia diretta) la possibilità di derogare a previsioni legislative imperative, nonché la deroga a prescrizioni di legge dispositive bensì sfavorevole per l’utente o consumatore⁷⁶. Sicché, l’attività di integrazione del contratto di

⁷² L. MUSELLI, *L’ordinamento speciale delle televendite aventi ad oggetto servizi di astrologia, cartomanzia e di pronostici: limitazioni orarie di programmazione in funzione di tutela dei minori*, in *Foro amm.-TAR*, 12/2005, 3967.

⁷³ Ci si riferisce, nella specie, al potere normativo esercitato dall’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas (e il Sistema Idrico) mediante la deliberazione n. 200 del 1999.

⁷⁴ Su cui cfr. meglio il paragrafo seguente.

⁷⁵ Come è noto, l’art. 1339 cod. civ., rubricato “Inserzione automatica di clausole”, così dispone: “Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative] sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione di clausole difformi apposte dalle parti”.

⁷⁶ Cass., Sez. VI, ord. 3-8 novembre 2012, n. 19333, in *Corr. giur.*, 5/2013, 603 ss. In particolare, il meccanismo ricostruito dalla Corte Suprema risulta fondato sull’art. 2, c. 12, lett. h), della legge 14 novembre 1995, n. 481: l’Autorità “emana le direttive concernenti la produzione e la erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all’utente [...]”; tali direttive – in base a quanto disposto dal trentasettesimo comma – “costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio”. Sicché, posto tale quadro normativo, la Corte ammette l’efficacia integrativa, *ex art.* 1339 cod. civ., della delibera rispetto al contratto di utenza, poiché il contenuto di questo riflette il contenuto del regolamento di servizio, che a sua volta deriva dal contratto di servizio. Peraltro, tale orientamento è conforme a un’impostazione ermeneutica consolidata, in cui si iscrivono decisioni della Corte di legittimità sia precedenti che successive a quella innanzi citata: fra le prime, ad esempio, si pone Cass., Sez. VI, 27 giugno 2012, n. 10730, in *Dir. e Giustizia online*, 0/2012 (su cui cfr. la nota di

utenza è letta in prospettiva funzionalistica, ossia di protezione dell'utente⁷⁷, e rientra nell'ambito comunque delineato da previsioni di rango primario.

La giurisprudenza di legittimità si è perlopiù concentrata sui poteri di regolazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico. Ciononostante, è opinione comune ritenere che l'esito interpretativo a cui si è giunti possa valere in generale per tutte le Amministrazioni indipendenti, compatibilmente con le peculiarità di ciascuna⁷⁸.

Un orientamento esegetico, valorizzando la portata eteronoma del citato meccanismo integrativo (dell'accordo contrattuale)/derogatorio (della legge), ravvisa nel potere normativo in titolarità delle Autorità la base di "nuove forme di eteroregolamentazione del contratto [...]", che "presuppone il superamento, di là delle enunciazioni di principio, del dogma dell'autonomia privata, e della conseguente pretesa di individuarne l'essenza nel potere di determinare il contenuto negoziale"⁷⁹.

Altra impostazione aderisce alla tesi della natura suppletiva dell'intervento regolatorio delle *Authorities*⁸⁰, non ritenendo che il potere normativo esercitato dai Garanti conduca all' "annientamento" dell'autonomia privata, piuttosto collocandosi nell'alveo del "mercato regolato (nel senso di: ordine costruito)", che, "secondo una visione oggi decisamente dominante, quanto meno nel contesto europeo-continentale (alludo all'ordoliberalismo), funziona meglio, cioè in modo più efficiente, che non il mercato libero (nel senso di: ordine spontaneo), e quindi, non fallendo, consente la massimizzazione dell'utilità economica individuale, donde un beneficio sociale aggregato"; "il ruolo delle autorità indipendenti – nel solco di siffatta linea di politica del diritto – è quindi quello di potenziare, e non già di indebolire, l'autonomia privata: ma si tratta di potenziarla assistendola, perché possa compiutamente operare a favore, e non contro, le parti del contratto, come invece – alla luce di questa prospettiva – accadrebbe se il mercato fosse lasciato a se stesso, perché esso genererebbe situazioni di asimmetria con-

A. VILLA, *L'utente deve pagare la bolletta, anche quando il contratto non preveda una modalità di versamento gratuita*, *ivi*, 495); tra le seconde si colloca Cass., Sez. VI, 21 luglio 2014, n. 16559, in *Diritto & Giustizia* 2014.

⁷⁷ M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corr. giur.*, 5/2013, 610.

⁷⁸ Cfr. V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, 124.

⁷⁹ L. DI BONA, *op. cit.*, 26.

⁸⁰ La "pubblica amministrazione, *sub specie* di autorità amministrativa indipendente, fa quello che i privati non fanno o non vogliono fare, sostituendo a negozi privati decisioni amministrative. Così l'Autorità può imporre [...] di fornire prestazioni che spontaneamente un operatore economico non fornirebbe [...]. In tutti questi casi lo Stato diventa un attore del mercato. Stabilisce i presupposti del mercato e compie atti negoziali sostitutivi degli atti negoziali dei privati o impone ai privati di compiere atti negoziali che non vengono posti in essere sulla base dell'autonomia privata": così F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, *cit.*, 46 e 47.

trattuale, che, se non corretta, incarna una tipologia di fallimento del mercato; detto in altre parole, il mercato va intenzionalmente costruito perché solo la via costruttivistica consente ad esso di perseguire determinati risultati socialmente rilevanti”⁸¹.

Tuttavia, la Corte di legittimità individua nella “imposizione di un precetto specifico che non lasci al destinatario alcuna possibilità di scelta sui tempi e sui modi” il presupposto necessario affinché la delibera dell’*Authority* possa concretamente integrare il contratto di utenza, posto che – secondo i Giudici Supremi – solamente in questa evenienza “l’imposizione di un precetto specifico si può connotare *sub specie* di clausola, cioè di diretta regolamentazione prima del regolamento di servizio e, quindi, del contratto di utenza. Invero, una clausola, identificando una parte del regolamento contrattuale, deve avere di norma un contenuto determinato, cioè specifico (art. 1346 cod. civ.). È vero che la clausola può avere anche un contenuto determinabile (sempre art. 1346 cod. civ.), ma allora – ammesso che sia sostenibile un’integrazione ai sensi dell’art. 1339 cod. civ. di un contratto, attraverso una norma che si limiti a prevedere che debba assicurarsi un risultato, lasciandone però i modi alla determinazione di una delle parti del contratto – l’onere di specificazione si trasferisce almeno al procedimento ed ai contenuti della determinazione”⁸². In altri termini, le delibere dell’Autorità sortiscono effetti integrativi del contenuto contrattuale soltanto se i relativi precetti siano determinati o determinabili, in modo da dar vita a clausole contrattuali altrettanto determinate, rispetto alle quali – solamente – può effettuarsi un eventuale giudizio di inadempimento⁸³.

Tale soluzione ermeneutica, dunque, da un lato legittima l’espansione dell’eteronomia incidente sui rapporti negoziali, veicolata attraverso un atto regolativo del Garante, bensì – al contempo – ridimensiona siffatto ampliamento precisandone i (pregnanti) limiti, le (stringenti) condizioni e le (particolari) modalità esplicative.

Non a caso in dottrina l’opzione seguita dalla Corte Suprema è stata criticata poiché considerata eccessivamente “timida” e, quindi, incoerente rispetto al (pur dichiarato) obiettivo di garantire effettivamente consumatori e utenti: la stessa tesi mira a scongiurare problemi in relazione al funzionamento efficiente del contratto, garantendo un testo contrattuale dettagliato in modo da salvaguardare l’utente; nondimeno, l’impossibilità di integrare il contratto di utenza ad opera

⁸¹ Così M. GRONDONA, op. cit., 609 e 610.

⁸² Cass., Sez. VI, ord. 3-8 novembre 2012, n. 19333, cit..

⁸³ In dettaglio, la Corte di Cassazione, con la citata ordinanza 3-8 novembre 2012, n. 19333, ha ritenuto di qualificare come indeterminato/indeterminabile e, dunque, tanto generico da esser privo di qualsivoglia efficacia normativa il precetto contenuto nella delibera adottata dal Garante per l’Energia secondo cui l’operatore Enel avrebbe dovuto garantire ai clienti almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta.

di una delibera (ritenuta) vaga dal punto di vista precettivo si frappone allo svolgimento delle funzioni istituzionalmente devolute all'Autorità, ossia "ordinare il mercato, sì da tutelarne la struttura aperta e competitiva" e "perseguire obiettivi di giustizia e di solidarietà", atteso che "il moderno interventismo pubblico non mira a distruggere libertà economica e autodeterminazione, ma piuttosto, potenziando concorrenza e lottando contro i fallimenti del mercato che alterano la *par condicio* concorrenziale, a difendere l'autonomia privata"⁸⁴.

Le riflessioni suesposte tradiscono la complessità del vaglio interpretativo avente ad oggetto gli odierni rapporti fra autonomia ed eteronomia contrattuale – nella specie declinata nelle forme della eteroregolamentazione posta dai Garanti – in ragione dell'impossibilità di compiere indebite generalizzazioni e della necessità, di contro, di tenere in adeguata considerazione le particolarità di ciascun comparto, nonché delle corrispondenti regolazioni.

È stato non a caso sottolineato che "Il coordinamento delle potestà normative chiama in causa l'operatività del principio di sussidiarietà e, sia pure *a latere*, del principio di competenza", atteso che proprio la sussidiarietà⁸⁵ "abilita la fonte più adatta nella regolazione di determinate materie e riconosce tale funzione anche all'autonomia negoziale che concorre, con gli atti promananti da poteri autoritativi, a definire l'assetto delle fonti del diritto. Si scopre un volto nuovo dell'autonomia negoziale quale sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione"⁸⁶.

Invero, l'"erompere" delle *Authorities* nel nostro ordinamento⁸⁷ evidenzia – fra gli altri – un dato certo: la (sempre più frequente) posizione della disciplina contrattuale anche ad opera di fonti non legislative, nonché la correlata incisione sul contenuto negoziale da parte di queste stesse fonti, nuove e ulteriori rispetto alla legge, che dalle prime può essere integrata (è il caso delle prefate delibere AGCOM) o anche derogata (come nella ricordata vicenda che ha riguardato il menzionato provvedimento adottato dall'AEEGSI), sia pure alle condizioni

⁸⁴ M. GRONDONA, op. cit., 612, ove l'Autore sottolinea l'incoerenza del risultato interpretativo cui sono pervenuti i Supremi Giudici rispetto al dichiarato scopo di protezione dell'utente, atteso che la (ritenuta) vaghezza precettiva della delibera adottata dal Garante per l'Energia Elettrica e il Gas ha impedito la deroga all'art. 1196 cod. civ. (secondo cui "Le spese del pagamento sono a carico del debitore"), sicché all'obbligato (- cliente Enel) è nella specie applicabile la regola per cui le spese gravano su di lui.

⁸⁵ Un esplicito riconoscimento del principio di sussidiarietà risale, in ambito comunitario, alla sua introduzione nell'art. 3B del Trattato di Maastricht e, in quello nazionale, all'esplicito inserimento nella legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (di riforma del titolo V della parte II della Costituzione), ove si ammette il duplice atteggiarsi della sussidiarietà: "orizzontale" nei rapporti tra Stato e società civile, "verticale" nei rapporti tra i diversi livelli di governo

⁸⁶ P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"* cit., 21 e 22.

⁸⁷ L'espressione è tratta dal titolo del noto testo di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

legalmente previste e nei limiti precisati – di volta in volta – dagli interpreti, nell’ineludibile perseguimento delle finalità proprie della regolazione.

4. *Le ripercussioni sul contratto dei provvedimenti normativi delle Autorità indipendenti: la nullità della pattuizione difforme*

Quanto osservato nei paragrafi che precedono conferma come la normativa promanante dagli atti delle Autorità indipendenti – in osservanza della delega di potere conferita dal legislatore – sia legittimata a concorrere nella disciplina delle convenzioni fra privati⁸⁸ e, per tal via, a incidere sulle situazioni giuridiche soggettive private.

Pertanto, si pone il problema di indagare le conseguenze derivanti dalla infrazione delle regole poste dalle *Authorities*, cui è correlata la questione dello scrutinio dei corrispondenti rimedi.

La questione dell’antinomia tra l’atto regolativo di fonte secondaria e l’atto negoziale, invero, costituisce un profilo d’indagine essenziale ai fini della corretta perimetrazione del potere delle Autorità indipendenti di conformare gli atti dei privati: il nodo problematico involge la possibilità di desumere dal riconosciuto potere di regolamentazione di un dato settore economico in capo alle *Authorities* l’ulteriore possibilità di individuare i limiti di validità dell’autonomia negoziale, tipizzando specifiche cause di nullità del contratto⁸⁹.

Difatti, ad ogni evidenza, detta normativa incide sulla sorte delle pattuizioni anche nel caso in cui non venga rispettata. Tale situazione s’invera quando il contenuto contrattuale sia difforme da quello previsto dal Garante e, quindi, sia quando i paciscenti abbiano stipulato in senso contrario alle prescrizioni dell’Autorità, sia nell’ipotesi in cui abbiano mancato di convenire in ordine ad un certo aspetto del patto.

Nella prima evenienza s’intravede una causa di nullità del contratto per

⁸⁸ È stato notato che “[...] le autorità indipendenti mettono capo alle previsioni più diverse. Talvolta si limitano a dettare prescrizioni dal tenore meramente negativo, che si risolvono nel divieto di addvenire alla stipula di determinati accordi. Altre volte, invece, si spingono sino a determinare singole clausole da inserire nel contratto. Non mancano, poi, casi in cui arrivano addirittura a prefigurare il contenuto minimo necessario del negozio, ovvero ad approvare mediante delibera lo schema del contratto tipo da impiegare nell’ambito di una certa negoziazione”; così C. PRUSSIANI, op. cit., 103 e 104.

⁸⁹ Sulla questione della valutazione dei regolamenti delle Autorità determinativi (in forza di delega legislativa) dei presupposti di validità del contratto senza che la legge preveda espressamente sanzioni v. G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti cit.*, 230. Sull’incidenza dei poteri delle *Authorities* sulla disciplina del contratto v. anche G. DE NOVA, *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Soc.*, 2001, 519 ss..

violazione di norma imperativa *ex art.* 1418, c. 1, cod. civ.⁹⁰: in tal senso opina l'orientamento esegetico più diffuso⁹¹, che coglie la imperatività – tutt'altro che scontata⁹² – delle regole poste dalle *Authorities* nella loro cogenza, nonché nella indisponibilità degli interessi dalle stesse tutelati (quali sono, esemplificativamente, la concorrenzialità, l'efficienza e la razionalità del mercato presidiato, nonché la doverosa salvaguardia del contraente in posizione di “debolezza”) e, in ogni caso, a condizione che la suddetta imperatività sia mutuata da fonti gerarchicamente superiori⁹³: “[...] le disposizioni di secondo grado – nello specifico, i provvedimenti delle amministrazioni indipendenti – non possiedono in sé carattere imperativo, né possono conferirlo autonomamente a se stesse, ma devono apprenderlo da fonti sovraordinate. Ancora una volta, pertanto, si rinviene la soluzione della questione nell'istituto della delega legislativa, che dovrà essere configurata in modo tale da attribuire essa stessa alle autorità amministrative il potere di intervenire “imperativamente” sulla disciplina dei contratti di settore”⁹⁴.

Inoltre, la tesi appena menzionata risulta coerente con l'insegnamento della Suprema Corte di Cassazione, alla cui stregua una convenzione è infirmata da nullità virtuale allorché violi “regole di validità” (e non “regole di comportamento”), ossia norme (appunto imperative) che attengono a elementi intrinseci del negozio, quali sono la struttura e il contenuto del patto⁹⁵; in proposito, risulta

⁹⁰ “Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”.

⁹¹ Cfr. V. VITI, *op. cit.*, 110 ss.; M. ANGELONE, *op. cit.*, 162 ss..

⁹² E ciò in ragione della natura controversa della nozione di “norma imperativa”; ne dà atto C. PRUSSIANI, *op. cit.*, 106, *sub* nota n. 47.

⁹³ V. VITI, *op. cit.*, 111 ss..

⁹⁴ C. PRUSSIANI, *op. cit.*, 107.

⁹⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 (*in Foro it.*, 4/2006, I, 1105), la quale, dopo aver affermato che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, ha escluso che l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative prenegoziali ovvero nella fase dell'esecuzione del contratto stesso possa esser causa di nullità, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali siffatta condotta contrasti, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista; cfr., ancora, Cass. S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724 (*in Il Civilista*, 10/2009, 100) e 26725 (*in Il Civilista*, 12/2009, 13), secondo cui: “[...] la violazione delle prime [ossia delle regole di comportamento], tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità”; le Sezioni Unite, inoltre, quanto alle regole afferenti alla validità della pattuizione, hanno chiarito che “l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art. 1418 cod. civ., c. 1, è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate

evidente la riconducibilità delle prescrizioni normative emanate dalle Autorità alle norme attizie la cui infrazione inficia gravemente la validità del contratto⁹⁶.

La predetta invalidità scaturisce dal contrasto fra il regolamento di interessi privato e le (differenti) previsioni recate da provvedimenti di carattere normativo emanati dai Garanti, a tanto abilitati da una legge attributiva del corrispondente potere.

Invero, affinché possa invalidarsi la pattuizione con la nullità, siffatta opzione considera del pari essenziali le seguenti condizioni, le quali debbono rinvenirsi cumulativamente: da un lato, la natura normativa del provvedimento trasgredito; dall'altro, la delega legislativa del potere. Qualora, dunque, il provvedimento dell'Autorità manchi anche di una soltanto di queste caratteristiche, non potrà discorrersi di nullità della convenzione difforme. Infatti, nel caso in cui il conflitto insorga tra le previsioni di un patto fra privati e quelle recate da atti delle *Authorities* dal contenuto singolare e concreto non può darsi luogo alla nullità contrattuale, piuttosto dovendosi ricorrere alla comminatoria di sanzioni amministrative.

La riferita applicazione dell'art. 1418, c. 1, cod. civ. e, dunque, della nullità "virtuale"⁹⁷ al patto configgente con le norme imperative positivizzate dalle Autorità di regolazione, evidenzia la possibile comminatoria di tale invalidità, oltre che nelle ipotesi contemplate da prescrizioni del legislatore, anche allorché tali previsioni non siano individuabili.

condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalla legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni – se così può dirsi – ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo. Neppure in tali casi, tuttavia, si tratta di norme di comportamento afferenti alla concreta modalità delle trattative prenegoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti, bensì del fatto che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto impedire. E conviene anche osservare che, pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista”.

⁹⁶ C. PRUSSIANI, op. cit., 107.

⁹⁷ Tale ipotesi rientra nell'ambito della illegalità (a sua volta distinta dalla illiceità, la quale discende da un giudizio di disfavore normativo), “che si configura quando il contratto è contrario a norme imperative secondo il disposto di cui all'art. 1418¹ (cd. nullità virtuale), con incidenza sugli elementi intrinseci del contratto (struttura o contenuto), ma anche su elementi estranei, che vietano di concludere il contratto se non a date condizioni, quali autorizzazioni o iscrizioni in albi. Non è però facile distinguere l'una ipotesi dall'altra, facendo riferimento anche l'illiceità alla contrarietà a norme imperative”: così F. GAZZONI, op. cit. 990.

La prima evenienza è stata argutamente qualificata come inerente a una nullità “in bianco” o *per relationem*, atteso che la legge afferma soltanto il rimedio della invalidità, demandando ad un'altra fonte la identificazione della regola trasgredita⁹⁸. Paradigmatica di siffatta ipotesi è la norma recata dal menzionato art. 117, c. 8, del testo unico in materia bancaria, che rimette all'Autorità di settore, ossia alla Banca d'Italia, il potere di prescrivere che determinate pattuizioni – individuate mediante una denominazione peculiare o sulla scorta di precisi criteri qualificativi – abbiano un determinato contenuto tipico e che, se difformi, siano colpite dalla sanzione della nullità⁹⁹.

Peraltro, alla situazione appena delineata si tende ad equiparare quella in cui una fonte di rango secondario provveda – ad un tempo – a porre la regola e a comminare la sanzione della nullità¹⁰⁰, circostanza che, per tal via, viene emancipata dalla enunciazione contenuta nella disposizione subordinata alla legge¹⁰¹ e ricondotta nell'alveo della citata nullità virtuale¹⁰².

Per vero, discorrere di nullità – ossia della sanzione di invalidità generalmente posta a presidio di interessi di natura superindividuale¹⁰³ – con riferimento

⁹⁸ V. VITI, op. cit., 69 ss..

⁹⁹ “In questa ipotesi è [...] lo stesso legislatore a prevedere la sanzione della nullità dei contratti eventualmente difformi dal modello predefinito in via regolamentare: il fenomeno appare, così, agevolmente collocabile nell'ambito della delegificazione delle regole del settore bancario e la previsione dell'invalidità, sotto il profilo delle fonti, è comunque da ricondurre ad una norma primaria fondativa del potere stesso di regolazione”: trattasi delle considerazioni di O. CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, in *Obbl. contr.*, 12/2012, 914.

¹⁰⁰ Del resto, è stato osservato che la conclusione di un atto normativo ad opera dell'Autorità indipendente, determinativo di una causa di invalidità, se volto a realizzare l'interesse della parte debole, ben potrebbe rappresentare non uno strumento di restrizione, bensì di salvaguardia dell'autonomia privata; in tal senso cfr. G. AMADIO, op. cit., 232.

¹⁰¹ Ciò in quanto la dottrina tende a negare qualsivoglia efficacia vincolante alla dichiarazione di nullità contenuta in un atto normativo secondario, laddove ad essa non corrisponda alcuna previsione testuale sul piano legislativo. Significative, al riguardo, le seguenti riflessioni: “[...] la capacità innovativa o derogatoria conferita all'Autorità di settore non può spingersi, però, oltre i limiti conferiti dalla norma primaria che fonda detto potere e, pertanto, laddove manchi un'espressa previsione di nullità di atti privati difformi, qualsiasi prescrizione invalidante espressamente comminata dall'Autorità deve ritenersi priva di un fondamento. Dunque, in assenza di una sanzione espressa della nullità del contratto da parte della fonte superiore, il contratto difforme dalle prescrizioni dell'Autorità di regolazione deve reputarsi valido”; così, ancora, O. CALEO, op. cit., 915.

¹⁰² V. VITI, op. cit., 118 ss..

¹⁰³ “[...] poiché gli interessi da tutelare sono superindividuali, l'iniziativa per la dichiarazione di nullità dell'atto deve poter partire da qualunque interessato ed anche dal giudice al quale i privati si siano rivolti per far valere quanto pattuito. [...] La superindividualità degli interessi pretende inoltre l'imprescrittibilità dell'azione”: in questi termini, F. GAZZONI, op. cit., 993, con riguardo alla legittimazione assoluta, alla rilevabilità d'ufficio e alla imprescrittibilità inerenti all'azione di nullità, previste dagli artt. 1421 cod. civ. (“Salvo diverse disposizioni di legge la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”) e 1422 cod. civ.

al contratto in contrasto con le prescrizioni normative dettate dalle *Authorities* evidenzia, come già accennato, che gli aspetti pubblicistici nelle contrattazioni sono divenuti a tal punto rilevanti da elevare le singole convenzioni a patti – per così dire – di interesse generale, posto che il contratto non è più considerato come “affare privato”, bensì viene plasmato dall’Autorità di regolazione allo scopo di conseguire obiettivi di tutela estranei alle parti o, in ogni caso, non perfettamente coincidenti con gli interessi individuali che abbiano indotto i paciscenti alla sua stipulazione¹⁰⁴.

D’altronde, non a caso, si è recentemente coniata la locuzione “contratto amministrato” per identificare l’atto principalmente espressivo dell’autonomia privata, ossia un’espressione significativamente volta a sottolineare la pervasività dell’intervento regolatorio in relazione alle pattuizioni dei consociati; invero, oggi si assiste a “un processo di amministrazione in senso tecnico dell’autonomia contrattuale delle parti al punto che la disciplina codicistica viene considerata dalla stessa autorità indipendente preposta al settore di mercato come un catalogo di principi e di regole generali”¹⁰⁵.

La nullità dei contratti difformi dalle prescrizioni dei Garanti rinvigorisce la forza spiegata dall’intervento regolatorio sul contratto, ma non ribaltando i termini dell’interrelazione fra eteronomia (e autorità), e autonomia (e libertà) a vantaggio della prima, bensì identificando nell’invalidità suddetta un’ulteriore modalità protettiva dell’autonomia negoziale, che l’intervento autoritativo piuttosto “assiste” e provvede a potenziare¹⁰⁶.

4.1. segue: le nullità speciali dei contratti in contrasto con le norme delle Autorità di regolazione

Quanto alla connotazione fisionomica della suddetta patologia, “da più parti si avanza l’idea di accostare la casistica in esame al complesso delle nullità cc.dd.

(“L’azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell’usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione”), cui segue la regola della insanabilità del contratto nullo contemplata, sempre in ragione della superindividualità degli interessi salvaguardati, dall’art. 1423 cod. civ. (“Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente”). Accanto a tali caratteristiche tradizionalmente afferenti al regime della nullità contrattuale si staglia la recente emersione delle cosiddette nullità speciali, tra cui rientrano quelle “di protezione”: “I principi della nullità prevista dal codice civile sono talvolta derogati da leggi speciali, senza possibilità di delineare una categoria unitaria, suscettibile, magari, di applicazione analogica. L’unico minimo comun denominatore può ritrovarsi assai spesso nella tutela del consumatore, contraente debole, sicché si tratta di proteggere (si parla infatti di nullità protettive anche nella rubrica dell’art. 36, D. Leg. 05/2006) una parte e non già gli interessi generali” (Id., *ibidem*, 996).

¹⁰⁴ Cfr. V. RICCIUTO, op cit., *passim*.

¹⁰⁵ G. GITTI, op. cit, 94 ss..

¹⁰⁶ Cfr., in tal senso, la riferita prospettiva incline a ravvisare negli interventi autoritativi dei Garanti espressioni del potere sostitutivo dell’autonomia privata spettante alle *Authorities* esposta da F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti cit., passim*.

speciali”¹⁰⁷. Queste ultime, com’è noto, costellano la legislazione più recente e si caratterizzano per la loro devianza dal regime tipico della nullità contrattuale previsto dagli artt. 1418 e seguenti del codice civile¹⁰⁸, tanto che la loro diffusione ha avallato l’idea della “destrutturazione” della categoria civilistica della nullità negoziale¹⁰⁹: si denuncia la “relativizzazione” del paradigma codicistico e la “frantumazione del metodo interpretativo che ne rappresentava il prodotto”¹¹⁰; si ravvisa “nel nostro ordinamento un variegato sistema della nullità, da tempo non più comprensibile solamente secondo le logiche tradizionali”¹¹¹, dal che – appunto – deriverebbe “la frantumazione della categoria in vari ed eterogenei statuti normativi”¹¹².

Di recente la giurisprudenza di legittimità, a Sezioni Unite, ha recisamente negato la riferita “frantumazione”, sottolineando la vocazione delle nullità speciali – al pari di quella per così dire tipica – alla protezione di un interesse generale: “Il carattere di specialità della nullità non elide l’essenza della categoria della nullità stessa, coniugandosi entrambe in un sinodo di tutela di interessi eterogenei [...] di tal che quella funzione di tutela di un interesse generale non appare più “fantomatica” [...] poiché quello stesso interesse, ben definito, a che non si dia attuazione a un contratto nullo per via giudiziale forma pur sempre (anche) oggetto di un interesse “generale”. Le nullità speciali, pertanto, non hanno “fatto implodere il sistema originario delineato dal legislatore del 1942”¹¹³.

Non a caso, dunque, in letteratura si è precisato che è in atto, propriamente, una “destrutturazione” della nullità negoziale¹¹⁴, dovendosi constatare che esistono varie tipologie di nullità – fra loro eterogenee – bensì parimenti “degne” di far parte della categoria, tanto che si dubita dell’attuale adeguatezza della locuzione “nullità speciali” per designare quelle sanzioni ordinamentali, pur sempre conse-

¹⁰⁷ C. PRUSSIANI, *op. cit.*, 129.

¹⁰⁸ Invero, “[...] queste nuove figure incarnano un esempio di nullità relativa, caratterizzandosi per la previsione di una legittimazione attiva ristretta nonché di una rilevabilità d’ufficio condizionata nell’interesse della parte contraente più debole. Un ulteriore dato significativo è dato, poi, dalla necessaria parzialità che, tendenzialmente, le contraddistingue allorché si presentino sotto forma di nullità parziali”; così, ancora, C. PRUSSIANI, *op. cit.*, 129, ove si dà anche atto del carattere controverso che investe i profili della “sanabilità” e “prescrittibilità” delle nullità speciali. Sulla specialità dei vari statuti della nullità cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*.

¹⁰⁹ M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, 136, ove si evidenzia l’attuale e contestuale invero di due processi: da un lato, l’ampliamento applicativo dell’istituto; dall’altro, appunto, la destrutturazione del corrispondente concetto.

¹¹⁰ N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 369.

¹¹¹ P. M. PUTTI, *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, 703.

¹¹² V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 490.

¹¹³ Così, testualmente, Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Giur. comm.*, 5/2015, II, 970.

¹¹⁴ M. RABITTI, *op. cit.*, 136.

guenti al “disvalore assegnato a un invalido assetto negoziale”¹¹⁵, ma eccentriche rispetto alle nullità connotate dalla soggezione al regime ordinario civilistico¹¹⁶. Invero, a suffragio di quanto appena evidenziato si pone la considerazione della nullità negoziale come ampio *genus* nel quale convivono peculiari *species*, di cui costituiscono esempio emblematico le nullità di protezione dall’originale “natura ancipite”, poiché “funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l’integrità e l’efficienza del mercato, secondo l’insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti)”¹¹⁷.

La possibilità di sussumere fra le mentovate nullità speciali le invalidità del contratto difforme da quanto stabilito dalle prescrizioni normative delle Autorità regolatorie è stata scandagliata dalla dottrina che, dalla disamina della normativa rinveniente dai provvedimenti dei Garanti, ha argomentato a favore di siffatta qualificazione¹¹⁸. In dettaglio, è stato osservato che il legislatore, talvolta, indica nella nullità anomala la sanzione comminata per una data violazione dei precetti posti dalle *Authorities*: tra queste previsioni si situa il disposto di cui all’art. 127, c. 2, del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, in materia bancaria¹¹⁹; significativamente, proprio tale prescrizione è stata menzionata dalla Corte Suprema nella decisione ricordata *supra* per rimarcare l’odierna possibile convivenza fra la legittimazione ristretta a far valere la nullità e la sua rilevazione officiosa, quest’ultima prefigurandosi essenziale “al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l’uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) [...], poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell’autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese”¹²⁰. Talché emerge come gli interessi così presidiati siano evidentemente quelli pertinenti all’attività istituzionalmente

¹¹⁵ Espressione mutuata dalla citata pronuncia resa da Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., ove la natura della nullità è appunto identificata con quella di “sanzione ordinamentale conseguente all’irredimibile disvalore assegnato a un invalido assetto negoziale”.

¹¹⁶ C. PRUSSIANI, op. cit., 130.

¹¹⁷ Così, ancora, Cass. S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., che sottolinea, altresì, la rilevanza officiosa di tali nullità che, se omessa, “finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole”. La rilevanza *ex officio* delle nullità protettive è espressa in contrasto con il principio statuito, sempre in *obiter*, dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 4 settembre 2012, n. 14828: cfr., al riguardo, U. MALVAGNA, *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Riv. dir. banc., diritto bancario*, 2/2015.

¹¹⁸ C. PRUSSIANI, op. cit., 131 ss..

¹¹⁹ Secondo cui: “Le nullità previste dal presente titolo [attinente alla trasparenza delle condizioni contrattuali] operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal giudice”.

¹²⁰ Così Cass. S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

demandata alle *Authorities*, ciò che conferma la dipendenza dall'azione di siffatti Enti della sorte degli autoregolamenti privatistici¹²¹.

Tuttavia, vi sono ipotesi nelle quali il legislatore omette di specificare il regime cui soggiace la sanzione di nullità: questa viene indicata come sanzione da comminare in conseguenza di una data violazione, ma si omette di precisarne la disciplina, deferendo all'interprete il (non facile) compito di individuarla.

Ma il lavoro dell'esegeta si complica ulteriormente al cospetto delle evenienze in cui la legge è al riguardo del tutto silente, omettendo di chiarire sanzione e regime applicabili a fronte di determinate infrazioni: in questi casi, nondimeno, ad oggi prevale l'opinione incline all'applicazione delle cosiddette nullità virtuali di protezione anche ai contratti non conformi alle disposizioni normative dettate dalle Autorità di regolazione¹²².

Tanto premesso – in disparte le ipotesi nelle quali il legislatore puntualizza il regime giuridico cui sottoporre le predette invalidità –, occorre distinguere le nullità infirmanti *in toto* le pattuizioni fra privati contrarie alla disciplina settoriale – come tali capaci di scardinare la validità dell'intero regolamento d'interessi – da quelle cosiddette parziali, che si appuntano su una o su determinate clausole contrattuali. In questa ultima evenienza, infatti, ci si è interrogati su quale regime applicare: quello previsto dal codice civile (atteso che il primo comma dell'art. 1419 cod. civ. ammette la possibilità che, in subordine ad un giudizio di essenzialità della clausola invalida, la patologia si estenda all'intera convenzione¹²³), ovvero quello contemplato per le nullità speciali (considerate necessariamente parziali onde più efficacemente salvaguardare il contraente più vulnerabile attraverso la garanzia della sopravvivenza dell'accordo residuo).

Fra le diverse opinioni in disputa prevale quella che propende per la caducazione (non dell'intero contratto, ma) delle sole clausole contrattuali non conformi alle norme dettate dalle *Authorities* ogniquale volta la necessaria parzialità si dimostri più confacente al raggiungimento degli scopi perseguiti mediante la previsione della riferita sanzione ordinamentale di disvalore¹²⁴.

¹²¹ I Supremi Giudici, del resto, a sostegno della ammissibilità del potere giudiziale di rilevazione officiosa delle cosiddette nullità di protezione cita – esemplificativamente – la disciplina *antitrust*.

¹²² Ne dà conto C. PRUSSIANI, op. cit., 131 e 132.

¹²³ L'art. 1419 (“Nullità parziale”), c. 1, cod. civ., prevede che “La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”. Il secondo comma dello stesso articolo stabilisce che “La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

¹²⁴ C. PRUSSIANI, op. cit., 133 e 134, ove l'Autrice dà atto delle difficoltà incontrate dagli interpreti nell'applicazione analogica dell'art. 36 del decreto legislativo 6 settembre 2006, n. 205 (recante il codice del consumo) – che prevede che “Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli

La questione sulla disciplina applicabile alle nullità parziali inficanti le clausole contrattuali contrastanti con le previsioni normative emanate dai Garanti è risolta attingendo al combinato disposto degli artt. 1419, c. 2, cod. civ. e 1339 cod. civ., che legittima alla sostituzione automatica¹²⁵ delle clausole invalide con quelle che le parti avrebbero dovuto inserire nel patto convenuto¹²⁶, in quanto conformi al paradigma normativamente delineato dalle Autorità¹²⁷, benché non manchino riserve sulla legittimità dell'impiego della introduzione coattiva di clausole previste da norme di rango secondario¹²⁸ che, se trasgredite, sarebbero forse maggiormente idonee a fondare un inadempimento di obbligazioni giuridiche¹²⁹.

articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto” – in ragione della diversità dei fini che possono presiedere alla previsione delle differenti figure di nullità speciali, specialmente allorché queste divergano perché una soltanto precisa il proprio regime giuridico mentre l'altra sia sul punto lacunosa .

¹²⁵ L'automatismo di tale sostituzione risiede nella circostanza che essa avviene senza che sia necessario dapprima indagare la volontà delle parti. Sicché, una volta appurata la nullità parziale della clausola o delle singole clausole si ha *ipso iure* la sua sostituzione con quella o quelle conformi ai *dicta* delle Autorità indipendenti.

¹²⁶ La sostituzione automatica di clausole contrattuali per come legittimata dal combinato disposto degli artt. 1339 e 1374 cod. civ. postula la nullità parziale del patto quale momento cronologicamente e logicamente antecedente a quello della inserzione delle clausole sostitutive di quelle invalidate. Cfr. sul punto M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti cit.*, 77 ss..

¹²⁷ Le *Authorities*, invero, talvolta intervengono per configurare in positivo quale debba essere il contenuto di determinate clausole contrattuali. Esempio di tali interventi normativi è rappresentato dai provvedimenti *supra* ricordati con cui l'AAEEGSI ha imposto che i contratti di fornitura di energia elettrica rechino la previsione di almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta; in proposito, Cass., Sez. VI, ord. 3-8 novembre 2012, n. 19333, cit., non ha esitato a richiamare il precetto di cui al menzionato art. 1339 cod. civ.. Sulla previsione di inserimento obbligatorio di clausole ad opera delle Autorità indipendenti cfr. V. VITI, op. cit., 78 ss.. Viene in rilievo, inoltre, il già menzionato precetto recato dall'art. 117, c., del decreto legislativo 1 settembre 1995, n. 385, sul potere di tipizzazione contrattuale assegnato alla Banca d'Italia, i cui esiti vanno osservati dai paciscenti a pena di nullità della pattuizione.

¹²⁸ Testualmente, invero, la norma recata dall'art. 1339 cod. civ. abilita a introdurre coattivamente nel contratto “Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge” soltanto. Tuttavia, ad oggi dottrina e giurisprudenza mostrano una propensione favorevole alla configurazione della “legge” *ex art.* 1339 cod. civ. in chiave polisemica, tale da ricomprendere anche gli atti aventi forza di legge, nonché quelli amministrativi, nondimeno contemperando siffatta lata lettura con le esigenze di tutela dell'autonomia negoziale avute di mira attraverso la previsione costituzionale della riserva di legge in materia; ne deriva la necessità di individuare una legge formale che conferisca alla fonte subordinata e, dunque, ai provvedimenti normativi adottati dalle *Authorities* la *potestas* di regolare una data materia in osservanza delle direttive prescritte. Sulle differenti ricostruzioni del termine “legge” contenuto nella predetta disposizione normativa cfr. V. VITI, op. cit., 91 ss..

¹²⁹ Secondo siffatta impostazione critica, qualora le parti non rispettino l'obbligo di convenire una o più clausole contrattuali in modo conforme al contenuto prestabilito dall'Autorità competente, sarebbero inadempienti rispetto a un dovere giuridicamente rilevante, ma la mancata

Il ricorso al riferito meccanismo della introduzione coattiva delle clausole contrattuali contemplate dai provvedimenti normativi dei Garanti importa l'esigenza di risolvere questioni di *jus superveniens* ogniqualvolta la clausola sostitutiva sia prevista da una determinazione autoritativa sopravvenuta rispetto al momento della stipulazione: siffatta questione, frequente nella prassi¹³⁰, risulta sovente risolta "a monte" dai regolamenti di settore che – all'uopo – dispongono l'inserimento in contratto di "clausole di adeguamento automatico", tese a consentire – con effetti *ex tunc* – la modificazione del contenuto della convenzione pattuita in conformità alle determinazioni scaturenti dalla nuova adozione di atti autoritativi ad opera dell'*Authority* competente¹³¹.

4.2. *segue: l'integrazione del contratto lacunoso attraverso le clausole determinate dai Garanti*

Le ipotesi sinora scrutinate concernono i contrasti che possono ingenerarsi fra le norme dettate dalle Autorità amministrative indipendenti e le previsioni contrattuali.

Tuttavia, può darsi il caso che non si ravvisino conflitti fra le suddette previsioni (e che – di conseguenza – non si abbia a discettare di nullità delle convenzioni ovvero delle singole clausole contrattuali), ma che – piuttosto – la pattuizione manchi di una o più clausole che avrebbe dovuto obbligatoriamente recare alla stregua di quanto stabilito da una deliberazione autoritativa: in tale evenienza, dunque, il regolamento contrattuale si palesa lacunoso, poiché difetta di contenuti inderogabilmente prescritti dagli organismi di regolazione.

È stato osservato che se la lacunosità del patto sia a tal punto rilevante da compromettere la determinatezza e finanche la determinabilità dell'oggetto contrattuale¹³², può riscontrarsi la nullità dell'intera convenzione¹³³.

ottemperanza alle determinazioni autoritative non sarebbe in grado di intaccare l'integrità e la validità della convenzione. Dà conto di queste perplessità C. PRUSSIANI, op. cit., 137.

¹³⁰ Come già riferito, una delle ragioni che hanno sospinto all'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti risiede nella necessità di regolamentare settori nevralgici per l'economia e, più in generale, per la società, mediante atti che, diversamente dalla legge, siano specialistici ed emanati all'esito di procedure rapide e snelle, nonché siano sottratti alla celere obsolescenza che pure caratterizza i provvedimenti legislativi. Ciò comporta l'aggiornamento continuo – se non addirittura repentino – degli atti normativi adottati dai Garanti e, conseguentemente, pone di frequente il problema dell'adattamento delle pattuizioni privatistiche allo *jus superveniens* prodotto dalle Autorità di regolazione.

¹³¹ C. PRUSSIANI, op. cit., 138, ove l'Autrice ha cura di distinguere la descritta evenienza dal funzionamento delle cosiddette clausole di *hardships* che, diversamente, postulano un'attività di rinegoziazione del contenuto contrattuale ad opera delle parti.

¹³² Notoriamente, il codice civile indica l'"oggetto" fra i requisiti essenziali del contratto; a termini dell'art. 1325 cod. civ., infatti, "I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità". Alla stregua di quanto disposto dal successivo art. 1346 cod. civ. "L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile".

¹³³ G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, cit., 95.

In alternativa alla soluzione appena delineata – che demanda all’esegeta il compimento di un’attività interpretativa non poco complessa – può operarsi l’integrazione del contratto attingendo ai contenuti normativamente predeterminati dalle *Authorities* e sulla scorta di quanto (ancora) disposto dal citato art. 1339 cod. civ.: il tenore letterale di quest’ultimo precetto legittima siffatta lettura laddove contempla l’inserimento coattivo nel patto di clausole e prezzi imposti dalla legge (latamente intesa) “anche” in sostituzione delle previsioni contrattuali difformi convenute dai paciscenti; sicché, la disposizione suddetta abilita alla sostituzione automatica di clausole, ma non solo, altresì potendo ben costituire la base normativa fondante l’integrazione di un regolamento di interessi per vero incompleto¹³⁴.

Occorre menzionare un ulteriore orientamento favorevole al completamente cogente di contratti carenti, ma incline a ravvisarne il fondamento normativo (non nell’art. 1339 cod. civ., ma) nell’art. 1374 cod. civ.¹³⁵, in quanto norma precipuamente intesa a regolare il fenomeno della “integrazione del contratto”¹³⁶ (intesa come meccanismo ontologicamente diverso da quello attinente alla sostituzione di clausole in contrasto con prescrizioni di carattere imperativo).

5. *L’incisione dell’autonomia contrattuale ad opera di AGCOM...*

La recente emersione di una nuova dimensione dell’autonomia negoziale, ad oggi “conformata” in misura rilevante dal diritto prodotto dalle *Authorities*, ritrova una significativa cartina di tornasole nel settore delle comunicazioni e, in particolare, delle telecomunicazioni, *ictu oculi* essenziale per la salvaguardia della

¹³⁴ C. PRUSSIANI, op. cit., 139, ove si precisa che – a differenza dell’ipotesi in cui il regolamento di interessi convenuto sia affetto da nullità parziale – nel caso dell’integrazione di una pattuizione manchevole non si dà luogo ad alcuna invalidità; entrambe le evenienze, tuttavia, postulano il ricorso a prescrizioni di carattere imperativo per poter – rispettivamente – sostituire le previsioni contrattuali difformi e integrare quelle carenti.

¹³⁵ Sui rapporti fra le disposizioni di cui agli artt. 1339 e 1374 cod. civ. cfr. i contributi di M. R. MAUGERI, *Art. 1339 c.c. – Inserzione automatica di clausole*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 508 ss. e F. MACARIO, *Art. 1374 – Integrazione del contratto*, *ivi*, 682 ss..

¹³⁶ E ciò in ragione della circostanza che l’art. 1374 cod. civ. è norma precipuamente intesa a disciplinare il fenomeno integrativo, ontologicamente diverso da quello inerente alla sostituzione di clausole difformi da quelle normativamente prescritte. In tal senso depone anche un’opzione esegetica invalsa presso la giurisprudenza ordinaria di merito, come emerge dalla pronuncia Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010, cit.. Tuttavia, siffatto orientamento non si sottrae ad un’obiezione già mossa nei riguardi della diversa tesi che rintraccia nell’art. 1339 cod. civ. la base fondante l’integrazione di pattuizioni manchevoli: anche l’art. 1374 cod. civ., testualmente, menziona la “legge” quale possibile fonte integrativa del contratto lacunoso, sicché pure per tale disposizione riemergono i dubbi avanzati in merito alla possibilità di identificare nella “legge” altresì i provvedimenti normativi dei Garanti.

concorrenzialità del mercato, la tutela degli utenti e finanche per l'inveramento e la preservazione della nostra democrazia.

Rispetto al riferito comparto il Garante per le Comunicazioni “indossa” una duplice veste regolatoria, essendo sia preposto alla emanazione di atti normativi, sia investito del ruolo di ente compositore delle liti insorgenti nel settore presidiato.

Nello svolgimento dell'attività di regolazione attraverso provvedimenti all'uopo dedicati, il Garante predetto incide quindi significativamente sull'autonomia contrattuale spettante ai consociati e, in modo particolare, dei gestori, i quali, nella contrattazione tra loro e fra loro e i consumatori, non sono del tutto liberi, e ciò nell'*an*, nel *quid*, nel *quomodo* e nel *quando* del contratto.

Le ripercussioni sulla sfera di autonomia contrattuale riconosciuta ai consociati quanto all'*an* della contrattazione, oltre che con riferimento alla scelta dell'altro paciscente, risultano lapalissiane per effetto della considerazione della disciplina in tema di servizio universale, definito dalla legislazione settoriale come “un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile”¹³⁷.

Invero, l'art. 53, c. 1, del codice delle comunicazioni elettroniche prevede che “sul territorio nazionale i servizi elencati nel presente Capo sono messi a disposizione di tutti gli utenti finali ad un livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi”; nel successivo comma secondo

¹³⁷ *EX* art. 1, c. 1, lett. LL), del codice delle comunicazioni elettroniche. Tale definizione è indicata dal Garante nel proprio sito *web*, ove è reperibile al *link* www.agcom.it/servizio-universale-incarico-e-finanziamento. La definizione di “servizio universale” risale alla storia giuridica dei Paesi di *common law* (cfr. G. F. CARTEI, *La disciplina del servizio universale*, in M. CLARICH, G. F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 277) ove tale nozione s'identifica con quella di “*business affected with a public interest*”, cioè un'offerta di servizio caratterizzata da taluni doveri fondamentali, ossia il dovere di servire tutti gli utenti e di fornire un servizio adeguato ad una tariffa ragionevole e senza inique differenziazioni [F. PONTANI, *Unbundling (la separazione economica-giudiziarica nei servizi universali delle reti verticalmente integrate)*, in *Dig. comm.*, Torino, 2012, 736 ss.]. Generalmente, il servizio universale viene distinto dai servizi pubblici tradizionali, sia con riferimento al contesto in cui trova origine, sia con riguardo al contenuto: quanto al primo aspetto, il servizio universale ammette ma non coincide con una gestione in regime di riserva; per ciò che concerne il contenuto, il servizio universale – diversamente dai servizi pubblici tradizionali – deve offrirsi a tariffe accessibili, quantunque non remunerative, e deve offrirsi a chiunque ne faccia richiesta, a prescindere dalla sua collocazione geografica (G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., 283). Tuttavia, servizio universale e servizi pubblici condividono la propensione ad assicurare la fruizione generalizzata di beni e/o servizi da parte dei cittadini previo pagamento di equi corrispettivi [M. LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009, 117] oltre che la storicità delle relative nozioni, posto che ciò che in passato poteva considerarsi un bene “superfluo” col tempo può divenire un bene essenziale da garantire alla comunità [M. CLARICH, *Dal servizio pubblico al servizio universale*, in S. FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, 21].

è sancita la garanzia della “fornitura del servizio universale ad un prezzo accessibile, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità”. Si tratta, come è evidente, di una disposizione di democrazia della comunicazione, finalizzata, in pratica, a evitare che utenti ubicati in aree del territorio nazionale meno redditizie in termini di investimenti commerciali per gli operatori, rimangano privi della possibilità di utilizzare almeno un *set* minimo di servizi di comunicazioni elettroniche.

Di talché, la normativa riferita individua nella nozione di universalità il diritto degli utenti alla fruizione di un insieme minimo di servizi di comunicazione elettronica, non limitata dalla collocazione geografica del consumatore, di qualità soddisfacente, ad un prezzo equo e, quindi, non discriminante; del resto, che il diritto al servizio universale sia di centrale importanza si evince anche dalla collocazione topografica della corrispondente disciplina, che costituisce la prima Sezione del Capo IV del Titolo II del codice in materia di comunicazioni, dedicato specificamente ai diritti degli utenti riguardo alle reti e ai servizi di comunicazione elettronica¹³⁸.

In dettaglio, le norme di legge dedicate alle prestazioni del servizio universale concernono la “Fornitura dell’accesso agli utenti finali da una postazione fissa e fornitura di servizi telefonici” (art. 54), l’“Elenco abbonati e servizi di consultazione” (art. 55), i “Telefoni pubblici a pagamento e altri punti di accesso pubblico alla telefonia vocale” (art. 56), le “Misure destinate agli utenti finali disabili” (art. 57). Il Garante è legittimato a intervenire su ognuna di queste prestazioni.

La società Telecom Italia S.p.A. è attualmente l’impresa incaricata di garantire la fornitura del servizio universale su tutto il territorio nazionale e per tutte le prestazioni richieste¹³⁹. L’Autorità, comunque, può designare più imprese o gruppi di imprese per fornire i diversi elementi del servizio universale o per coprire differenti parti del territorio nazionale (art. 58).

Qualora l’Autorità ritenga che l’espletamento del servizio universale possa comportare un onere ingiustificato per le imprese designate a fornire tale servizio, è previsto il calcolo dei costi netti di tale fornitura (art. 62). Questi costi sono ripartiti fra i fornitori di reti e servizi di comunicazioni elettroniche nel territorio nazionale, attraverso criteri che rispettino i principi di trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità (art. 63).

Quanto ai diritti degli utenti – oggetto della Sezione terza del predetto Capo – è previsto che i consumatori, qualora si abbonino a servizi che forniscono la connessione o l’accesso alla rete telefonica pubblica, hanno diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono detti servizi (art. 70, c. 1). Siffatti

¹³⁸ M. BALDI, G. COZZOLINO, *La disciplina del servizio universale (Articoli 53-65)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., 187.

¹³⁹ Ne dà atto l’*Authority* di settore ancora sul proprio sito istituzionale: cfr. www.agcom.it/servizio-universale-incarico-e-finanziamento.

regolamenti d'interesse, come i contratti stipulati tra consumatori e fornitori di servizi di comunicazione elettronica diversi dai fornitori di connessione o accesso alla rete telefonica pubblica (art. 70, c. 3), debbono recare un contenuto minimo, stabilito dallo stesso legislatore (al primo comma dell'art. 70)¹⁴⁰; su tanto vigila l'Autorità, cui è altresì conferito il potere di estendere gli obblighi contentutistici predetti (art. 70, c. 2 e 3) affinché sussistano anche nei confronti di altri utenti finali, e ciò a riprova della capacità dello stesso Garante di incidere sull'autonomia contrattuale dei consociati¹⁴¹.

Le prescrizioni riferite evidenziano la pregnanza della regolazione amministrativa in tema di servizio universale, ma l'eteroregolazione del contratto ad opera dell'*Authority* competente per il comparto delle comunicazioni in riferimento all'*an* della contrattazione si apprezza anche in riferimento ad altri aspetti.

Invero, anche un "ordine di cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti" – a dispetto del *nomen* che sembra evocare un'omissione – può riflettere l'imposizione autoritativa della costituzione di un rapporto contrattuale: ciò è accaduto in relazione ad un contratto di fornitura di servizi di interconnessione, rispetto al quale il committente si era reso inadempiente e il fornitore aveva attivato la clausola risolutiva espressa; nella specie, allo scopo di salvaguardare gli utenti lesi dalla condotta del committente, il Garante ha rivolto al committente inadempiente il citato ordine e ha così propriamente imposto la costituzione di un rapporto negoziale, peraltro inevitabilmente incidendo anche sul corrispondente contenuto¹⁴².

Quanto all'incidenza della regolazione amministrativa di AGCOM sul *quid* del contratto si pensi, ancora, all'obbligo di accesso e di interconnessione¹⁴³ che il Garante impone agli operatori con significativo potere di mercato nei confronti degli operatori cosiddetti alternativi: l'art. 45 del codice delle comunicazioni elettroniche, rubricato "Imposizione, modifica o revoca degli obblighi", al primo

¹⁴⁰ Per vero, tale disposizione riecheggia il summenzionato potere assegnato dal legislatore alla Banca d'Italia attraverso quanto stabilito dall'art. 117, c. 8, del testo unico in materia bancaria.

¹⁴¹ L'Autorità provvede inoltre alla definizione, su base annuale, di specifici obiettivi di qualità del servizio (art. 61), nelle aree di *delivery*, *assurance* (manutenzione preventiva e correttiva), fatturazione, assistenza clienti e telefonia pubblica; l'Autorità vigila sul raggiungimento di tali obiettivi da parte dell'impresa incaricata della fornitura del servizio universale (potendo anche adottare misure specifiche di intervento ove mai gli obiettivi stessi non fossero raggiunti), assicurando, inoltre, che vi sia la massima trasparenza delle relative informazioni per gli utenti.

¹⁴² A. FERRARI ZUMBINI, op. cit., 1 e 2.

¹⁴³ I concetti di accesso ed interconnessione [...] sono strettamente legati alla dottrina delle *essential facility* del diritto della concorrenza. La natura di *essential facility* per un'infrastruttura deriva dall'essere un fattore produttivo essenziale, ossia un *input* necessario per la fornitura di servizi ai clienti finali, la cui duplicazione non è economicamente efficiente, in quanto comporta costi totali di fornitura a livello d'industria superiori a quelli minimi possibili, come nel caso del monopolio naturale"; così U. IOLLI, A. CORONA, *Accesso, interconnessione ed interoperabilità: disposizioni di carattere generale (Articoli 40-52)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., 149.

comma prevede che “Qualora, in esito all’analisi del mercato realizzata a norma dell’articolo 19, un’impresa sia designata come detentrica di un significativo potere di mercato in un mercato specifico, l’Autorità impone, in funzione delle circostanze, gli obblighi previsti agli articoli 46, 47, 48, 49 e 50”, ossia i doveri di trasparenza, non discriminazione e separazione contabile, nonché peculiari “Obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete” e “in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi”.

Peraltro, “fatte salve le misure che potrebbero essere adottate nei confronti degli operatori che detengono un significativo potere di mercato ai sensi dell’articolo 45” il Garante in siffatto ambito risulta titolare di ulteriori poteri incidenti sull’autonomia contrattuale, come quello di imporre agli operatori che controllano l’accesso agli utenti finali obblighi di interconnessione delle rispettive reti (art. 42, c. 2); inoltre, “Ove giustificato, l’Autorità può intervenire in materia di accesso e interconnessione, se necessario di propria iniziativa ovvero, in mancanza di accordo tra gli operatori, su richiesta di una delle parti interessate. In questi casi l’Autorità agisce al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi previsti all’articolo 13, sulla base delle disposizioni del presente Capo e secondo le procedure di cui agli articoli 11, 12, 23 e 24” (art. 42, c. 5), potendo dunque gravare gli operatori di obblighi generici e di portata generale¹⁴⁴.

In letteratura un provvedimento ritenuto emblematico dell’impatto dell’esercizio di poteri regolatori sul contenuto contrattuale è la diffida con cui l’*Authority* ha intimato l’adeguamento delle tariffe nazionali a quelle fissate in sede europea per il *roaming*: tale determinazione si è sostanziata in un ordine di modifica del contenuto di contratti già in essere, insorti sulla scorta del testo contrattuale originario, ma inciderà inevitabilmente anche su patti futuri¹⁴⁵.

L’eteroregolazione del contratto da parte del Garante delle Comunicazioni può inoltre investire il *quomodo* e il *quando* della stipula di un regolamento di interessi: paradigmatiche di tale incidenza sono le delibere emanate dall’*Authority* in relazione alla qualità dei servizi di comunicazione.

Difatti – nel rispetto della direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri

¹⁴⁴ Nell’esercizio di tale potere AGCOM ha adottato la delibera n. 538/13/CONS, che stabilisce l’imposizione di obblighi simmetrici – che prescindono dal significativo potere di mercato – di accesso al segmento di terminazione in fibra (da identificarsi con “la tratta in fibra ottica che collega l’interno dell’abitazione dell’utente al primo punto di distribuzione/concentrazione; tale segmento comprende il cablaggio verticale all’interno dell’edificio e – eventualmente – il cablaggio orizzontale fino a un punto ubicato nel seminterrato dell’edificio o in un pozzetto in prossimità dello stesso”) e alla tratta di adduzione (da intendersi come “quella porzione di infrastruttura di posa che ospita i cavi di raccordo tra il primo pozzetto ed il punto ove comincia il cablaggio verticale”), identificati come colli di bottiglia per lo sviluppo di reti a banda larga, risultando la loro duplicazione economicamente inefficiente o fisicamente impraticabile; cfr. U. IOLLI, A. CORONA, op. cit., 155.

¹⁴⁵ A. FERRARI ZUMBINI, op. cit., 2.

del 27 gennaio 1994 (“Principi sull’erogazione dei servizi pubblici”)¹⁴⁶, della legge 14 novembre 1995, n. 481 (“Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”)¹⁴⁷, della legge 31 luglio 1997, n. 249 (“Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”)¹⁴⁸, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (recante il codice delle comunicazioni elettroniche)¹⁴⁹ – AGCOM ha adottato diverse delibere capaci di conformare la concreta esplicitazione dell’autonomia contrattuale riconosciuta ai consociati¹⁵⁰.

¹⁴⁶ La quale definisce e fissa i principi generali cui deve attenersi la fornitura dei servizi pubblici “volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all’assistenza e previdenza sociale, alla istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione ... e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas”.

¹⁴⁷ La legge suddetta, come è noto, istituisce le Autorità di regolazione per l’energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni, cui compete, tra l’altro (art. 2, c. 12, lett. h e p): emanare direttive relativamente alla produzione e all’erogazione dei servizi definendo, in particolare, i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all’utente; controllare che ciascun soggetto esercente i servizi adottati, in base al d.p.c.m. del 27 gennaio 1994 sui principi dell’erogazione dei servizi pubblici, una carta dei servizi con indicazione di *standard* dei singoli servizi; verificare il rispetto di tali *standard*.

¹⁴⁸ La quale conferma la competenza dell’Autorità in materia di emanazione di “direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi e per l’adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta del servizio recante l’indicazione di *standard* minimi per ogni comparto di attività” (art. 1, c. 6, lett. b, numero 2).

¹⁴⁹ Il codice delle comunicazioni elettroniche prevede, tra l’altro, che l’Autorità possa imporre alle imprese di fornire informazioni al fine di “pubblicare prospetti comparativi sulla qualità e sui prezzi dei servizi a vantaggio dei consumatori” (art. 33, c. 1, lett. d). In particolare: per le imprese designate alla fornitura del servizio universale (art. 61, c. 3, 4 e 5): 3. L’Autorità specifica, con appositi provvedimenti, contenuto, forma e modalità di pubblicazione delle informazioni, in modo da garantire che gli utenti finali e i consumatori abbiano accesso a informazioni complete, comparabili e di facile impiego. 4. L’Autorità fissa obiettivi qualitativi per le imprese assoggettate ad obblighi di servizio universale almeno ai sensi dell’art 54. ... 5. L’Autorità controlla il rispetto degli obiettivi qualitativi da parte delle imprese designate”. Alle imprese fornitrici di servizi di comunicazione elettronica (art. 72, c. 1 e 2): 1. L’Autorità [...] può prescrivere di pubblicare, a uso degli utenti finali, informazioni comparabili, adeguate ed aggiornate sulla qualità dei servizi offerti. 2. L’Autorità precisa, tra l’altro, i parametri di qualità del servizio da misurare, nonché il contenuto, la forma e le modalità della pubblicazione, per garantire che gli utenti finali abbiano accesso ad informazioni complete, comparabili e di facile consultazione, anche utilizzando i parametri, le definizioni e i metodi di misura indicati nell’allegato n. 6”.

¹⁵⁰ Cfr. esemplificativamente: la Delibera n. 179/03/CSP del 24 luglio 2003 recante “Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell’articolo 1, c. 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249”; la Delibera n. 254/04/CSP del 10 novembre 2004 recante “Approvazione della direttiva in materia di qualità e carte dei servizi di telefonia vocale fissa ai sensi dell’articolo 1, c. 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249”; la Delibera n. 278/04/CSP del 10 dicembre 2004 recante “Approvazione

5.1. ...in riferimento alle condizioni di contratto

Un ambito nel quale il penetrante potere sull'autonomia contrattuale spettante al Garante delle Comunicazioni ritrova peculiare esplicazione è quello relativo alle condizioni di contratto: AGCOM è invero titolare del potere-dovere di richiedere al gestore – in ogni tempo – la modifica di quelle che risultino contrarie alla normativa vigente afferente al comparto, di carattere sia primario che regolamentare.

In particolare, occorre sottolineare che il potere dell'Autorità di modifica delle condizioni contrattuali illegittime e illecite può essere esercitato sia nell'ambito delle funzioni regolatorie, sia all'esito di un procedimento semi-contenzioso.

Infatti, nonostante l'intervenuta abrogazione dell'art. 24, c. 2, del d.P.R. 11 gennaio 2001, n. 77¹⁵¹ (il quale attribuiva *expressis verbis* all'Autorità il potere di richiedere agli operatori la modifica delle condizioni dei contratti)¹⁵², il suddetto potere può considerarsi ancora di pertinenza del Garante in ragione di quanto disposto dalla legge istitutiva 14 novembre 1995, n. 481, e, segnatamente, dal suo art. 2, c. 12¹⁵³.

della direttiva in materia di carte dei servizi e qualità dei servizi di televisione a pagamento, ai sensi dell'articolo 1, c. 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249"; la Delibera n. 104/05/CSP del 14 luglio 2005 recante "Approvazione della direttiva in materia di qualità e carte dei servizi di comunicazioni mobili e personali, offerti al pubblico su reti radiomobili terrestri di comunicazione elettronica, ai sensi dell'articolo 1, c. 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249"; la Delibera n. 131/06/CSP del 12 luglio 2006 recante "Approvazione della direttiva in materia di qualità e carte dei servizi di accesso a internet da postazione fissa, ai sensi dell'articolo 1, c. 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249"; la Delibera n. 244/08/CSP del 12 novembre 2008 recante "Ulteriori disposizioni in materia di qualità e carte dei servizi di accesso a internet da postazione fissa ad integrazione della delibera n. 131/06/CSP – Testo integrato con modifiche e integrazioni approvate con delibera n. 400/10/CONS"; la Delibera n. 79/09/CSP del 14 maggio 2009 recante "Direttiva in materia di qualità dei servizi telefonici di contatto (*call center*) nel settore delle comunicazioni elettroniche".

¹⁵¹ Abrogazione avvenuta ad opera dell'art. 218, c. 3, lettera hh), del codice delle comunicazioni elettroniche.

¹⁵² La norma in esame statuiva espressamente che "L'Autorità ha la facoltà, di propria iniziativa o su richiesta di un'organizzazione che difende gli interessi degli utenti o dei consumatori, di richiedere modifiche delle condizioni contrattuali di cui al comma 1 e delle condizioni dei regimi di compensazione e di rimborso applicati, al fine di garantire la tutela dei diritti degli utenti e degli abbonati secondo le disposizioni del presente regolamento".

¹⁵³ In particolare, le lettere d), g) ed m) dell'art. 2, c. 12, della legge 14 novembre 1995, n. 481, contemplano, rispettivamente, il potere dell'Autorità di "proporre la modifica [...] delle condizioni di svolgimento dei servizi", di controllare lo svolgimento dei servizi (attribuendo, a tal fine, i più ampi poteri di ispezione, accesso, acquisizione degli atti), e di modificare il regolamento di servizio: e in nessuna delle disposizioni in argomento è specificato l'ambito, regolamentare o semi-contenzioso, nel quale si colloca l'esercizio di tale potere. Infine, alla lettera h), il citato art. 2, c. 12, contempla il compito dell'Autorità di emanare "le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i

Come è stato efficacemente osservato in dottrina, la normativa in argomento ha delineato in capo all'*Authority* un potere d'intervento sulla regolamentazione convenzionale particolarmente incisivo¹⁵⁴; non a caso è stato quindi sottolineato che "L'Autorità [...] opera direttamente sul contenuto del rapporto contrattuale, determinando in modo eteronomo le condizioni di erogazione del servizio, fino ad oggi soggette al regime privatistico: si configura, in tal modo, un meccanismo unilaterale di inserzione automatica di clausole contrattuali"¹⁵⁵.

A sua volta, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare che il contenuto precipuo della norma consente alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di adottare "previsioni che, delineando specifici comportamenti da assumere nella fase esecutiva del rapporto, non possono non incidere, a monte, anche sull'assetto prefigurato dal singolo contratto, costituendone altrettante disposizioni integrative"¹⁵⁶.

Quanto osservato trova preciso riscontro nella disciplina più recente: l'art. 70 del codice delle comunicazioni elettroniche non solo stabilisce che l'Autorità vigila e controlla sul rispetto delle disposizioni sui contratti, ma soprattutto richiama "l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori", presidiate da poteri di vigilanza e sanzionatori parimenti intestati, ai sensi dell'art. 98, c. 16, per lo specifico ambito delle comunicazioni elettroniche, all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Si può ritenere, dunque, che sia la legge 14 novembre 1995, n. 481, sia il codice delle comunicazioni elettroniche – orientati alla promozione della concorrenza e dell'efficienza dei servizi di pubblica utilità, ma anche alla tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori – riconoscano all'Autorità il potere di intervenire integrando e modificando il contenuto dei rapporti obbligatori individuali, e ciò tanto a seguito di reclami e segnalazioni provenienti da consumatori singoli o associati, quanto in sede di risoluzione di singole controversie.

livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37", laddove, ai sensi del comma trentasettesimo: "il soggetto esercente il servizio predispose un regolamento di servizio nel rispetto dei principi di cui alla presente legge e di quanto stabilito negli atti di cui al comma 36. Le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h, costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio".

¹⁵⁴ Cfr., sul punto, G. NAPOLITANO, *sub Articolo 2, comma 12, lettere a, b, c, d, g*, in AA. VV. (a cura di), *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481. Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1998, 285 ss..

¹⁵⁵ V. COZZOLI, *sub Articolo 2, comma 12, lettera b*), in AA. VV., *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481. Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*, cit..

¹⁵⁶ Cons. St., Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 183.

5.2. ...attraverso la declaratoria di illegittimità delle clausole vessatorie

L'incidenza dell'esercizio dei poteri spettanti al Garante delle Comunicazioni sull'autonomia privata si apprezza anche in relazione alla sua *potestas* di dichiarare illegittime le clausole vessatorie.

Il predetto potere, per vero, è tradizionalmente riservato al vaglio del Giudice civile¹⁵⁷ e, recentemente, è stato demandato dall'art. 37-*bis* del codice del consumo – ai soli fini di cui ai commi recati dalla medesima prescrizione – all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; tuttavia, il riferimento alle menzionate autorità giurisdizionale e amministrativa, quali soggetti competenti a valutare la vessatorietà delle clausole contrattuali, non esclude – alla luce del complessivo contesto normativo e regolamentare – la possibilità di riconoscere anche in capo ad AGCOM ampi poteri di controllo sulle clausole dei contratti stipulati con i consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche, da esercitarsi sia *ex ante*, sul piano regolamentare, che *ex post*, nell'ambito della risoluzione di specifiche controversie.

Com'è noto, la singola clausola abusiva è affetta dalla patologia più grave, la nullità – ancorché relativa¹⁵⁸ – che priva in radice il precetto negoziale dell'attitudine a produrre effetti giuridici¹⁵⁹: sicché la sua condizione giuridica non può non essere rilevata (specialmente in presenza di una conforme richiesta del soggetto da tutelare), oltre che dal Giudice, da ogni altro organo chiamato a conoscere della pattuizione.

A tale riguardo deve rilevarsi, anzitutto, che la disciplina dei procedimenti volti alla risoluzione delle controversie tra operatori e utenti è affidata, per effetto di un'espressa scelta legislativa, a disposizioni di rango speciale, nel cui ambito non è dato cogliere limitazioni di sorta all'intervento in funzione giustiziale dell'Autorità.

I poteri riconosciuti all'AGCOM in sede di risoluzione delle controversie tra operatori e utenti sono, infatti, particolarmente ampi, com'è fatto palese dalla piana lettura dell'art. 1, c. 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249 che, all'uopo, si

¹⁵⁷ Riferimento contenuto nelle norme di cui agli artt. 1469-*bis* ss. del codice civile, successivamente trasfuse negli artt. 33 ss. del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

¹⁵⁸ Ciò ai sensi della norma di cui all'art. 36, c. 1, del codice del consumo.

¹⁵⁹ Nella già citata pronuncia n. 26242, resa dalla Sezioni Unite della Corte Suprema il 12 dicembre 2014, è stato invero efficacemente chiarito come “la vera *ratio* della rilevanza officiosa della nullità non sia quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico (che, altrimenti, l'art. 1421 cod. civ. sarebbe stato scritto diversamente, e sarebbe stata attribuita la relativa legittimazione ad agire anche al pubblico ministero, come avviene nell'ordinamento francese *ex art.* 423 NCPC), ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici”.

riferisce a tutte le “controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze”¹⁶⁰.

Le attribuzioni assegnate all’Autorità dal legislatore del 1997 sono state in seguito coerentemente consolidate ad opera delle norme attualmente vigenti in ambito comunitario e nazionale: sia l’art. 34 della direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 (cosiddetta direttiva servizio universale), sia l’art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche individuano – in via del tutto ampia e generale – le controversie che possono costituire oggetto delle procedure stragiudiziali di risoluzione.

Lo stesso codice del consumo, poi, proprio in riferimento ai rapporti tra consumatore e professionista, nel mentre agevola il ricorso a forme di composizione extragiudiziale delle controversie¹⁶¹, non esclude affatto dal possibile e relativo ambito cognitivo la materia del giudizio di vessatorietà.

In coerenza con le richiamate fonti primarie, il regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con la delibera n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni, delinea in termini altrettanto ampi le competenze decisorie dell’Autorità, estendendole espressamente a tutte le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti finali stabiliti dalle norme legislative, dalle delibere dell’Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi.

Il regolamento suddetto opera, dunque, un riferimento ampio ed in via di principio omnicomprendente a tutte le controversie inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti finali, escludendo esplicitamente le sole controversie attinenti al mero recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l’inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime, e le cause promosse ai sensi degli articoli 37, 139, 140 e 140 bis del codice del consumo.

Inoltre, quanto alle possibili implicazioni ermeneutiche della lettera dell’art. 19, c. 4, del regolamento sulle controversie – nella parte in cui prevede che l’Autorità, “[...] con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell’istanza, può condannare l’operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi...” – si rileva che

¹⁶⁰ La legge menzionata, all’articolo e al comma surriferiti, stabilisce che “Le competenze dell’Autorità sono così individuate: a) la commissione per le infrastrutture e le reti esercita le seguenti funzioni: [...] individua, in conformità alla normativa comunitaria, alle leggi, ai regolamenti e in particolare a quanto previsto nell’articolo 5, comma 5, l’ambito oggettivo e soggettivo degli eventuali obblighi di servizio universale e le modalità di determinazione e ripartizione del relativo costo, e ne propone le eventuali modificazioni”.

¹⁶¹ Cfr., in tal senso, l’art. 141.

tale disposizione non pretende affatto di esaurire il ventaglio delle possibilità decisorie spettanti al Garante e, dunque, non vale ad escludere, nemmeno in via implicita, il suo potere di accertare la natura vessatoria di singole clausole. Tanto più che le statuizioni di taglio dichiarativo costituiscono il contenuto minimo (ed indefettibile) di ogni decisione¹⁶², ivi comprese quelle di condanna, le quali si innestano pur sempre su un momento di contenuto accertativo, al quale aggiungono – quale *quid pluris* – un ordine.

L'ampiezza dell'investitura rinveniente dalla disciplina sopra scrutinata induce, in definitiva, a ricostruire le competenze in tema di procedimento contenzioso in maniera del tutto omologa – salvo il rispetto del principio della domanda – ai poteri che già spettano in via ordinaria all'Autorità in base alla normativa di settore, consentendole di sindacare le singole condizioni contrattuali.

Alla luce di tanto l'Autorità può esercitare, quindi, il potere di accertare e dichiarare la vessatorietà delle clausole contrattuali e, conseguentemente, adottare le specifiche misure ripristinatorie.

È interessante domandarsi, a questo punto, se il giudizio di vessatorietà che può esprimere AGCOM si debba intendere limitato alla controversia nel cui ambito il giudizio è reso ovvero se abbia efficacia *erga omnes*.

In effetti, in disparte la efficacia generale dei provvedimenti regolamentari del Garante, occorre prendere in considerazione la peculiarità dei procedimenti semi-contenziosi pendenti innanzi all'Autorità, ciascuno dei quali è contraddistinto da un oggetto specifico, strettamente dipendente dalle allegazioni compendiate nella domanda introduttiva proposta dal soggetto istante: la decisione con cui l'Autorità, all'esito del procedimento di risoluzione della controversia, disponga le necessarie misure riparatorie in favore dell'attore che ha ragione, deve quasi inevitabilmente essere calibrata sul singolo caso concreto, a seconda, in particolare, del danno, del disservizio o di quant'altro sia stato lamentato da ciascun cliente. Da qui la conclusione dell'impossibilità di riconoscere nella specie a tali provvedimenti decisorii un'efficacia *erga omnes*.

Nondimeno, all'esito della controversia “capostipite” e forte delle conoscenze maturate in quella sede, è auspicabile che l'Autorità si attivi d'ufficio mediante l'esercizio dei propri poteri regolamentari e ciò per ordinare al singolo operatore le necessarie prescrizioni modificative, che valgano a riequilibrare i rapporti – presenti e futuri – contratti con l'utenza. Per tal via, invero, nell'immediato si renderebbero improcedibili almeno alcune delle similari liti già pendenti e, soprattutto per il futuro, si giungerebbe ad impedire il formarsi di nuovo contenzioso.

¹⁶² È stato infatti perspicuamente osservato che il potere giudiziale di accertamento è connesso al concetto stesso di giurisdizione; cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Foro amm.-CDS*, 2/2009, 478.

5.3. ...mediante la regulation by litigation del Garante delle Comunicazioni

Le Autorità indipendenti risultano istituzionalmente investite di una pluralità di funzioni, tanto da aver fatto dubitare della loro riconducibilità al *genus* Pubblica Amministrazione: non a caso manca nell'ordinamento una disciplina generale in tema di *Authorities*, e ciò “[...] per il diverso tipo di attività svolta dalle Autorità in questione, che in alcuni casi sono titolari di funzioni che spaziano dalla regolazione, alla amministrazione attiva alla risoluzione delle controversie tra privati”¹⁶³, proprio come l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Invero, la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n. 21/2002/CE – nel contesto dell’armonizzazione della regolamentazione delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica – ha assegnato alle Autorità di regolamentazione nazionali il potere di dirimere le liti tra imprese dello stesso Stato membro¹⁶⁴ ovvero appartenenti a Stati membri differenti¹⁶⁵ in ordine agli obblighi derivanti dal nuovo quadro regolamentare e in modo da meglio perseguire gli obiettivi fissati in sede comunitaria.

In consonanza con le riferite prescrizioni sopranazionali, la legge istitutiva del Garante delle Comunicazioni ha attribuito a quest’ultimo il potere di risolvere “le controversie in materia di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazione entro novanta giorni dalla notifica della controversia”¹⁶⁶, nonché rimette ad AGCOM la disciplina delle “modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti e un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro”, aggiungendo che “per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell’Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell’istanza all’Autorità”¹⁶⁷.

Le regole inerenti al procedimento per la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni sono state inizialmente definite dal Garante mediante l’adozione della delibera n. 148/01/CONS¹⁶⁸.

¹⁶³ M. CLARICH, L. ZANETTINI, op. cit., 358 ss.. Sulle funzioni giustiziali delle *Authorities* cfr., in particolare, M. GIOVANNINI, *I poteri giustiziali delle autorità indipendenti*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Trento, 2015, 133 ss. Sulla tradizionale funzione giustiziale esercitata dalla Pubblica Amministrazione cfr. M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

¹⁶⁴ Ex art. 20 della riferita direttiva.

¹⁶⁵ Ai sensi dell’art. 21 della direttiva medesima.

¹⁶⁶ Art. 1, c. 6, lett. a), n. 9, della legge 31 luglio 1997, n. 249.

¹⁶⁷ Art. 1, c. 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, che inoltre precisa che “A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione”.

¹⁶⁸ Tale delibera regolamentava due differenti procedure: a) quella di intervento e definizione

In siffatto ordito normativo si sono poi inserite le previsioni normative recate dal codice delle comunicazioni elettroniche, i cui articoli 23 e 24, recependo le suddette previsioni contenute nella menzionata direttiva europea, disciplinano, rispettivamente, i poteri d'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nella risoluzione delle controversie tra imprese appartenenti allo stesso Stato membro o a Stati membri diversi.

In particolare, il richiamato articolo 23 abilita il Garante all'adozione di una decisione vincolante per definire – dietro richiesta di uno dei contendenti – ogni lite riguardante gli obblighi previsti dal codice; sicché, l'introduzione legislativa di un unico *modus operandi* nella risoluzione delle controversie ha reso inevitabile il superamento delle due distinte procedure regolamentate dalla citata delibera n. 148/01/CONS. Pertanto, l'*Authority* ha conformato la propria attività risolutiva delle liti tra imprese alla sopravvenuta legislazione sezionale, all'uopo adottando la delibera n. 352/08/CONS, che abroga il precedente provvedimento innanzi citato e prevede il nuovo "Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica".

Tuttavia, l'avvento della direttiva n. 2009/140/CE ha comportato la modifica delle mentovate prescrizioni recate dalla precedente direttiva del 2002, così dando la stura alla recente riforma dei suddetti artt. 23 e 24 ad opera del decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70; dal canto suo, l'Autorità il 20 aprile 2015, con delibera n. 226/15/CONS, ha approvato il nuovo Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori¹⁶⁹, che a sua

delle controversie in materia di interconnessione e di accesso speciale alla rete; b) quella per tutte le altre controversie in cui un organismo di telecomunicazioni avesse lamentato la violazione da parte di un altro organismo di un suo interesse o diritto protetto da un accordo di diritto privato o dalle norme che disciplinavano il settore delle telecomunicazioni. Mentre la prima procedura era connotata dalla possibilità da parte dell'Autorità di intervenire *ex officio* in qualsivoglia momento e, in ogni caso, dal dovere di farlo previa istanza di una parte con una decisione vincolante, volta a definire l'oggetto e le condizioni degli accordi di interconnessione e di accesso speciale alla rete, nel contesto della seconda si prevedeva l'obbligo di esperire in via preliminare un tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi all'Autorità che, solamente in caso di esito negativo, era legittimata ad intervenire adottando una decisione vincolante *inter partes*, a condizione che queste ultime avessero concordemente deciso di investirla formalmente della definizione della lite.

¹⁶⁹ Le principali novità introdotte dal nuovo Regolamento sono le seguenti: l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione; la previsione di regole in materia di improcedibilità ed inammissibilità della domanda; la revisione della procedura cautelare; la possibilità per il responsabile del procedimento di sospendere, per un periodo non superiore a 1 mese e per non più di 3 volte, le attività istruttorie al fine di consentire alle parti di dar seguito a tentativi di conciliazione; relativamente alla fase di decisione della controversia, la precisazione che (i) sulle somme eventualmente riconosciute in sede di definizione della controversia debbono riconoscersi gli interessi legali, (ii) L'Autorità può imporre, a carico della parte che avuto nel corso del procedimento una condotta sleale e/o scorretta tale da determinare un pregiudizio all'attività amministrativa, un rimborso dell'attività inutilmente svolta nei confronti della controparte e/o dell'Autorità stessa e (iii) l'Autorità può imporre, in tutto o in parte all'impresa che ha rifiutato

volta abroga il precedente Regolamento di cui alla prefata delibera n. 352/08/CONS.

Di talché, la funzione di risoluzione delle controversie tra imprese svolta da AGCOM rappresenta un'attribuzione ulteriore, bensì logicamente connessa, a quella di *adjudication*, da intendersi come attività di adozione di provvedimenti puntuali relativi a casi specifici¹⁷⁰.

L'esercizio di siffatto potere ai sensi di quanto disposto dal ricordato art. 23 del codice delle comunicazioni fa sì che davanti all'Autorità si svolga un procedimento amministrativo di carattere contenzioso, ove la salvaguardia degli interessi delle parti diviene un "modo indiretto e occasionale" per proteggere interessi generali in riferimento ai quali il Garante già svolge la funzione regolatoria¹⁷¹.

Difatti, nel procedimento citato gli interessi particolari vantati dalle imprese vengono ponderati dall'*Authority* "per il diverso grado in cui ciascuno di essi condiziona la realizzazione degli obiettivi fondamentali della regolazione": significativamente, l'art. 23 del codice, al terzo comma, stabilisce che "nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'articolo 13" (rubricato "Obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione"), che obbliga il Garante ad adottare – nell'ambito delle proprie competenze – "tutte le misure ragionevoli e proporzionate intese a conseguire gli obiettivi generali di cui all'art. 4" (intitolato "Obiettivi generali della disciplina dei servizi e delle reti di comunicazione elettronica"), il cui primo comma puntualizza che la disciplina recata dal codice mira ad assicurare i diritti costituzionalmente tutelati di libertà di comunicazione, segretezza delle comunicazioni e libertà di iniziativa economica e suo esercizio in regime di concorrenza; in altri termini, gli scopi che – per volontà del legislatore – l'Autorità deve perseguire quando risolve liti fra operatori di comunicazione coincidono con quelli che deve conseguire nella sua veste di Regolatore¹⁷². In questo modo, dunque, l'*Authority* "regola giudicando", ossia compone controversie indirettamente mirando al raggiungimento delle finalità della regolazione¹⁷³.

la proposta di conciliazione senza giustificato motivo, il pagamento delle spese documentate per l'esperimento della procedura. Il nuovo Regolamento è entrato in vigore a partire dal giorno della sua pubblicazione sul sito *web* di AGCOM avvenuta in data 12 agosto 2015; pertanto, alle controversie pervenute all'Autorità prima di tale data continua ad applicarsi il Regolamento approvato con delibera n. 352/08/CONS.

¹⁷⁰ P. MESSANA, I. POLITO, op. cit., 295; I. POLITO, *L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), op. cit., 329 ss.

¹⁷¹ F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, 210 e 211. In proposito è stato osservato che "c'è qualcosa che rimane di difficile composizione: quando un'impresa si rivolge all'autorità desidera che la sua situazione di diritto venga tutelata in quanto tale, e non piegata ad esigenze più generali": così M. CLARICH, *I ricorsi dinanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), op. cit., 128.

¹⁷² P. MESSANA, I. POLITO, op. cit., 295.

¹⁷³ S. LUCATTINI, op. cit., 216.

La natura contenziosa del procedimento prefato implica che lo stesso si svolga nell'osservanza di indefettibili e irrinunciabili garanzie, quali quella del doveroso rispetto del principio del contraddittorio¹⁷⁴, della necessaria motivazione e pubblicazione della decisione, nonché della ricorribilità in sede giurisdizionale di quest'ultima¹⁷⁵; nondimeno, tali guarentigie non scalfiscono la natura amministrativa della procedura, né la sua idoneità alla regolazione¹⁷⁶.

La riferita circostanza per cui il legislatore impone all'Autorità decidente di perseguire gli obiettivi della regolazione anche nella risoluzione delle controversie è stata ritenuta fattore di aggravamento del rischio che in siffatta ipotesi l'Amministrazione non riesca a essere sufficientemente neutrale rispetto agli interessi in gioco¹⁷⁷ e utilizzi l'attività di soluzione delle controversie a fini rego-

¹⁷⁴ M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, cit. Al riguardo, osserva F. GAMBARDELLA, op. cit.: "D'altronde, che il contraddittorio sia un modulo procedimentale connaturato all'attività delle amministrazioni indipendenti appare evidente anche nel momento in cui si pone l'attenzione sulla peculiarità dell'azione delle stesse. *Nulla quaestio* ovviamente per quella parte dell'attività delle Autorità che si sostanzia nella risoluzione paragiurisdizionale di controversie, perché in questo caso il rispetto delle garanzie del contraddittorio rappresenta la naturale applicazione del canone costituzionale del giusto processo".

¹⁷⁵ *Ex art. 23*, comma quarto, del codice delle comunicazioni elettroniche "La decisione dell'Autorità deve essere motivata, nonché pubblicata sul Bollettino ufficiale e sul sito Internet dell'Autorità nel rispetto delle norme in materia di riservatezza ed ha efficacia dalla data di notifica alle parti interessate ed è ricorribile in via giurisdizionale".

¹⁷⁶ La stessa AGCOM – nel contesto di una lite in cui ha optato per l'estensione del contraddittorio delle parti in disputa anche ad un operatore terzo rispetto al quale la decisione avrebbe potuto dispiegare effetti – ha chiarito che "nel definire la controversie di cui all'art. 23, comma 3 del codice, al di là di ogni formula descrittiva, svolge sicuramente attività di natura amministrativa perseguendo interessi pubblici (che per il settore delle comunicazioni sono enunciati dall'art. 13 del codice, richiamato all'art. 23 all'esame) ragion per cui la partecipazione degli interessati deve ispirarsi anche ai principi propri del procedimento amministrativo e non solo a quelli del processo civile": così nella decisione adottata dal Garante delle Comunicazioni attraverso l'adozione della delibera n. 60/07/CONS del 28 giugno 2007, recante la "Definizione della controversia 1288 Servizio di consultazione telefonica s.r.l./Telecom Italia S.p.A., relativa al prezzo del servizio di fatturazione per l'accesso alle numerazioni non geografiche 12xy, ai sensi della delibera n. 19/06/CIR, consultabile in www.agcom.it. Nella medesima decisione il Garante ha pure precisato che la decisione assunta all'esito di una contesa fra imprese possiede la forza di un "ordine" *ex art. 98*, undicesimo comma, del codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui: "Ai soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide, impartiti ai sensi del codice dal Ministero o dall'Autorità, gli stessi, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 12.000,00 ad euro 250.000,00. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati dall'Autorità in ordine alla violazione delle disposizioni relative ad imprese aventi significativo potere di mercato, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione, relativo al mercato al quale l'inottemperanza si riferisce".

¹⁷⁷ M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 01-02/2014, 1 ss..

latori come surrettizia prosecuzione dell'attività amministrativa, realizzando la cosiddetta *regulation by litigation*¹⁷⁸.

Ad ogni modo, il descritto peculiare esercizio della funzione regolatoria attraverso la composizione delle liti fra operatori s'identifica con un metodo *case by case*, capace di tradurre in norma decisioni individuali, rendendole (se non dei veri e propri precedenti) quantomeno degli affidabili riferimenti per il futuro. Da tanto consegue un'innegabile utilità per la collettività che, orientandosi sulla base delle decisioni già assunte dall'Autorità, può meglio determinare i propri comportamenti futuri¹⁷⁹ cosicché siano conformi alle misure adottate concretamente dal Garante-“giudice”¹⁸⁰, quantunque sia improprio ogni tentativo di sovrapposizione di siffatta funzione dell'*Authority* a quella autenticamente giurisdizionale¹⁸¹.

Peraltro, va ribadito che il potere di risoluzione delle controversie tra imprese è assegnato ad AGCOM dall'art. 23 del codice delle comunicazioni in attuazione di quanto stabilito dall'art. 20 della sopracitata direttiva del 2002, la quale ha conferito alle Autorità di regolamentazione nazionali il potere di dirimere le liti tra operatori perseguendo obiettivi di promozione della concorrenza, sviluppo del mercato interno e tutela degli interessi dei cittadini dell'Unione¹⁸².

Lo stesso art. 23 del decreto 1 agosto 2003, n. 259, al comma terzo, ulteriormente precisa che “Gli obblighi che possono essere imposti ad un'impresa dall'Autorità nel quadro della risoluzione di una controversia sono conformi alle disposizioni del codice”, ossia corrispondono a quelli che il Garante può imporre nell'esplicazione dei propri poteri di vigilanza e regolamentazione, teleologicamente orientati al raggiungimento dei mentovati obiettivi indicati dalla legislazione di settore¹⁸³, non potendo AGCOM comporre una lite tra imprese attingendo a discipline positive estranee alla materia regolamentata¹⁸⁴.

La *regulation by litigation* esercitata dal Garante delle Comunicazioni si rivela una risorsa sotto due ulteriori profili: *in primis* allorché concerne un mercato per il quale manchino in capo agli operatori doveri puntuali fissati *ex ante* dall'Au-

¹⁷⁸ A. P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulating by litigation: the EPA's Regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in 56 *Admin. L. Rev.*, 2004, 403 ss..

¹⁷⁹ Sembra di poter così ravvisare nei provvedimenti adottati all'esito della *regulation by litigation* la tensione verso l'esercizio di una funzione special-preventiva.

¹⁸⁰ La locuzione del Garante-“giudice” è mutuata da G. DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti*, cit., 60.

¹⁸¹ “...il solo riconoscimento in capo ad un organo amministrativo del compito di esercitare competenze pure peculiari (e neutrali) non vale a fare dello stesso un giudice speciale, ai sensi dell'art. 102, c. 2, Cost.. Decisivo, in tal senso, inoltre, appare il rilievo che il provvedimento adottato a chiusura dell'istruttoria non è suscettibile di assumere l'autorità di cosa giudicata, come invece necessario perché si possa desumere la natura giurisdizionale dell'organo emanante”: così, testualmente, R. GAROFOLI, G. FERRARI, op. cit., 317.

¹⁸² Ai sensi dell'art. 8 della medesima direttiva.

¹⁸³ Come anticipato, agli articoli 4 e 13 del codice delle comunicazioni elettroniche.

¹⁸⁴ Come, ad esempio, le norme disciplinanti i contratti contenute nel codice civile.

torità che, nella specie, abbia riconosciuto la sussistenza di adeguate condizioni concorrenziali¹⁸⁵; in secondo luogo, quando l'*Authority* dirima la lite non solo onde conseguire gli scopi predetti, bensì elaborando a vantaggio delle imprese operanti nel comparto delle comunicazioni anche delle direttive da rispettare relativamente a specifici comportamenti positivi da assumere per evitare il ripetersi di condotte illecite e il conseguente insorgere di altre controversie del medesimo tipo¹⁸⁶.

Abstract

Authorities and contract. Comments about the regulation heteronomy of the Italian Communications Authority

by Ida Perna

The regulatory action made by the Independent Administrative Authorities represents, today, one of the most important ways to conform the freedom of contract to certain principles. In fact, the regulatory measures adopted by the Authorities, including those characterized by a singular and concrete content, integrate relevant sources of heteronomous law, such as to constitute a teleological constraint for individuals that regulate their own interests themselves. The contract between two people becomes a general interest pact, useful to protect the market competitiveness and the stakeholders.

This paper will first analyse the complex regulatory action made by the Authorities and its influence on contract, and then verify the results of research in the specific sector of telecommunications.

The argumentative itinerary mapped out aims, firstly, to emphasize the

¹⁸⁵ «In particolare, anche in assenza di obblighi fissati *ex ante* dall'Autorità, quest'ultima può legittimamente intervenire nella risoluzione della controversia per fronteggiare le condotte illegittime delle imprese prevedendo, per la prima volta in quella sede, obblighi e vincoli regolamentari che diano attuazione ai suddetti principi generali adattandoli alla fattispecie concreta. Ciò è senz'altro possibile quando la condotta illegittima dell'impresa è posta in essere in fase di negoziazione in materia di interconnessione o accesso dal momento che l'art. 42, comma 5, del codice prevede espressamente che "Ove giustificato, l'Autorità può intervenire in materia di accesso e interconnessione, se necessario di propria iniziativa ovvero, in mancanza di accordo tra gli operatori, su richiesta di una delle parti interessate. In questi casi l'Autorità agisce al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi previsti all'articolo 13, sulla base delle disposizioni del presente Capo e secondo le procedure di cui agli articoli 11, 12, 23 e 24.": così P. MESSANA, I. POLITO, op. cit., 297.

¹⁸⁶ *Id.*, *ibidem*, ove le Autrici riferiscono che "tale *modus operandi* è stato realizzato non solo attraverso il provvedimento che definisce la controversia ma anche quando l'Autorità è stata chiamata all'adozione di una misura cautelare".

failure of private autonomy in the realization of competitive conditions in the market and a fair and balanced development, secondly, to emphasize the need for rules and corrective actions by the Authorities. At the same time, however, it underlines the need to preserve the balance in the relationship between the regulatory power of the Authorities and the private autonomy, ensuring the involvement of citizens in the regulatory proceedings and respecting principles of proportionality and reasonableness.

Soggettività pubblica a geometria variabile e autonomie funzionali: gli Istituti di Alta Formazione Artistica, Musicale e Coreutica (AFAM)

di Vinicio Brigante

SOMMARIO: 1. Introduzione e genesi storica. – 2. Riforma Gentile e tendenze di accentramento. – 3. R.D.L. 2 dicembre 1935, n. 2081 e tramonto del modello fascista. – 4. Principi di autonomia amministrativa in epoca repubblicana. – 5. T.U., 16 aprile 1994, n. 267 e principi di sussidiarietà istituzionale. – 6. L. 21 dicembre 1999, n. 508, una legge di trasformazione autonomistica. – 7. Comparazione tra gli istituti dell'AFAM e gli enti universitari. – 8. Autonomia funzionale e rilevanza giuridica. – 8.1 Gli istituti dell'AFAM come autonomie funzionali dimidiate. – 9. L. 13 luglio 2015, n. 107 e brevi riflessioni conclusive.

1. *Introduzione e genesi storica*

Il frastagliato panorama legislativo in materia di istruzione artistica, musicale e coreutica, in un'ottica tesa a una valutazione prognostica della tutela dell'educazione all'arte e alla musica in Italia, richiede lo svolgimento di un'analisi approfondita, da operare attraverso una ricognizione in senso cronologico degli istituti e delle riforme intervenute, con l'obiettivo di conferire alla trattazione uno svolgimento uniforme ed organico.

In nessun settore dell'amministrazione pubblica italiana la stratificazione di norme, di istituti e di prassi si è fatta così spessa e compatta come in quello della pubblica istruzione. Inoltre si registra un sistematico e diffuso senso di delusione che ha accompagnato le riforme o le proposte di legge in materia¹.

Le riforme tentate, e talvolta attuate, lungi da riuscire a sedare le discussioni, hanno contribuito ad alimentarle. Gli strumenti per curare la crisi si sono mossi tra opposti apparentemente inconciliabili in un terreno che risulta essere un passaggio sensibilissimo nell'intero panorama istituzionale².

Per tali ragioni, la predilezione della trattazione in senso cronologico è – o quantomeno cerca di essere – funzionale all'obiettivo di rendere apprezzabili i continui e oscillanti orientamenti, normativi e interpretativi, che hanno interessato il grado di autonomia degli istituti di cultura.

Inoltre, il progressivo sgretolarsi dei canoni classici della soggettività pubblica³

¹ U. POTOISHNIG, *Un nuovo rapporto tra amministrazione e scuola*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1975, pp. 243-248.

² F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, pp. 3 e ss.

³ Cfr. G. PERULLI, A. MINGARELLI, *Servizi pubblici e società partecipate*, Milano, 2008; la nozione comunitaria si caratterizza per l'approccio relativistico, non essendo improntata a criteri unitari validi in tutti i casi.

Per un'analisi della nozione di ente pubblico si veda da ultimo S. CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *federalismi.it*, n. 24/2015.

elaborati dalla dottrina interna⁴, la consolidata tenuta scientifica della neutralità delle forme giuridiche soggettive⁵ e i principi di delega contemplati dalla legge 13 luglio 2015, n. 107 recante “Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione” rappresentano il pretesto per poter esaminare i profili problematici connessi agli Istituti di Alta formazione artistica, musicale e coreutica, in una prospettiva stretta tra la genesi storica degli stessi e le imminenti riforme attuative della legge delega.

L’indagine relativa alla natura di tali enti involge anche un’altra questione, intimamente connessa a quella della soggettività pubblica, ovvero quella delle autonomie funzionali e della relativa collocazione delle stesse in relazione al processo riformatore che sta interessando gli enti in esame, ricompresi nell’alveo dell’art. 33 della Costituzione⁶.

Come evidenziato in dottrina, e il rilievo si cala perfettamente nella vicenda relativa ai recenti sviluppi in tema di autonomia universitaria, “nella vicenda costituzionale italiana si è sempre assistito a un pendolo tra fenomeni di accentramento e fenomeni di decentramento; questi ultimi richiedono una valorizzazione delle strutture sociali, affinché il superamento di concezioni gerarchiche dell’organizzazione si muova verso logiche che facciano convivere pluralismo istituzionale e pluralismo sociale⁷”.

La dinamicità del fenomeno amministrativo e il pluralismo soggettivo sono descritti, in maniera qualificata ed esaustiva, dall’espressione “soggettività pubblica a geometria variabile⁸” che illustra il tramonto definitivo delle categorie tra-

⁴ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2014; il metodo di indagine induttivo proposto in dottrina si è concentrato in ordine alla ricerca di un indice che sia minimo comune denominatore di tutte le figure soggettive pubbliche.

Tale indicatore di soggettività pubblica è individuato nell’impossibilità dell’ente di disporre della propria esistenza; l’indisponibilità in ordine a tale fattore è in grado di tracciare un discrimine tra figure pubbliche e private.

In relazione agli istituti di alta formazione artistica, musicale e coreutica la doverosità dell’interesse pubblico si lega al rilievo costituzionale di tali enti, ex art. 33 della Costituzione.

⁵ L’espressione è stata coniata in relazione alle società pubbliche, in tal senso si v., da ultimo, G.P. CIRILLO, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Rivista del notariato*, n. 4/2015.

⁶ U. POTOTSCHNIG, *Un nuovo rapporto fra amministrazione e scuola*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1975, pp. 243-278; in relazione allo svolgimento di funzioni pubbliche di particolare rilievo, tra le quali l’istruzione, è necessario che la comunità cui il servizio è rivolto partecipi direttamente all’amministrazione dello stesso.

⁷ B. CARAVITA DI TORITTO, *Camere di commercio e autonomie funzionali: la creazione di un originale modello istituzionale e la strada per una sua definitiva affermazione nella realtà costituzionale italiana*, in *federalismi.it*, n. 3/2006, p. 1.

⁸ M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004; la revisione della tradizionale idea di pubblica amministrazione come categoria unitaria mette in discussione il postulato stesso dell’unicità e della singolarità dello stesso dell’interesse generale che è ne stato a lungo garanzia e corollario

dizionali dell'apparato pubblico e segna la necessità di operare analisi concrete in tema di soggetti pubblici, rifuggendo da valutazioni aprioristiche e da categorie dogmatiche ormai desuete⁹.

La detipizzazione¹⁰ dei soggetti pubblici rende talvolta poco adeguata anche la valorizzazione degli indici rivelatori individuati dalla giurisprudenza nel solco di contributi dottrinali noti¹¹.

In tale analisi, la valorizzazione del profilo funzionale relativo alle finalità perseguite deve essere calato e declinato in ragione del grado di autonomia che deve essere necessariamente riconosciuto a conservatori e istituti d'arte.

Da un punto di vista giuspubblicistico, l'attività musicale è considerata un esercizio umano inerente al pubblico interesse, e ciò giustifica la tesi secondo cui alcuni settori della musica sono ritenuti pubblici servizi¹², sia in senso oggettivo che soggettivo.

La genesi storica dei conservatori in Italia, caratterizzata da un'evidente disarticolazione e disomogeneità sul territorio, è legata alla derivazione degli stessi dai c.d. enti morali¹³, ovvero enti amministrati dalle istituzioni religiose con spiccate finalità assistenziali nei confronti dei giovani meno facoltosi, enti dotati pertanto di un patrimonio composto quasi unicamente da donazioni.

Il processo di laicizzazione¹⁴ dei Conservatori e delle Accademie era stret-

⁹ Sul punto si veda S. CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *federalismi.it*, 24/2015, pp. 9-16.

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro advocature*, Atti del 1° convegno di studi, Napoli, 1975, pp. 23 e ss.

¹¹ Gli indici rivelatori, tra cui la costituzione ad opera di un ente pubblico o l'attribuzione di potestà pubbliche portano a una inversione logica tra presupposti e conseguenze e la loro applicazione residua sempre un margine di dubbio.

Sul punto si v. M.S. GIANNINI, *Rilievi intorno alle persone giuridiche pubbliche*, in *Stato e diritto*, 1940.

¹² E. PICOZZA, *La riforma delle attività musicali in Italia*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pp. 442 ss.; è da considerarsi pubblico servizio tutta l'attività di istruzione musicale sia di carattere generale che specialistico, ed è pubblico servizio anche l'attività di musica-spettacolo realizzata da enti pubblici.

¹³ Per un'analisi più ampia della funzione sociale del diritto amministrativo si veda F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Diritto dell'economia*, n. 1/2004, pp. 41 e ss.; l'analisi è svolta in relazione alle strategie pubbliche, ma la funzione svolta dagli enti morali, al di là della natura privatistica degli stessi, si configurava come attività di tipo assistenziale tesa alla lotta alla povertà.

Gli enti morali perseguivano scopi generali e collettivi, in quanto l'interesse pubblico è un interesse generale assunto come proprio dallo Stato o comunque dall'ordinamento in genere, a prescindere dalla natura del soggetto che lo persegue.

¹⁴ S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Il Foro Italiano*, 1991, pp. 214 ss.; l'istruzione diventa un ufficio civile dello Stato con la legge Boncompagni del 1848, ma l'affermazione dello statalismo nel campo scolastico sarà attuata in concreto solo dopo l'unificazione d'Italia.

tamente collegato alla dominazione francese dei primi anni del 1800, periodo durante il quale era mutuato il modello del *Conservatoire* parigino, al quale, nel processo di riorganizzazione dell'istruzione musicale in Francia su scala nazionale, si attribuiva funzione professionalizzante.

Il Regio Decreto 2 marzo 1899, n. 108¹⁵ era il primo provvedimento che legiferava in tema di Conservatori in maniera organica e su base nazionale, anche se limitatamente ad alcuni aspetti, tra i quali, i programmi per gli esami di licenza e magistero nelle singole discipline, suddivise per strumento musicale; tuttavia, non erano presenti norme che disciplinassero il corso di studi che conduceva all'esame finale, la cui definizione era pertanto rimessa al singolo istituto, con le evidenti difformità causate da un *vulnus* legislativo così significativo.

In seguito, la legge 6 luglio 1912, n. 734, intraprendeva un percorso riformatore attraverso una disciplina dei ruoli organici negli Istituti di belle arti e di musica; da tale legge erano desumibili indici sintomatici caratterizzanti, necessari e costitutivi sia per i Conservatori che per le Accademie, tra cui la struttura associativa, la finalità diretta alla produzione della cultura e il riconoscimento legale, connesso all'approvazione ministeriale dello Statuto¹⁶.

Inoltre, in base al dettato della legge del 1912, sussisteva l'obbligo, come presupposto minimo per la costituzione di tali enti, di un patrimonio adeguato e di uno scopo lecito desumibile dal decreto reale di riconoscimento, rilasciato previo parere del Consiglio di Stato.

In tale fase storica, la carenza di autonomia era testimoniata dal potere di vigilanza generalizzato del Ministero della Pubblica Istruzione¹⁷ e dal potere, conferito all'autorità regia, di riformare gli statuti in via imperativa.

La legge del 1912 demandava la concreta applicazione delle norme a un regolamento generale, contenuto nel decreto 5 maggio 1918, n. 1852, che costituiva la prima disciplina specifica per i Conservatori di musica e dedicava agli stessi l'intera parte IV del provvedimento, mentre la parte I legiferava in tema di Accademie e di istituti di belle arti.

Il necessario consenso ministeriale per attività quali l'approvazione del bilancio, e, la contestuale presenza di un Direttore, a sua volta organo del Ministero della pubblica Istruzione, rendevano particolarmente ingenerante il controllo governativo, da far propendere per una ricostruzione tesa ad affermare la totale assenza di autonomia, sia per i Conservatori che per le Accademie.

Il profilo innovativo di rilievo, contenuto nel decreto in questione, era relativo all'istituzione di due organi collegiali che affiancavano il Direttore nello

¹⁵ Per la consultazione integrale del Regio Decreto si veda O. MAIONE, *I Conservatori di musica durante il fascismo*, Torino, 2005.

¹⁶ N. SPIRITO, *Disciplina giuridica dei Conservatori di musica*, Torino, 2012, pp. 8 e ss.

¹⁷ M. DI NAPOLI, *Lo Stato e le Accademie di cultura*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1991, pp. 557-579.

svolgimento delle mansioni¹⁸: il Collegio dei professori e il Consiglio di istituto (o di Accademia).

Entrambi gli organi avevano funzione meramente coadiuvante e ed erano assoggettati al Direttore che provvedeva al buon andamento didattico, amministrativo e disciplinare dell'istituto; inoltre, il direttore aveva l'obbligo di rendere edotto il Ministero di tutte le questioni più rilevanti tramite la redazione di una relazione annuale.

Tale fase embrionale, da un punto di vista legislativo, terminava con l'ascesa del regime e con la contestuale redazione di diversi progetti di riforma, in parte portati a termine, tutti contraddistinti da un denominatore comune, costituito dal controllo totale del Ministero sulle attività di tali istituti.

2. *Riforma Gentile e tendenze di accentramento*

La riforma Gentile, apportata con il Regio Decreto 31 dicembre 1923, n. 3123, nella quale il discorso educativo coincideva con quello etico¹⁹, corrispondeva alla realizzazione di un percorso di formazione e cultura della personalità, con accentuazione del senso interiore di crescita spirituale e di assimilazione dei valori, nell'ambito del quale Accademie e Conservatori rivestivano ruolo primario.

L'art. 21, del R.D. in questione, stabiliva che le Accademie erano indirizzate a preparare all'esercizio dell'arte, mediante la frequenza e lo studio presso un maestro.

La novità più rilevante era contenuta nell'art. 34, il quale prevedeva che i Conservatori si ponessero come fine istituzionale "l'educazione musicale"; fino all'entrata in vigore di tale norma, non era mai stato positivamente un vero e proprio fine istituzionale per tali enti.

Inoltre, l'art. 42 riconosceva la necessità che ogni istituto d'istruzione artistica si autodotasse di uno statuto, che ne determinasse il carattere individuale in rapporto alle particolari finalità; come rilevato²⁰, questa previsione rappresentava un transito verso l'autonomia di tali istituzioni, ma lo statuto non era atto-fonte a natura normativa e pertanto, anche dopo la riforma Gentile, tali enti erano da considerarsi privi di personalità giuridica.

¹⁸ Per ciò che riguarda gli istituti di musica (Conservatori) e d'arte drammatica, il Collegio dei professori si riuniva per deliberare sulle questioni riguardanti l'ordinario andamento e ai bisogni dell'istituto.

Il Consiglio d'istituto aveva competenza a deliberare su bilanci consuntivi e preventivi da sottoporre all'approvazione del Ministero ed esercitava, tra le altre, funzione di Commissione disciplinare nei riguardi degli alunni.

¹⁹ Si v. in tal senso N. SERIO, G. BOSELLI, *Fondazioni culturali delle riforme scolastiche*, Roma, 2005, p. 33.

²⁰ N. SPIRITO, *Disciplina giuridica cit.*, Torino, 2012, pp. 8 ss.

Tale riforma era stata destinataria di giudizi negativi, anche da parte dello stesso governo²¹, come intuibile dai tentativi di modifica, promossi nel 1925 e nel 1929²²; le critiche avanzate nei confronti di tale riordino riguardavano sia aspetti di merito, il programma dei Conservatori risultava limitato e miope, in quanto impermeabile sia alle avanguardie artistiche che alle influenze non europee, che aspetti strutturali, si registravano voci a favore di insegnamenti musicali a livello universitario²³ e proposte di una caratterizzazione dell'insegnamento musicale in relazione ai diversi sbocchi occupazionali²⁴.

Ulteriore critica, avanzata anche da parte governativa, rilevava che la riforma Gentile era eccessivamente limitante per gli studenti, ai fini dell'accesso alle scuole superiori.

Tali valutazioni confluivano nella successiva riforma operata nel 1925, a firma del successore di Gentile, Pietro Fedele, che operava, parallelamente, una revisione dei programmi degli istituti superiori e degli istituti musicali; l'importanza²⁵ rivestita dalle modifiche apportate alla disciplina dei Conservatori era testimoniata dalla convocazione degli "studi generali", ovvero una revisione dei programmi (disciplinati ancora dal Regio Decreto 2 marzo 1899, n. 108) mediante l'istituzione di una commissione ministeriale, che aveva il compito di vagliare le proposte provenienti da "coloro i quali nella scuola hanno acquisito esperienza e sono in grado, per la loro speciale competenza, di valutare la necessità e la misura dei nuovi programmi".

Il lavoro svolto dalla commissione ministeriale confluiva nel Regio Decreto 11 dicembre 1930, n. 1945, recante, "Norme per l'ordinamento dell'istruzione musicale ed approvazione dei nuovi programmi d'esame", con una unificazione degli stessi a livello nazionale²⁶.

Tale disposizione confermava il profilo di un'istruzione musicale con spiccata vocazione tecnico-professionale²⁷, vocazione rimasta immutata fino alla fine del '900.

²¹ S. CASSESE, *La scuola italiana cit.*, p. 214; nei primi anni del regime si registravano le critiche più radicali alla concezione statale della scuola.

Radice e Gobetti, sulle pagine della rivista *'Fascio di educazione nazionale'*, esprimevano pareri negativi contro l'accentramento governativo, contro il protezionismo monopolitico statale della scuola e incoraggiavano l'iniziativa privata nel campo scolastico.

²² G. CANDELORO, *Il fascismo e le sue guerre*, Milano, 1986.

²³ G. FARA, *Università e licei musicali*, in *Riv. Musicale italiana*, 1927, p. 376.

²⁴ L. FORINO, *Come si studia nei conservatori di musica. Considerazioni e proposte*, Roma, 1930.

²⁵ O. MAIONE, *I Conservatori di musica cit.*, pp. 26 e ss.; il confronto sulla tematica dell'organizzazione dei Conservatori era stata al centro del Primo Congresso Italiano di Musica, svoltosi a Torino, nel 1921

²⁶ La disciplina presentava ancora evidenti lacune in quanto le singole discipline non confluivano in sbocchi professionali diversificati, in tal senso, N. SPIRITO, *Disciplina giuridica cit.*, Torino, 2012, p. 9.

²⁷ E. ROSELLI, *Uscire dal ghetto? Riflessioni sulla riforma dei Conservatori di musica a 15 anni dall'approvazione della legge 508*, Roma, 2015.

3. R.D.L. 2 dicembre 1935, n. 2081 e tramonto del modello fascista

Una profonda rivisitazione dell'organizzazione stessa dell'istruzione artistica era prevista nel R.D.L. 2 dicembre 1935, n. 2081 che, inoltre, legiferava anche nella direzione di un accentramento di funzioni in materia di tutela del patrimonio artistico e archeologico²⁸.

Il processo di statalizzazione e accentramento, operante sotto l'autoritarismo dell'epoca, si realizzava sia in riferimento alle funzioni centrali, che in riferimento a quelle periferiche.

Nello specifico, il Ministero della pubblica istruzione era pienamente titolare della direzione degli istituti statali d'istruzione artistica, senza alcuna influenza da parte delle autonomie scolastiche provinciali.

In tale processo legislativo, spiccatamente autoritativo, caratterizzato univocamente dall'accentramento dei poteri, la direzione degli istituti scolastici era demandata al Ministero dell'educazione nazionale, titolare altresì di un potere di vigilanza su tutti gli enti titolari dell'incarico di promuovere l'istruzione artistica.

Inoltre, con riferimento alle funzioni periferiche, erano previsti poteri maggiori nei confronti dei comuni che avevano conservato l'amministrazione delle scuole elementari e, inoltre, l'art. 3 del Regio Decreto 10 giugno 1926, n. 1125, stabiliva che lo Stato poteva concedere ai Comuni, a sgravio degli obblighi del comune stesso, di riconoscere le scuole elementari istituite da corporazioni, associazioni ed enti morali²⁹.

Nel 1939 era promosso un ampio progetto di riforma da parte di Leonardo Severi, disegno di legge organico di riordino dell'istruzione musicale, che teneva conto delle critiche³⁰ avanzate al Regio Decreto 1945/1930, peraltro mai portato a compimento per motivi bellici.

I modelli organizzativi fin qui delineati erano espressione di volontà politiche tese ad affermare, anche in campo culturale e artistico, una autoritarità ministeriale e più in generale governativa, ma raramente presentavano una organicità e una uniformità di fondo, sia *nell'intentio legis* che nella concreta attuazione della legge stessa.

Da un punto di vista didattico, il dopo-regime iniziava con un questionario diffuso dal Ministro Guido Gonella rivolto ai docenti degli istituti, con l'obiettivo di raccogliere proposte per un ripensamento ontologico degli studi musicali e artistici.

²⁸ L'art. 12 stabiliva che "I poteri e le funzioni inerenti alla tutela del patrimonio artistico ed archeologico della nazione e delle bellezze naturali spettano esclusivamente al ministro.", poteri e funzioni che le leggi 20 giugno 1909, n. 364 e 23 giugno 1912, n. 788 attribuivano espressamente a funzionari e soppintendenti.

²⁹ F.L. FERRARI, *Il regime Fascista Italiano*, Roma, 1983.

³⁰ In tal senso si v. G. FARA, *I nuovi programmi nei conservatori*, in *Riv. Musicale Italiana*, 1932.

La sviluppo libero dei programmi didattici negli anni Cinquanta e la relativa stasi legislativa nel disporre una regolamentazione definitiva degli stessi era indice sintomatico di una caratteristica ricorrente nelle politiche italiane legate all'istruzione.

Come rilevato³¹, “le esigenze di rinnovamento venivano fronteggiate non con riforme organiche rispondenti alle mutate prospettive occupazionali e alle diverse richieste culturali, ma con soluzioni provvisorie, che loro malgrado, con il passare del tempo, diventavano definitive”.

Inoltre, il processo di decentralizzazione delle funzioni, in relazione ai Conservatori, era reso particolarmente arduo dalla convinzione ideologica di mantenere un modello centralizzato, in quanto all'autonomia veniva associato il rischio di compromettere la struttura e i valori elitari che caratterizzavano l'istruzione superiore³².

4. *Principi di autonomia amministrativa in epoca repubblicana*

I primi anni dell'epoca repubblicana erano caratterizzati da una fase legislativa letargica, il cui stallo non era rinvigorito nemmeno dalla previsione dell'art. 33 della Costituzione³³, che positivizzava a livello costituzionale l'autonomia universitaria e delle istituzioni di istruzione superiore.

L'attribuzione della personalità giuridica a istituti e scuole d'arte, e la relativa equiparazione sul piano fiscale alle altre amministrazioni dello Stato, avveniva solo con la l. 9 aprile 1962, n. 163, il cui rilievo nodale è altresì confermato dall'art. 1, del d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, che ha dichiarato indispensabile la permanenza in vigore della suddetta legge.

Inoltre si disponeva che il potere di vigilanza su tali enti spettasse unicamente al Ministero della pubblica istruzione³⁴.

I due organi previsti in via legislativa, per gli istituti e le scuole d'arte, erano il Consiglio di amministrazione, con carica triennale, e due revisori dei conti, dei quali, uno nominato dal provveditore agli studi e l'altro dal direttore dell'Ufficio

³¹ O. MAIONE, *I Conservatori di musica cit.*, p. 11.

³² M. VAIRA, *La Costruzione della riforma universitaria e dell'autonomia didattica*, Milano, 2011.

³³ L. CALIFANO, M. RUBECCHI, *Guida ragionata alla Costituzione Italiana*, Bologna, 2013, pp. 100 e ss.; le attività dell'ingegno devono essere sottratte ad interventi limitativi orientati a condizionamenti di tipo ideologico da parte del legislatore.

³⁴ S. CASSESE, *La scuola italiana cit.*, p. 215; già la legge Casati del 1859 prevedeva la libertà di aprire scuole sotto il potere ispettivo delle autorità pubbliche.

La realizzazione del precetto della legge Casati si rendeva impossibile con l'aumento delle dimensioni della macchina pubblica e il relativo moltiplicarsi del numero delle scuole gestite dallo Stato.

Il sistema scolastico diventa, dopo l'avvento della Costituzione, policentrico per ragioni meramente dimensionali.

provinciale del tesoro, entrambi competenti ad assicurare il regolare andamento finanziario della gestione degli istituti e delle scuole d'arte.

La novità più rilevante di tale legge riguardava l'autonomia³⁵ di spesa e di bilancio che era conferita agli istituti e alle scuole d'arte. Il bilancio preventivo, deliberato dal Consiglio di amministrazione e corredato dalla relazione dei revisori dei conti, era sottoposto alla approvazione del Ministero della pubblica istruzione.

L'aver dotato istituti e scuole d'arte di personalità giuridica e il conferimento di un'autonomia finanziaria e di bilancio erano indici sintomatici di una linea di tendenza legislativa manifestamente tesa ad ampliare l'autonomia di tali istituti, mediante un processo esattamente inverso a quello realizzato durante la prima metà del '900.

L'iter legislativo, tracciato dalla legge del 1962 in materia d'istituti d'arte, era confermato nell'*intentio legis*, dalla legge 2 marzo 1963, n. 262, che riconosceva ai Conservatori l'autonomia amministrativa da esercitare sotto la vigilanza del Ministero della pubblica istruzione³⁶.

Inoltre l'art. 2 di tale legge prevedeva che il Consiglio di amministrazione fosse competente a deliberare sul bilancio di previsione dell'istituto, per poi trasmetterlo al Ministero della pubblica istruzione per l'approvazione definitiva.

L'art. 1, comma 2, l. 262/1963 prevedeva un contributo annuo che lo Stato era tenuto a versare in favore di Conservatori e scuole d'arte; tale previsione poteva indurre a considerare gli istituti in questione quali soggetti distinti dallo Stato, proprio perché destinatari di contributi da parte di quest'ultimo, tesi che tuttavia appariva forzata.

Infatti, la differente e preferibile ricostruzione di non considerare il Conservatorio quale ente pubblico autonomo era confermata dalla giurisprudenza³⁷,

³⁵ Art. 5, legge 9 aprile 1962, n. 163.

³⁶ Il "conservare" l'istruzione musicale come qualcosa di avulso dal contesto della scuola, lasciando che ciascun conservatorio proceda singolarmente e solo per frammentarie iniziative locali, ha avuto come conseguenza che l'Italia sia a uno degli ultimi posti nel mondo per educazione musicale.

La principale causa del mal funzionamento dei conservatori di musica va ricercata nell'amministrazione degli stessi, in quanto la legge 2 marzo 1963, n. 262 che regola l'amministrazione dei conservatori di musica, prevede che ad essa debbano sovrintendere ben quattro figure giuridiche soggettive distinte: il Ministero, il consiglio di amministrazione, il direttore artistico e il direttore amministrativo.

In tal senso si v. G.N. VETRO, *Sull'amministrazione dei Conservatori di musica*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1972, p. 119.

³⁷ Corte dei Conti, Sez. Contr., 1 febbraio 1995, n. 15, in *Cons. Stato*, 1995, II, p. 1395; i conservatori statali di musica, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 262 del 1963, pur godendo di autonomia amministrativa, non hanno personalità giuridica e, di conseguenza, se autorizzati ad accettare donazioni e legati, acquistano eventuali beni esclusivamente a favore del patrimonio dello Stato; non è pertanto legittima la vendita da parte di un conservatorio di un bene immobile acquistato come

che negava altresì agli stessi la personalità di diritto pubblico, e più in generale la personalità giuridica, in quanto il fine di istruzione non costitutiva prova idonea a dimostrare la natura pubblica dell'ente, poiché, ai sensi dell'art. 33 della Costituzione, il suddetto fine poteva essere perseguito anche da soggetti privati.

I conservatori rappresentavano, in tale fase legislativa, un modello soggetto-ibrido: erano dotati di un'autonomia amministrativa³⁸ che si rifletteva direttamente in un'autonomia di bilancio, seppur controllata, ma non potevano essere considerati né persone giuridiche pubbliche, né private.

L'autonomia amministrativa e la binarizzazione del sistema, fondato sull'idea di una multifunzionalità dell'istruzione superiore (istruzione secondaria da un lato e istruzione musicale e artistica dall'altro) saranno indici validi fino alla fine del '900.

I Conservatori, con riferimento alla natura giuridica, erano concepiti come istituti di istruzione secondaria di secondo grado, ma si distinguevano dagli altri istituti di istruzione secondaria, perché erano titolari di un'autonomia amministrativa attenuata e una direzione affidata alla composizione mista del Consiglio di amministrazione (rappresentante del Ministero della pubblica istruzione, direttore dell'Istituto e due insegnanti designati dal Collegio dei professori).

Tale grado di autonomia appare giustificato anche dalla tesi secondo cui la musica, dal punto di vista giuridico, rappresenta un bene immateriale unitario a fruizione collettiva³⁹.

Il quadro legislativo in materia di Conservatori e scuole d'arte si presentava, agli inizi degli anni '90 e alla cd. "stagione delle riforme" in diritto amministrativo, come frastagliato e disorganico e risultava particolarmente complesso per gli interpreti giungere a ricostruzioni che potessero individuare in maniera chiara e univoca la collocazione soggettiva e sistematica di tali istituti; inoltre, l'*iter* di redistribuzione e riallocazione dei rapporti stessi tra cittadini e amministrazione, confluito nella riforma costituzionale del 2001, imponeva un ripensamento stesso della "mappa costituzionale dei soggetti pubblici"⁴⁰.

lascito ereditario, in quanto, essendo il bene entrato nel patrimonio dello Stato, tale alienazione sarebbe dovuta avvenire a cura del ministero delle finanze con il procedimento previsto del r.d. n. 454 del 1909 (esperimento di pubblici incanti e parere del Consiglio di Stato).

³⁸ G.N. VETRO, *Sull'amministrazione dei Conservatori cit.*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1972, pp. 119-126.

³⁹ Sul concetto di bene immateriale si veda V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti soggettivi*, Padova, 1983.

⁴⁰ Cfr. S. GAMBINO, *Controlli e autonomie territoriali tra Corte dei Conti, legislazione e giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 17/2013; le profonde trasformazioni istituzionali degli anni '90 coinvolgono nel processo di cambiamento, più in generale, il rapporto fra l'azione amministrativa e i suoi destinatari di diritto, in ciò qualificandosi come espressione di un nuovo modello di democrazia.

In tale nuova ottica perdono (sostanzialmente) rilievo quelle letture dottrinarie fondate sulla autoreferenzialità dell'organizzazione e dell'azione amministrativa per aggiungere alla tematica della legalità dell'azione amministrativa quella della sua efficacia ed efficienza nonché della trasparenza.

5. *T.U., 16 aprile 1994, n. 267 e principi di sussidiarietà istituzionale*

Il profondo percorso riformatore che ha attraversato il nostro ordinamento negli anni '90 è sintetizzato perfettamente dalla parole della Corte Costituzionale⁴¹, secondo la quale la democrazia pluralista si basa su una molteplicità di aggregazioni sociali che perseguono fini diversi e si confrontano su piani d'azione diversi, il principio pluralista comporta la libertà di formazione e di organizzazione di una varietà indefinita di aggregazioni, di istituzioni in cui si rifrange la sovranità popolare di cui all'art. 1 della Costituzione.

In tale contesto riformatore si colloca il Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, disciplinato dal d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, che, per la prima volta, conferiva ai Conservatori e a tutti gli istituti di istruzione artistica personalità giuridica ed autonomia organizzativa, finanziaria, didattica, di ricerca e sviluppo⁴².

Tuttavia, la mancata attuazione della delega nei termini aveva reso tale normativa inefficace, ma la necessità di un decentramento delle funzioni nei Conservatori e nelle scuole d'arte appariva come una necessità primaria e indifferibile nell'ambito della ristrutturazione stessa del sistema di istruzione.

Sulla scia legislativa tracciata dal d.lgs. 297/1994, la legge 15 marzo 1997, n. 59, cd. Riforma Bassanini, identificava l'autonomia delle istituzioni scolastiche, degli istituti educativi e delle Università, quale strumento necessario per attuare il processo di realizzazione dell'indipendenza e della riorganizzazione dell'intero sistema formativo.

Nello specifico, il legislatore rilevava che i processi di riforma che avevano interessato alcuni enti (Università, Camere di commercio), che svolgevano attività d'interesse generale in sede locale, avevano già realizzato modelli di enti pubblici dotati di un'autonomia, definita dal legislatore stesso "funzionale"⁴³, perché differente, per funzioni e prerogative, rispetto ai modelli classici di autonomia fino ad allora conosciuti nell'ordinamento interno.

⁴¹ Corte Costituzionale, 12 aprile 2002, n. 106, in *Riv. amm.*, 2002, p. 407.

⁴² Art. 26, 3° comma, d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297.

⁴³ S. GAMBINO, *Diritto Regionale e degli enti locali*, Milano, 2009, pp. 157-159; la l. 131/2003 ha recuperato uno spazio per le autonomie funzionali, indicandole come destinatarie del conferimento di funzioni vincolando Stato e Regioni "al rispetto, anche ai fini dell'assegnazione di ulteriori funzioni, delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale, anche nei settori della promozione dello sviluppo economico e nella gestione dei servizi".

⁴⁴ Cfr. F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento Italiano*, in *federalismi.it*, n. 24/2009; le autonomie funzionali sono state coinvolte nel processo di revisione costituzionale avviato con la Commissione bicamerale del 1998.

La conclusione del progetto di riforma costituzionale e l'approvazione della legge costituzionale 3/2001 hanno segnato il mancato riconoscimento costituzionale delle autonomie funzionali, "cadute sotto la scure delle aspre opposizioni partitiche".

Con la legge 15 marzo 1997, n. 59, si attribuiva espressamente personalità giuridica agli istituti d'arte, solo in seguito all'acquisizione, da parte degli stessi, dei requisiti prescritti per legge, secondo un processo che contemplava una preventiva analisi delle realtà territoriali, sociali ed economiche, nel prisma del criterio di gradualità⁴⁵, fondamento ispiratore dell'intera riforma.

Pertanto, le istituzioni scolastiche dotate di personalità giuridica erano titolari di un'autonomia organizzativa finalizzata alla realizzazione della flessibilità, della diversificazione, dell'efficienza e dell'efficacia del servizio scolastico, nonché alla integrazione e al miglior utilizzo delle risorse.

Inoltre era riconosciuta un'autonomia didattica finalizzata al perseguimento degli obiettivi generali del sistema nazionale di istruzione, nel rispetto della libertà di insegnamento⁴⁶, della libertà di scelta educativa da parte delle famiglie e del diritto di apprendere, attraverso la scelta programmata di metodologie, strumenti, organizzazione e tempi di insegnamento, da adottare nel rispetto della possibile pluralità di opzioni metodologiche.

Tali principi erano direttamente applicabili alle Accademie di belle arti, agli Istituti superiori per le industrie artistiche, ai Conservatori di musica, alle Accademie nazionali di arte drammatica e di danza, cui era stata attribuita personalità giuridica con regolamento ai sensi del comma 2, art. 21, l. 59/1997.

L'inattività e il disinteresse normativo che aveva accompagnato i progetti di riforma in materia di Conservatori e scuole d'arte assumeva ormai carattere recessivo a causa della necessità di un riordino e di un adeguamento di detti istituti al processo di decentramento e autonomia che caratterizzava gli anni '90⁴⁷.

In tale ottica, il disegno di legge A.C. 2881 del 1997 prevedeva la confluenza degli istituti di istruzione artistica in istituti superiori delle arti (ISDA), i quali

⁴⁵ Cass., Sez. II, 10 gennaio 2003, n. 173, in *Giust. Cin. Mass.* 2003, p. 45; a norma dell'art. 21 legge n. 59 del 1997 le istituzioni scolastiche acquisiscono la personalità giuridica a mano a mano che abbiano raggiunto i requisiti prescritti dal medesimo articolo, mentre l'art. 4 del d.P.R. n. 233 del 1998 prevede il riconoscimento dell'autonomia alle singole istituzioni scolastiche, nonché il riconoscimento della personalità giuridica a quelle che ne fossero prive, con provvedimenti dei dirigenti dell'amministrazione scolastica periferica, con la conseguenza che le istituzioni predette non conseguono la personalità giuridica "*ipso iure*", ma solo con provvedimento formale previo accertamento della ricorrenza dei requisiti prescritti; in mancanza di tale atto formale, la scuola statale non ha una propria *legitimitas ad processum*, svincolata dalla rappresentanza ed assistenza erariali.

⁴⁶ S. CASSESE, *La scuola italiana cit.*; la libertà di insegnamento ha un contenuto bidirezionale, da un lato, è diretta nei confronti dello Stato, che deve astenersi da ogni comportamento che possa violarla.

Dall'altra, essa si dirige anche verso l'organizzatore o gestore della scuola, sia esso lo Stato o un privato.

⁴⁷ F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento Italiano*, in *federalismi.it*, 24/2009; la formula delle autonomie funzionali si è collocata appieno nel processo che ha portato al ripensamento dell'impianto complessivo del decentramento amministrativo, rispetto a quanto era stato definito dal d.P.R. 616/1977.

sarebbero stati dotati di personalità giuridica, un grado di autonomia e funzioni di ricerca e di produzione equiparabili a quelle delle Università.

L'istituzione degli ISDA poteva apparire come una fase di transizione nell'ambito di una rifondazione e riqualificazione dell'intera proposta formativa, ma il disegno di legge era corredato da lacune e incongruenze evidenti; tra queste è opportuno segnalare che il ruolo di insegnamento negli ISDA non avrebbe garantito ai docenti di Conservatori e Accademie l'accesso successivo alla docenza universitaria, oltre alle perplessità legate all'accorpamento di ambiti così lontani tra loro in campo artistico.

Tuttavia, le critiche più articolate nei confronti di tale disegno di legge provenivano direttamente dal CUN (Consiglio Universitario Nazionale), formalizzate nel parere n. 1 del 1998; il CUN condivideva il valore necessario di una riforma, ma riteneva che i percorsi individuati nel disegno di legge non riuscissero a soddisfare le esigenze di riforma avvertite nel settore artistico, coreutico e musicale⁴⁸.

Le censure avanzate dal CUN principiavano dalle perplessità dovute dall'attribuzione agli ISDA di funzioni di cui erano titolari le Università, tra le quali il rilascio di diplomi di laurea.

Inoltre, il disegno di legge prevedeva che gli ISDA avessero come referente un organo di consulenza ministeriale, il Consiglio Nazionale delle arti, differente dal CUN, con le difformità legate a un sistema "bicefalo", che avrebbero creato squilibri "anche nella gestione a regime dello stato giuridico e del reclutamento di personale".

Il CUN, pertanto, nel tentativo di scongiurare una dequalificazione e una provincializzazione insiti nella configurazione di un vero e proprio circuito universitario parallelo, invitava il Parlamento a valutare i rischi del disegno di legge in analisi.

L'*iter* legislativo si concludeva con l'abbandono dell'idea iniziale relativa alla costituzione degli istituti superiori delle arti, ma si palesava la necessità di una equiparazione delle Accademie d'arte agli enti universitari.

Tale esigenza sarà soddisfatta con l'istituzione del Consiglio nazionale per l'alta formazione artistica e musicale (CNAM) ad opera dell'innovativa portata della legge 21 dicembre 1999, n. 508, in un "processo di ateneizzazione" di scuole e accademie di arte e musica non più differibile, come sostenuto in dottrina⁴⁹.

⁴⁸ Parere del CUN, 10 marzo 1998, n. 1; "i percorsi individuati nella proposta di legge non corrispondono ad un'effettiva esigenza promozionale delle arti e comportano una grave turbativa del sistema universitario nel suo insieme, con l'introduzione di una sorta di Università parallela che creerebbe inevitabilmente confusioni nei ruoli e per le equiparazioni dei titoli, nonché per la gestione ed il coordinamento delle autonomie delle singole strutture, senza la necessaria forma di competenza e di formazione scientifica a livello universitario."

⁴⁹ Cfr. U. FRAGOLA, *A margine della l. 21 dicembre 1999, n. 508, nata come legge Sbarbati. Verso la 'ateneizzazione' di scuole e accademie di arte e di musica*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2000, pp. 373-419.

6. *L. 21 dicembre 1999, n. 508, una legge di trasformazione autonomistica*

La legge 21 dicembre 1999, n. 508 operava la riforma delle Accademie delle Belle Arti dell'Accademia nazionale di danza, dell'Accademia nazionale di arte drammatica, degli Istituti superiori per le industrie artistiche, dei Conservatori di musica e degli Istituti musicali pareggiati, operando un'equiparazione degli stessi agli istituti di alta cultura, ex art. 33 della Carta Costituzionale.

La legge, che risultava a tutti gli effetti una legge di trasformazione autonomistica, operava un transito epocale: dalla rappresentazione classica dei Conservatori e delle Accademie d'arte quali istituti di pubblica istruzione alla trasformazione degli stessi in enti universitari autonomi.

Tale variazione incideva in maniera profonda sulla natura stessa di tali istituzioni, che definivano il sistema dell'Alta formazione e specializzazione artistica e musicale (AFAM).

L'innovata qualificazione realizzava una trasformazione radicale, in quanto non si era mai dubitato dell'assimilazione di tali enti agli istituti di formazione secondaria, con conseguente rifiuto ideologico e sistematico di assimilare Conservatori e Accademie d'arte alle accademie di cultura di cui all'art. 33 della Costituzione.

La scelta operata in via legislativa, continuava comunque a registrare soluzioni contrarie in dottrina, arroccate su convinzioni e argomentazioni non più attuali, seppur autorevolmente sostenute⁵⁰.

L'applicabilità dei principi tipici dell'autonomia universitaria⁵¹ agli istituti dell'AFAM rappresentava, senza dubbio, il cambiamento più innovativo.

La normativa del 1994 dotava gli enti in questione di personalità giuridica e riconosceva loro autonomia amministrativa, organizzativa, finanziaria e didattica, di ricerca e di sviluppo.

La legge del 1999, coerentemente con la previsione che riconosceva a Conservatori e Accademie d'arte la qualifica di istituti di alta cultura, individuava in capo a tali enti l'autonomia statutaria, scientifica e contabile e di conseguenza eliminava i poteri di vigilanza del Ministero.

⁵⁰ L. MAZZAROLI, *Le accademie in Italia tra un precario presente e un incerto futuro*, in *Dir. Amm.*, 2001, pp. 373-386; l'autore esclude categoricamente che nella nozione di cui all'art. 33 Cost. possano rientrare istituti quali l'Accademia di Belle Arti.

Secondo l'autore, la rilevanza giuridica di tali istituti, risulta in ragione del loro essere scuole, al di là della nomenclatura di "Accademie".

Inoltre, a corredo di tale argomentazione, è opportuno rilevare che tali enti sono sempre stati sottoposti alla vigilanza dell'ex Ministero della pubblica Istruzione.

⁵¹ Sul punto si v. M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, 1950; F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Giuffrè, Milano, 1990; F. MERLONI, *Il Ministero e l'autonomia delle università e della ricerca*, Bologna, 1989; B. PALMA, *L'università tra accentramento ed autonomia*, Torino, 1983.

La novella, in relazione all'autonomia normativa, delineava un sistema in cui tra la legge e gli atti prodotti dall'ente non vi era spazio per altre fonti⁵².

L'equiparazione degli enti afferenti all'AFAM agli istituti di alta cultura non chiariva tuttavia la questione relativa alla natura giuridica, in quanto nell'ambito dell'art. 33 Cost. sono ricompresi enti quali il Centro Nazionale delle ricerche e l'Istituto nazionale di alta matematica accomunati ai primi dalla medesima esigenza di indipendenza e autonomia, ma differenti ontologicamente da Conservatori e accademie d'arte.

Secondo una posizione dottrinale⁵³, il processo di autonomizzazione⁵⁴ degli istituti dell'AFAM si poteva configurare come un profilo particolare dell'analogo processo che ha interessato le istituzioni scolastiche.

Tale ricostruzione merita tuttavia di essere sconfessata con un'argomentazione da scomporre organicamente in due punti.

In primo luogo, le istituzioni scolastiche sono titolari di autonomia⁵⁵ di ricerca, sperimentazione e sviluppo, in relazione alle esigenze del contesto culturale, sociale ed economico delle realtà locali; ricerca da interpretare in senso didattico, finalizzata al miglioramento dei processi formativi, come ricerca strumentale alle finalità istituzionali di cui la scuola risulta titolare.

La ricerca non costituisce la funzione primaria dell'ente scolastico, ma nonostante ciò, lo stesso può realizzare una funzione di supporto alle attività didattiche e formative svolte nelle scuole.

L'attività di ricerca, di cui sono titolari gli istituti dell'AFAM, di converso, rappresenta la finalità fondamentale e istituzionale di tali enti, in quanto "sedi primarie di alta formazione, di specializzazione e di ricerca"⁵⁶.

Il dato che tuttavia differenzia in maniera marcata i processi di autono-

⁵² N. Spirito, *Disciplina giuridica cit.*, Torino, 2012, p. 18.

⁵³ A. L. TARASCO, *Conservatori di musica e accademie d'arte: quale modello per l'autonomia?*, in *Il Foro Amministrativo T.A.R.*, 2002, pp. 1801-1833.

⁵⁴ F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001; l'Università è un ente pubblico garantito dalla Costituzione nella sua autonomia.

⁵⁵ Come rileva A. SANDULLI, *Istruzione*, in *Diz. dir. publ.* a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, ad un rilievo pubblico dell'istruzione discendente dalla sua considerazione come fine statale corrispondeva la sua configurazione come funzione pubblica, mentre alla concezione dell'istruzione come garanzia di promozione personale dell'individuo è conseguita la sua connotazione prevalente come servizio pubblico.

La concezione dell'istruzione come servizio pubblico in senso oggettivo erogato da una scuola-impresa, con conseguente applicazione dei principi in tema di svolgimento di attività economiche è da attribuire a U. POTOTSCHNIG.

Si v. anche F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 1998; l'autore contrappone alla tesi circa l'esistenza di una netta contrapposizione tra la nozione di funzione pubblica e quella di servizio, la considerazione per cui si tratterebbe di nozioni operanti su livelli differenti e pertanto non contrapponibili.

⁵⁶ Art. 2, comma 4, l. 508/1999.

mizzazione degli istituti scolastici e dell'AFAM è la previsione di una forma di autogoverno, intesa come potere di scegliere il direttivo e gli organi esecutivi, "potere di autodeterminazione del corpo accademico"⁵⁷, facoltà di cui non sono titolari le istituzioni scolastiche.

Le istituzioni scolastiche sono titolari di un'autonomia finalizzata ad adeguare l'offerta formativa ai diversi contesti e alle caratteristiche degli interessi coinvolti nel processo di insegnamento primario.

Tali dati consentono pertanto di sconfessare, in via definitiva, le argomentazioni tese ad assimilare il processo di decentramento delle funzioni che ha interessato le istituzioni scolastiche e l'AFAM, durante gli anni '90.

7. *Comparazione tra gli istituti dell'AFAM e gli enti universitari*

Da un punto di vista sistematico, appare proficuo confrontare il grado di autonomia degli istituti dell'AFAM e quello raggiunto dalle Università, con particolare riguardo alle fonti che garantiscono l'autonomia stessa.

Le Università, dopo il processo di riforma culminato con la legge 9 maggio 1989, n. 168, non sono qualificabili, in termini soggettivi, come organo dello Stato, ma sono enti pubblici autonomi⁵⁸.

L'autonomia universitaria si manifesta e trova attuazione (a mezzo della potestà statutaria e regolamentare) nei limiti indicati dalla legge ed in quegli ambiti che non siano coperti da riserva di legge, con la conseguenza che non sussiste la possibilità, da parte delle disposizioni dettate dagli organi Universitari, di derogare alla disciplina legislativa⁵⁹.

Le fonti regolamentari e statuali che disciplinano l'organizzazione, la struttura e gli obiettivi propri degli enti universitari, in osservanza e nel perseguimento dell'armonizzazione tra i principi costituzionali nazionali e la normativa comunitaria, alla pari con il principio dell'autonomia universitaria, tendono a confluire nel modello delineato dagli accordi europei, caratterizzato da due livelli principali di studio e dalla libera circolazione dei professionisti⁶⁰.

Dalla realizzazione pratica dei principi indicati, il fine primario degli enti universitari risiede nell'attività d'insegnamento, da perseguire attraverso l'attività di ricerca, sia in campo scientifico che in campo umanistico (o artistico).

La legge 508/1999 attribuisce ai Conservatori e alle Accademie funzio-

⁵⁷ Corte Costituzionale, 9 novembre 1988, n. 1017, in *Giur. It.*, 1991, I.

⁵⁸ Cass., S.U., 10 maggio 2006, n. 10700, in *Giust. civ.*, 2007, 5, I, p. 1199.

⁵⁹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1290, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3, p. 892.

⁶⁰ T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 3 dicembre 2003, n. 8737, in *Ragusan*, 2004.

ni non solo didattiche, in quanto il riconoscimento dell'autonomia ai sensi dell'art. 33 implica una parallela attività universitaria, nell'accezione dell'attività di ricerca, nel campo artistico e musicale⁶¹.

Per differente ricostruzione, sostenuta anche durante l'*iter* legislativo di approvazione della legge, è necessario che gli istituti afferenti all'AFAM, pur preservando un livello di autonomia equiparabile a quello degli enti universitari, conservino una propria identità.

In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato⁶², a parere del quale la scelta operata con la l. 508/1999 si orienta nella direzione di istituire un settore di istruzione artistica, con dignità e autonomia pari a quello degli enti universitari, ma diverso e distinto.

Le nuove istituzioni afferenti all'AFAM sono pertanto qualificate come enti di alta formazione artistica e musicale, diverse dalle Università□, ma poste sul medesimo livello.

Di conseguenza, la relativa disciplina, pur ispirandosi al modello universitario, è definita in relazione alla specificità□ del settore.

Inoltre, secondo un'interessante ricostruzione⁶³, il compito di ricerca assegnato agli istituti dell'AFAM dalla l. 508 del 1999 non assume carattere innovativo, in quanto, tali istituti sono deputati ontologicamente alla composizione di opere nuove, in campo artistico e in campo musicale.

I compiti di formazione e ricerca risultano complementari, inscindibili, intimamente connessi alla natura di questi istituti.

Pertanto, l'attività di ricerca perseguita da tali istituti non è attribuita con la l. 508/1999, che dichiara e riconosce formalmente un compito insito nel disvelarsi tipico delle funzioni di Conservatori e Accademie.

Indice sintomatico particolarmente rilevante, teso a valorizzare la qualificazione universitaria dell'AFAM, risiede nella tipologia dei titoli di studio⁶⁴ rilasciati dagli istituti dell'AFAM, analoghi, per valore e livello, ai titoli rilasciati dagli enti universitari; inoltre sussiste equipollenza⁶⁵ dei suddetti titoli al fine esclusivo dell'ammissione ai pubblici concorsi⁶⁶.

⁶¹ Cfr. N. DANIELE, *La pubblica istruzione*, Milano, 2001.

⁶² Cons. St., Sez. atti norm., 17 maggio 2004, n. 2708.

⁶³ A.L. Tarasco, *Conservatori di musica cit.*, in *Il Foro Amministrativo T.A.R.*, 2002, pp. 1801-1833.

⁶⁴ S. CASSESE, *La scuola italiana cit.*, in *Il Foro italiano*, 2001, pp. 213-217; l'autore ritiene che l'attuale meccanismo dei titoli di studio, vigente nell'ordinamento italiano, debba essere superato.

Il valore legale dei titoli di studio è tenuto in piedi dal forte peso che, nel mercato intellettuale italiano, ha la pubblica amministrazione, in quanto gli stessi hanno rilevanza solo per gli uffici pubblici e le attività professionali

⁶⁵ In tal senso si v. A. DONDI, *Musica e occupazione*, Milano, 2007.

⁶⁶ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1593; ai sensi dell'art. 1 comma 103 e 107, l. n. 228 del 2012, i diplomi rilasciati da istituzioni appartenenti al comparto AFAM (alta

8. *Autonomia funzionale e rilevanza giuridica*

La riconosciuta autonomia costituisce uno strumento ottimale attraverso cui gli istituti possono realizzare le proprie finalità istituzionali; tuttavia è opportuno rilevare che l'ordinamento italiano riconosce e promuove differenti autonomie (*rectius*: differenti modelli autonomistici⁶⁷).

I differenti modelli si relazionano e adattano ai tipi di collettività cui accedono e sono modellati in base all'esigenza da soddisfare con lo schema autonomistico destinato a rispondere a una determinata finalità⁶⁸.

Le diverse declinazioni di autonomia sono pertanto accomunate dall'essere espressione di un'autogestione, costituzionalmente garantita dal potere centrale.

L'assimilazione degli istituti dell'AFAM agli enti universitari non è indice sintomatico di due autonomie speculari, in quanto l'autonomia deve essere plasmata e conformata in base alle finalità che si intendono perseguire con il riconoscimento della stessa.

Tuttavia tale assimilazione, offre la base normativa⁶⁹ per considerare gli istituti dell'AFAM quali autonomie funzionali⁷⁰, ovvero enti autonomi

formazione artistica e musicale) secondo l'ordinamento di studi anteriore alla l. n. 508 del 1999 sono riconosciuti equipollenti alle lauree magistrali quinquennali previste dal nuovo ordinamento di studi universitari, purché congiunti al possesso di un diploma di scuola secondaria di secondo grado.

⁶⁷ M. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2005, pp. 353-393; l'impossibilità di ricondurre l'autonomia scolastica al modello supremo delle autonomie politico-territoriali richiede un'analisi diretta a identificare gli istituti o con le autonomie gestionali o con le autonomie funzionali, dette anche sociali.

Per identificare il modello di autonomia scolastica è opportuno operare una inevitabile semplificazione classificatoria e a scegliere il modello delle autonomie funzionali che costituiscono una risposta al bisogno fondamentale che determinati interessi collettivi, riconducibili a collettività di persone direttamente coinvolte dallo svolgimento di alcune funzioni di particolare rilievo socio-economico, tecnico o culturale, siano amministrati in proprio dalle collettività interessate.

⁶⁸ E. PICOZZA, *La riforma delle attività musicali in Italia*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pp. 442 e ss.; l'istruzione musicale è tutelata quale fenomeno collettivo, con conseguenti responsabilità per la classe politica e amministrativa cui sono attribuite il complesso di funzioni di indirizzo.

Alla luce di tali considerazioni il modello delle autonomie funzionali appare rispondere in pieno a tali esigenze.

⁶⁹ L'art. 1, l. 59/1997, escludeva dal processo di trasferimento verso gli enti territoriali "i compiti esercitati in regime di autonomia funzionale dalle (...) Università degli Studi.

⁷⁰ Sul punto si veda, per una trattazione completa, seppur da una prospettiva diversa S. CASSESE, *Le Camere di Commercio e l'autonomia funzionale*, 2009; B. CARAVITA DI TORITTO, *Camere di commercio e autonomie funzionali: la creazione di un originale modello istituzionale e la strada per una sua definitiva affermazione nella realtà costituzionale italiana*, in *federalismi.it*, n. 3/2006; F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento Italiano*, in *federalismi.it*, n. 24/2009.

di diritto pubblico, non territoriali, espressione dell'incontro fra particolari settori della società civile⁷¹.

Il modello dell'autonomia funzionale consente di preservare la natura pubblicistica mediante la valorizzazione dello strumento della personalità giuridica, nell'ottica dell'imputazione degli atti e di responsabilizzazione dell'ente.

Tali istituti si collocano in un regime di autonomia rispetto all'apparato amministrativo e sono espressione rappresentativa delle comunità di riferimento: le comunità artistiche.

In tal senso si è parlato di autonomie sociali⁷², nelle quali, con riferimento alla musica e all'arte, si coltiva la dimensione sociale, collettiva e comunitaria della persona⁷³.

L'autonomia funzionale non deriva da dinamiche di rappresentanza politica ma dall'esercizio di una specifica funzione di interesse generale, in ordine alla quale l'autonomia è proporzionale al possesso di requisiti tecnici specifici strumentali all'adeguato svolgimento dell'attività istituzionale⁷⁴.

Le autonomie funzionali rappresentano una soluzione istituzionale che prevede un raccordo tra gli indirizzi dell'amministrazione e le necessità delle comunità coinvolte, mediante la valorizzazione diretta dell'apporto di tutti i soggetti, pubblici e privati⁷⁵.

La posizione intermedia tra amministrazione e privati è strumentale a una sintesi tra interessi pubblici e privati di cui sono titolari i soggetti coinvolti, parametrata sulle cd. collettività culturali che dette istituzioni rappresentano.

Il bilanciamento degli interessi in gioco è operato dall'interno e non in via autoritativa, in quanto gli istituti dell'AFAM sono capaci di selezionare le questioni nodali da dirimere, "capacità fatalmente preclusa alle istituzioni legate al circuito della mediazione politica e partitica"⁷⁶.

Il regime di autonomia funzionale trova espressione diretta nell'autonomia normativa, e nella capacità di autoorganizzazione e autodeterminazione di tali istituti, in quanto disvela il carattere di enti che non si affiancano allo Stato, ma di formazioni che esprimono potenzialità culturali di una parte della società.

Per differente ricostruzione⁷⁷, le funzioni e l'autonomia riconosciuta a tali istituti configurano una struttura duale, nel quale gli istituti e lo Stato concorrono nello svolgimento delle funzioni.

⁷¹ S. GAMBINO, *Diritto Regionale e degli enti locali*, Milano, 2009, pp. 157-159.

⁷² In tal senso si v. A. L. TARASCO, *Conservatori di musica cit.*, in *Il Foro Amministrativo T.A.R.*, 2002, pp. 1801-1833.

⁷³ G. ROLLA, *La tutela costituzionale dei diritti*, Milano, 2010.

⁷⁴ In tal senso si v. A. SANDULLI, *Sussidiarietà e autonomia scolastica nella lettura della Corte Costituzionale*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 4/2004, pp. 543-559.

⁷⁵ F. CORTESE, *Coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

⁷⁶ A. D'ATENA, *Costituzione e principi di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1/2001, pp. 13-33.

⁷⁷ In tal senso si v. N. SPIRITO, *Disciplina giuridica cit.*, Torino, 2012.

Tale ricostruzione è confutata dalla condivisibile considerazione ⁷⁸secondo cui università e istituti dell'AFAM non hanno come finalità l'esercizio del potere, dato che ontologicamente esclude una concorrenza degli stessi con lo Stato.

Pertanto, l'autonomia riconosciuta dallo Stato non è finalizzata all'esercizio del potere in sé considerato, ma deve essere strumentale all'adempimento dei compiti cui le Università e gli istituti dell'AFAM sono titolari, in quanto enti a spiccata (*rectius* univoca) funzione culturale e di servizio per il progresso sociale, il cui baricentro resta sempre la collettività⁷⁹.

In tale ottica, i poteri di autodeterminazione e autogoverno non sono conseguenza del carattere statale di tali enti, ma sono mezzi di espressione dell'autonomia riconosciuta, pertanto è opportuno configurarli non in termini di concorrenza allo Stato, ma in termini di alterità rispetto ad esso.

A corredo ulteriore di tale impostazione, viene in rilievo autorevole dottrina⁸⁰, secondo cui l'autarchia, l'autotutela e l'autonomia normativa sono dei baluardi in difesa dell'autonomia degli studiosi e degli accademici e che pertanto non qualificano gli istituti di cultura come organi o appendici dello Stato.

L'autonomia rivela il suo carattere "funzionale", in quanto la garanzia di autodeterminazione è posta a presidio e al servizio di attività, quali quelle universitarie e culturali, che devono necessariamente rimanere indipendenti, "l'attività universitaria ha bisogno anzitutto di libertà⁸¹".

Gli istituti dell'AFAM possono pertanto essere definiti come organi della società, tutelati nell'indipendenza dallo Stato, sconfessando la ricostruzione che li annovera tra enti pubblici⁸², nella concezione classica del termine, o organi dello

⁷⁸ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *L'Università come società*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1976, pp. 269-294; è evidente che l'università ha bisogno di potersi dare ordinamenti differenziati.

⁷⁹ V. MERIKOSKY, *L'amministrazione universitaria: autonomia o centralizzazione?*, Milano, 1969.

⁸⁰ Cfr. F. BENVENUTI, *L'Università: autonomia e decentramento*, Padova, 1980.

⁸¹ In tal senso si v. U. POTOTSCHNIG, *L'Università come cit.*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1976, pp. 269-294.

⁸² A tal proposito sul punto è opportuno segnalare la sentenza Cons. St., 11 luglio 2016, n. 3043, in *Guida al diritto* 2016, 38, 96, con nota di A. CORRADO; come da consolidata giurisprudenza, la qualifica di ente pubblico non è legata a criteri statici e formali, ma a criteri cangianti e funzionali.

La nozione di ente pubblico non è più fissa e immutabile, ma la nozione funzionale e dinamica non predica che un soggetto che possa essere qualificato come pubblico a prescindere dall'esistenza di una base legislativa che sottoponga quel soggetto a un regime pubblicistico.

La sentenza, nello specifico, affronta la questione relativa alla natura pubblica delle c.d. libere Università ai fini dell'applicazione degli obblighi in materia di trasparenza e pubblicità, concludendo con l'esclusione della qualifica pubblicistica delle Università libere in relazione ai predetti obblighi.

Il decreto legislativo 33/2013 in materia di pubblicità e trasparenza implica l'introduzione di forme di controllo (pubblicistico e collettivo) che sono in contraddizione con il principio costituzionale di indipendenza e autonomia ex art. 33 e, più in generale, mal si conciliano con la missione specifica assegnata alle Università.

Stato; sono espressione e attuazione di sussidiarietà orizzontale⁸³ che permette di “conferire ai tratti di autonomia o di indipendenza tecnica e sociale delle autonomie funzionali una valenza costituzionale⁸⁴”.

La nozione di autonomia funzionale sintetizza perfettamente il pluralismo sociale e il pluralismo istituzionale, in quanto risulta funzionale al dispiegarsi dell’articolazione delle formazioni sociali, quali gli istituti dell’AFAM, cui l’art. 2 della Costituzione fa espressamente riferimento.

Secondo tali coordinate, il pluralismo diviene un insostituibile assetto istituzionale, in cui, al centro del sistema è posta la persona, nella sua dimensione singola o associata, come accade con gli istituti di alta cultura⁸⁵.

L’autonomia funzionale riconosciuta agli istituti dell’AFAM rinviene una base a duplice connotazione, culturale e sociale, che colloca dette istituzioni in una posizione intermedia tra la società civile e il potere statale e locale.

La riconosciuta autonomia, connessa indissolubilmente alla assimilazione degli istituti dell’AFAM agli istituti di alta cultura ex art. 33 Cost., interrompe il legame diretto che li lega allo Stato e li fa transitare in una dimensione giuridica in cui divengono espressione delle singole comunità artistiche, con uno spazio d’azione e un potere di autodeterminazione in funzione delle rispettive esigenze di ogni singolo istituto.

8.1 *Gli istituti dell’AFAM come autonomie funzionali dimidiate*

Nonostante l’assimilazione legislativa agli enti universitari e il percorso evolutivo che ha condotto gli istituti dell’AFAM verso la tutela ex art. 33 Cost., il grado di autonomia di detti istituti appare attenuato e, in ogni caso, non comparabile a quello raggiunto dalle Università.

Ulteriore fattore da valutare è quello relativo ai tempi di attuazione della riforma⁸⁶, punto sul quale il Consiglio di Stato, a più riprese⁸⁷, aveva rilevato che

⁸³ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *federalismi.it*, n. 5/2006; “la sussidiarietà orizzontale involge i profili relativi all’impervia questione del rapporto tra pubblici poteri e autonomia dei privati.”

⁸⁴ G. SORICELLI, *Il punto sulle autonomie funzionali*, in *Diritto dell’economia*, n. 2/2006, pp. 315-341.

⁸⁵ In tal senso si v. B. CARAVITA DI TORITTO, *Camere di commercio cit.*, in *federalismi.it*, n. 3/2006.

⁸⁶ E. PICOZZA, *La riforma dei Conservatori ancora in mezzo al guado*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2007, pp. 443-451; l’autore, ad oltre sei anni dalla legge del 1999, rileva che la concreta attuazione della legge è lontana dal raggiungimento degli obiettivi fondamentali, e soprattutto dal mettere in pratica l’originario spirito riformatore.

⁸⁷ Cons. St., Sez. atti norm., parere 7 maggio 2001, n. 39; Cons. St., Sez. atti norm. 6 maggio 2002, n. 1381, analizzate in A. L. TARASCO, *Conservatori di musica cit.*, in *Il Foro Amministrativo T.A.R.*, 2002.

“l’esigenza prioritaria è che la riforma cominci ad essere attuata e che sia completata”, perché i regolamenti attuativi costituiscono premessa indispensabile e pregiudiziale diretta alla concreta dotazione dei poteri di autonomia nei confronti degli istituti dell’AFAM.

In ogni caso, al di là dell’analisi relativa all’iter e ai tempi di attuazione della riforma, il carattere temperato dell’autonomia risulta da un fattore, in relazione al quale si rende necessario un approfondimento.

Il dato in questione è quello relativo alla fonte cui è affidata in concreto l’attuazione della legge che riconosce e garantisce l’autonomia.

L’autonomia universitaria è riconosciuta direttamente nella normativa primaria che demanda alla disciplina secondaria la definizione di norme di dettaglio che non incidono sull’ampiezza dell’autonomia, ma cristallizzano un grado di indipendenza già garantito con la legge.

Per gli istituti dell’AFAM la fonte primaria dispone solo una serie di principi, la cui attuazione è rimessa a regolamenti governativi che definiscono in concreto i confini dell’autonomia.

Ciò conduce a ritenere condivisibile l’affermazione secondo cui “la legge ordinaria svolge una mera funzione di autorizzazione del riconoscimento dell’autonomia, mentre i concreti contenuti e limiti di questa sono fissati in via regolamentare⁸⁸”.

La concreta realizzazione dell’indipendenza di tali istituti appare meno stabile, perché i regolamenti possono, in concreto, svuotare di significato il riconoscimento legislativo che garantisce solo in via di principio l’autonomia.

Una ricostruzione particolarmente avversa alla scelta di demandare ai regolamenti l’estensione dell’autonomia ha definito la legge 508/1999, “una legge anemica, con poche disposizioni, per di più sproporzionate al lungo tempo di gestazione della stessa⁸⁹”.

Per le Università, il legislatore ha voluto ripartire la fonte dell’autonomia normativa tra fonte statale primaria e fonti di autonomia (statuti e regolamenti), nel senso che la legge statale che fissa i limiti dell’autonomia universitaria è tenuta anche ad individuare un’area normativa riservata alla competenza statutaria che prevale sulle altre norme di rango primario, salvo che queste non intendano espressamente disciplinare la specifica materia universitaria. Fissati i limiti alla autonomia universitaria e divenuti operanti i criteri di riparto di competenza tra le due fonti normative (quella statale e quella universitaria), la legge statale finisce per produrre anche una delegificazione, in quanto è essa stessa che esclude la possibilità che in caso di antinomie tra norme legislative e norme statutarie su materie riservate a queste ultime, siano sempre le prime a prevalere⁹⁰.

⁸⁸ A. L. TARASCO, *Conservatori di musica cit.*, in *Il Foro Amministrativo T.A.R.*, 2002, pp. 18 e ss.

⁸⁹ U. FRAGOLA, *A margine della l. 21 dicembre 1999, n. 508, nata come legge cit.*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2000, pp. 373-419.

⁹⁰ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 17 gennaio 2007, n. 15.

Inoltre, le fonti regolamentari e statuali, che disciplinano l'organizzazione, la struttura e gli obiettivi propri degli enti universitari, in osservanza e nel perseguimento dell'armonizzazione tra i principi costituzionali nazionali e la normativa comunitaria, alla pari con il principio dell'autonomia universitaria, tendono verso la convergenza con il modello delineato dagli accordi europei⁹¹.

Per le Università, il riconoscimento di un'autonoma capacità normativa degli atenei di provvedere, mediante atti di normazione secondaria, alla disciplina dell'organizzazione delle facoltà e dei corsi di laurea è già definita nei suoi caratteri generali dall'art. 6, l. 9 maggio 1989 n. 168⁹².

Tuttavia è opportuno rilevare che la riforma universitaria, avviata con la l. 30 dicembre 2010, n. 240, configura un nuovo rapporto tra Atenei e il MIUR che fa dubitare della tenuta del sistema delle autonomie universitarie⁹³.

Nella stessa direzione sembra legiferare il d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 18, che introduce un sistema che influenza le forme di esercizio dell'autonomia finanziaria e contabile delle Università; l'effetto delle novità menzionate appare mettere in luce una diversa dimensione del rapporto con il potere centrale⁹⁴.

Con riferimento ai regolamenti attuativi dell'autonomia riconosciuta agli istituti dell'AFAM è opportuno analizzare il d.P.R. 28 febbraio 2003, n. 132, che approvava i criteri per l'autonomia statutaria, organizzativa e contabile delle istituzioni artistiche e musicali, che, al di là della fonte regolamentare, si caratterizza per una maggiore concentrazione dei poteri decisionali in capo al direttore, che appare rendere più temperata l'ampiezza dell'indipendenza di tali enti.

9. L. 13 luglio 2015, n. 107 e brevi riflessioni conclusive

La mancanza di parametri fissi e unitari diretti alla classificazione dei soggetti pubblici⁹⁵, in ragione anche dell'influenza del diritto eurounitario, conduce, anche in relazione agli istituti dell'AFAM a una valorizzazione dei profili funzionali relativi alle finalità, artistiche e culturali, perseguite.

⁹¹ T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 3 dicembre 2003, n. 8737, in *Ragiusan* 2004, Sez. 247, pp. 61-64.

⁹² T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 30 giugno 1997, n. 1656, in *Foro amm.*, 1998, p. 913.

⁹³ C. BARBATTI, *Il governo del sistema universitario: soggetti in cerca di ruolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, pp. 337 e ss.

⁹⁴ Sul punto si v. V. BERLINGÒ, *La nuova disciplina amministrativa, finanziaria, e contabile degli Atenei e i suoi riflessi sull'autonomia universitaria*, in *federalismi.it*, n. 4/2015, pp. 3 e ss.; l'autrice, nella parte iniziale del saggio, dubita che la struttura del d. lgs. 18/2012 possa essere compatibile con la posizione assegnata dalla Costituzione alle autonomie universitarie.

Si rileva, a tal proposito, la posizione dell'autrice che diffida dall'omologazione acritica di ogni forma di differenziazione, di autonomia e di garanzia delle diverse soggettività istituzionali.

⁹⁵ Cons. St., Sez. VI, 26 luglio 2016, n. 3387.

Il percorso legislativo teso all'ampliamento dell'autonomia degli istituti di alta cultura e la assimilazione degli istituti dell'AFAM agli enti universitari dovrà essere valutato alla luce dei decreti attuativi della legge delega 13 luglio 2015, n. 107⁹⁶.

La definizione di autonomie funzionali attenuate, espressioni di comunità artistiche, ontologicamente indipendenti dal potere centrale, in rapporto non di concorrenza ma di alterità rispetto allo Stato stesso, circoscrive l'ambito soggettivo essenziale degli istituti dell'AFAM.

Gli istituti di alta cultura svolgono la funzione di produrre ed elaborare una cultura, tuttavia non si tratta di una cultura di Stato, ma di una cultura pluralistica, istituzionale e sociale, che solo un'organizzazione autonoma può garantire⁹⁷.

Attraverso il modello delle autonomie funzionali, espressione stessa del pluralismo istituzionale e della neutralità delle forme giuridiche, si realizza "l'equiordinazione autonomistica" auspicata da autorevole dottrina⁹⁸, che rifugge dalla "degradazione gerarchica", per giungere a una distinzione tra i soggetti pubblici non basata su fattori statici e predeterminati, ma basata su indici funzionali, flessibili e mutevoli.

Gli istituti di alta cultura sono espressione dell'incontro tra particolari settori della società civile e lo Stato, si connotano per le funzioni pubblicistiche e sono altresì espressione dell'autonomia di comunità, quali quelle artistiche, i cui interessi non⁹⁹ rispondono ad un criterio di radicamento territoriale¹⁰⁰.

L'esigenza sottesa al riconoscimento degli istituti dell'AFAM quali autonomie funzionali a carattere pieno è principalmente un'esigenza di autoamministrazione¹⁰¹ legata alla necessità di gestire a valle l'esercizio delle corrispondenti funzioni, legate allo sviluppo dell'arte e della cultura artistica e musicale.

⁹⁶ Per una analisi dell'intero impianto della riforma si veda M. COCCONI, *Gli ingredienti necessari per di una "buona" autonomia scolastica*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2015, pp. 647-675.

⁹⁷ L. DEGRASSI, *Cultura e Istituzioni*, Milano, 2008, pp. 9-12.

⁹⁸ F. BENVENUTI, *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Jus*, 1959.

⁹⁹ In senso difforme E.L. CAMILLI, *Commentario al d.P.R. 616*, Milano, 1980; l'attività di promozione educativa e culturale in materia musicale è un servizio sociale che deve essere svolto, o direttamente, o contribuendo al sostegno di enti, società regionali o a prevalente partecipazione di enti locali o di associazioni a larga base rappresentativa, nonché contribuendo ad iniziative di enti locali o consorzi di enti locali.

¹⁰⁰ S. GAMBINO, *Diritto regionale cit.*, Milano, 2009; le autonomie funzionali sono espressione delle formazioni sociali. Sul punto l'autore espone una condivisibile ricostruzione secondo la quale le autonomie funzionali si collocherebbero in una posizione intermedia tra la sussidiarietà orizzontale e la sussidiarietà verticale, nel senso che andrebbero a curare interessi pubblici con un'organizzazione anche espressione del sociale e quindi dei privati ma con poteri di tipo pubblicistico loro riconosciuti in forza della capacità rappresentativa di comunità, non radicate territorialmente.

¹⁰¹ M. RENNA, *L'autonomia incompiuta cit.*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2005, pp. 353-393; le autonomie funzionali a carattere pieno affondano le radici nel tessuto più vivo della società civile e oltrepassano i limiti di un fenomeno meramente organizzativo della pubblica amministrazione.

La latitudine stessa dell'autonomia riconosciuta a tali istituti dovrà essere valutata alla luce delle scelte legislative in merito alla attuazione della legge delega 107/2015.

Nello specifico è previsto, in relazione all'insegnamento scolastico, un potenziamento delle competenze nella pratica e nella cultura musicali, nell'arte e nella storia dell'arte, nel cinema, nelle tecniche e nei media di produzione e di diffusione delle immagini e dei suoni, anche mediante il coinvolgimento dei musei e degli altri istituti pubblici e privati operanti in tali settori.

È previsto un incremento dei fondi per il funzionamento amministrativo e didattico delle istituzioni statali dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica.

Tra i principi e i criteri direttivi che caratterizzeranno i decreti attuativi è opportuno rilevare la promozione e diffusione della cultura umanistica, la valorizzazione del patrimonio e della produzione culturali, musicali, teatrali, coreutici e cinematografici e sostegno della creatività connessa alla sfera estetica, attraverso l'accesso alla formazione artistica, musicale e coreutica e la realizzazione di un sistema formativo della professionalità degli educatori e dei docenti in possesso di specifiche abilitazioni e di specifiche competenze artistico-musicali.

Rilievo nodale assume la disposizione che prevede l'armonizzazione dei percorsi formativi di tutta la filiera del settore artistico-musicale, con particolare attenzione al percorso pre-accademico dei giovani talenti musicali, anche ai fini dell'accesso all'alta formazione artistica, musicale e coreutica e all'università.

La necessità di uniformare il percorso formativo di tipo artistico in sé, e in ottica funzionale all'accesso agli istituti di alta formazione, è indice sintomatico di una *intentio legis* diretta a rendere altamente specialistici e settoriali i percorsi di formazione nel settore in questione.

La legge delega non chiarisce (e non è tenuta a chiarire) gli aspetti relativi alla soggettività e all'autonomia degli istituti dell'AFAM.

De iure condendo, tuttavia, gli indici sintomatici relativi alla promozione, alla diffusione e alla valorizzazione delle "creatività connessa alla sfera estetica" legati indissolubilmente al consolidamento degli istituti dell'AFAM, si muovono nella direzione di concepire tali istituti quali autonomie funzionali a carattere pieno, in relazione a soggetti pubblici inevitabilmente a "geometria variabile", nella declinazione unica di modelli organizzativi pubblici di intermediazione sociale e talvolta territoriale.

I pubblici poteri devono fornire risposte adeguate alla domanda di trasformazione della cultura musicale, artistica e coreutica¹⁰², attraverso una scelta mirata al raggiungimento di un livello di autonomia pieno che si riveli strumentale all'attuazione della libertà delle stesse, riconosciuta dalla stessa Carta Costituzionale.

¹⁰² Alle stesse conclusioni perviene E. PICOZZA, *La riforma delle attività musicali in Italia*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pp. 483-484; l'obiettivo delle riforme deve mirare al raggiungimento di un adeguato livello di formazione educativa musicale, sia di carattere generale, sia di carattere specialistico.

Abstract

Unsettled Layout of Legal Personality and Functional Autonomy of Public Bodies: the Institutions in charge of High Education in the fields of Music, Art and Dance (AFAM)

by Vinicio Brigante

The essay deals with the evolution of Italian legislation on musical, artistic and dance education. The Author focus on the issue of administrative autonomy in this subject matter after the fall of Fascist regime and underline the impact of the Italian Constitution of 1948 on the legislative framework. It is then described the reforming process of 1994-1999 which enhanced the administrative autonomy and the subsidiarity principle. Lastly, it is outlined the legal regime of these institution through a comparison with the principle of the principle of “Functional” Administrative Autonomy that is constitutionally granted in Italy to Universities to conclude that there is a Limited Functional Administrative Autonomy for these institutions. The Author conclude its analysis with some critical observations on law n. 107 of 2015.

La gestione straordinaria e temporanea delle strutture sanitarie accreditate con il S.S.N.

di Marcello Di Francesco Torregrossa

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. L’accreditamento istituzionale e gli accordi contrattuali di cui all’art. 8-quinquies del d.lgs. 502/92. – 3. La straordinaria e temporanea gestione dell’impresa sanitaria e l’accantonamento del fondo vincolato. – 4. Profili conclusivi.

1. Premesse

L’art. 32 del decreto legge n. 90/2014 ha introdotto all’interno dell’ordinamento giuridico lo strumento delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese aggiudicatrici di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, allorché queste siano coinvolte in procedimenti penali per fatti corruttivi ovvero siano destinatarie di informazioni antimafia interdittive.

Attraverso l’art. 1, comma 704, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016)¹, il legislatore ha previsto l’estensione di tali misure anche alle imprese

¹ «All’articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, sono apportate le seguenti modifiche:

a) al comma 1, alinea, dopo le parole: «servizi o forniture,» sono inserite le seguenti: «nonché ad una impresa che esercita 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,»;

b) al comma 1, lettera a), la parola: «appaltatrice» è soppressa e dopo le parole: «d’appalto» sono inserite le seguenti: «ovvero dell’accordo contrattuale»;

c) al comma 1, lettera b), la parola: «appaltatrice» è soppressa e dopo le parole: «d’appalto» sono inserite le seguenti: «ovvero dell’accordo contrattuale»;

d) al comma 2, dopo le parole: «del contratto» sono inserite le seguenti: «ovvero dell’accordo contrattuale»;

e) dopo il comma 2 è inserito il seguente:

«2-bis. Nell’ipotesi di impresa che esercita 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, il decreto del Prefetto di cui al comma 2 è adottato d’intesa con il Ministro della salute e la nomina è conferita a soggetti in possesso di curricula che evidenzino qualificate e comprovate professionalità ed esperienza di gestione sanitaria»;

f) al comma 10, al primo periodo, dopo la parola: «contratto» sono inserite le seguenti: «ovvero dell’accordo contrattuale» e dopo il secondo periodo è inserito il seguente:

«Nei casi di cui al comma 2-bis, le misure sono disposte con decreto del Prefetto, d’intesa con il Ministro della salute»;

g) dopo il comma 10 è aggiunto il seguente:

«10-bis. Le misure di cui al presente articolo, nel caso di accordi contrattuali con il Servizio sanitario nazionale di cui all’articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, si applicano ad ogni soggetto privato titolare dell’accordo, anche nei casi di soggetto diverso dall’impresa, e con riferimento a condotte illecite o eventi criminosi posti in essere ai danni del Servizio sanitario nazionale».

– e ai soggetti diversi dall’impresa – che esercitano attività sanitaria per conto del Servizio Sanitario Nazionale, in base agli accordi contrattuali di cui all’art. 8-*quinquies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, intesi, nello specifico, come gli accordi che gli enti e le aziende del Servizio Sanitario Nazionale sottoscrivono con soggetti privati al fine di erogare prestazioni sanitarie e socio-sanitarie con imputazione dei relativi oneri, totali o parziali, a carico di quest’ultimo.

Come specificato dalle stesse “Quarte linee guida” emanate dal Ministero dell’Interno, d’intesa con l’Autorità Nazionale Anticorruzione e con il Ministero della Salute, aventi ad oggetto l’applicazione dell’art. 32, commi 2-*bis* e 10 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito con modifiche nella legge 11 agosto, n. 114), la decisione di utilizzare il concetto giuridico di accordi contrattuali di cui all’art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/92 “*va ragionevolmente inteso come riferimento ad una categoria volutamente generica, che attesta la volontà del legislatore di ricomprendere qualsivoglia ipotesi convenzionale, stipulata tra Regione e Asl e strutture private, secondo le specifiche discipline previste dalla legislazione nazionale e regionale, al fine di stabilire il numero massimo e il corrispondente valore economico delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie che le strutture accreditate sono abilitate ad erogare per conto e a carico del Servizio sanitario nazionale/regionale*”.

L’estensione della normativa in esame mira, in sostanza, a coniugare le esigenze economiche del momento preventivo-repressivo delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio con l’interesse pubblico generale di natura sanitaria.

Dal punto di vista procedimentale, con riferimento ai soggetti che esercitano attività sanitaria per conto del S.S.N. in base a detti accordi, il nuovo art. 32, comma 1, decreto legge n. 90/2014, prevede che il Presidente ANAC, in presenza di tutti i presupposti descritti *ex lege*, proponga al Prefetto, alternativamente, di ordinare la rinnovazione degli organi sociali dell’impresa sanitaria coinvolta e, ove questa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere, attraverso la nomina di uno o più amministratori cui sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione, alla straordinaria e temporanea gestione dell’impresa medesima, limitatamente alla completa esecuzione dell’accordo contrattuale, oppure di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell’impresa, sempre limitatamente alla completa esecuzione dell’accordo contrattuale (la stessa procedura è stata estesa anche ai concessionari di lavori pubblici e per i contraenti generali).

In via analogica, seppur assumendone l’iniziativa e informando di ciò il Presidente dell’ANAC, il Prefetto procede, ai sensi dell’art. 32, comma 10, del decreto legge citato, nel caso in cui, a seguito di un’informazione antimafia interdittiva nei confronti dell’impresa, valuti sussistere l’urgente necessità di assicurare il completamento dell’esecuzione dell’accordo contrattuale, al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali,

nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici.

In definitiva, l'estensione di tali misure cautelari alle imprese esercenti attività sanitaria in accreditamento con il Sistema Sanitario Nazionale interviene in un contesto ordinamentale in cui diviene centrale e primaria l'esigenza di razionalizzare e controllare la spesa pubblica della sanità. In tale ottica, il legislatore è pervenuto all'applicazione *tout court* dello strumento giuridico disciplinato dall'art. 32 del decreto legge n. 90/2014, il quale, come è noto, è riuscito efficacemente a contemperare la necessità di prosecuzione delle opere pubbliche con quella di evitare che la presenza di conclamati fenomeni corruttivi possano arrecare particolari danni all'erario pubblico.

Tuttavia, le misure in oggetto sono state pensate ed elaborate per incidere in meccanismi prettamente economici ed imprenditoriali, di talché un'analisi sulla loro effettiva funzionalità rispetto all'ambito sanitario non può non tener conto delle peculiari caratteristiche di quest'ultimo, avuto riguardo, cioè, in primo luogo alla natura dell'attività svolta, in relazione al diritto alla salute dei cittadini, che spesso si pone in contraddizione con i principi generali di contabilità, e – contestualmente – alla posizione giuridica soggettiva assunta dall'impresa sanitaria rispetto al servizio sanitario nazionale.

A tal proposito, appare quindi opportuno procedere ad una disamina del rapporto intercorrente tra disposizioni sancite dal d.lgs. n. 502/92 e quelle previste nel decreto legge n. 90/2014, tenuto comunque conto che le misure di quest'ultimo sono state inizialmente concepite per intervenire nella fase esecutiva di una procedura di affidamento di un appalto pubblico, nella quale la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria presentano posizioni di parità sostanziale e operano secondo modelli privatistici.

Attraverso la sua estensione applicativa all'impresе sanitarie, *ex adverso*, esse intervengono negli schemi giuridici di un diverso procedimento, che, ad oggi, la giurisprudenza amministrativa, sia di merito che di legittimità, riconduce all'interno della figura della concessione, determinando che, sebbene la normativa faccia espresso riferimento agli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinquies* – e quindi ad un momento esecutivo e successivo al provvedimento autoritativo – si deve necessariamente prendere in considerazione tale aspetto, atteso che il soggetto accreditato non presenta in concreto alcun potere negoziale al momento della relativa sottoscrizione.

La rilevanza pratica e giuridica di tale ultimo aspetto ha spinto taluni, in controtendenza rispetto all'unanime giurisprudenza radicata in *subiecta materia*, a considerare gli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/92 come accordi sostitutivi *ex art.* 11 l. n. 241/90, in ragione della natura autoritativa dell'assegnazione annuale del budget per le singole strutture accreditate, laddove si assiste alla sostituzione dell'attività provvedimentale finale con una contrat-

tuale in luogo del provvedimento, con la conseguenza che non si determina un vero e proprio trasferimento di potestà, bensì la residua regolamentazione del rapporto assume il chiaro connotato di un accordo sostitutivo di un atto autoritativo previsto espressamente dalla legge².

2. *L'accreditamento istituzionale e gli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies del d.lgs. 502/92*

L'accreditamento indica “*il meccanismo istituzionale ed obbligatorio attraverso il quale le strutture autorizzate all'esercizio dell'attività sanitaria, pubbliche o private ed i professionisti che ne facciano richiesta, dopo attenta verifica sul possesso dei requisiti strutturali, tecnici ed organizzativi, definiti dalla Regione indispensabili per l'accreditamento, acquisiscono lo 'status' di soggetto idoneo ad erogare prestazioni sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale, divenendo pertanto potenziali erogatori*”³.

Ad oggi, esso rappresenta lo strumento giuridico con il quale il legislatore ha inteso regolare i rapporti intercorrenti tra il S.S.N. e le strutture sanitarie private, sebbene, dal punto di vista storico, la sua disciplina ha trovato inizialmente la sua

² In tal senso, cfr. TAR Catania, II, 13 maggio 2005, n. 812, dove, in materia di giurisdizione esclusiva sui pagamenti relativi alle strutture accreditate con il S.S.N., afferma che “*risulta evidente, a parere del Collegio, che detta contrattazione, volta non già a regolamentare l'intero rapporto, come accade per lo più nelle concessioni pubbliche, configura un'ipotesi tipica, ex art. 11 l. n. 241/1990, di accordo sostitutivo previsto espressamente dalla legge.*”

Invero, stante la particolare cadenza procedurale, culminata con l'ammissione alla categoria dei soggetti accreditati della struttura richiedente, nulla vieterebbe che vi fosse l'assegnazione del budget in maniera “autoritativa”.

Ed è ciò che concretamente accade quando, giunti ormai alla fine dell'esercizio annuale senza che per qualunque motivo si sia addivenuti alla stipula del contratto tra le parti, l'AUSL comunica il provvedimento autoritativo di determinazione del budget individuale al di fuori di qualsiasi schema contrattuale.

Il Legislatore, evidentemente, a fronte di una inversione di rotta finalizzata al contenimento della spesa pubblica (cfr. Corte Cost. n. 111/2005) ed alla precostituzione di precisi vincoli di bilancio del servizio assistenza sanitaria, ha ritenuto, invece, di dover sostituire l'attività provvedimentale finale con una contrattuale in luogo del provvedimento, volta a regolare i residui rapporti e ad ammettere definitivamente il richiedente a svolgere il servizio pubblico (per cui è già accreditato) “a carico” del S.S.N.

Consegue che l'“accreditamento istituzionale”, stante la sua multiformità e la sua peculiarità, non può annoverarsi nei tipi provvedimentali tradizionali, ma, è esso stesso nuovo atto tipico, come del resto sembra emergere dalla espressa peculiare denominazione, ormai consolidata, che la normativa di riferimento ha voluto attribuire a detta figura. Invero in detto procedimento, come chiarito, non si assiste ad un vero e proprio trasferimento di potestà (tipico della concessione traslativa) ed inoltre la residua regolamentazione del rapporto tra le parti assume il chiaro connotato di un accordo sostitutivo di un atto autoritativo previsto espressamente dalla legge”.

³ V. Relazione accompagnamento Decreto sull'Accreditamento della Regione Sicilia, così come confermato, Sicilia, Dec. Ass. 17 giugno 2002, n. 890, recante “*Direttive per l'accreditamento istituzionale delle strutture sanitarie nella regione siciliana*”, secondo cui “*l'accreditamento deve costituire lo strumento regolatore delle prestazioni erogate per conto del servizio sanitario regionale. I soggetti accreditati devono risultare funzionali rispetto agli indirizzi di programmazione regionale*”.

regolamentazione negli artt. 43 e 44 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, secondo un sistema basato sulla predisposizione di convenzioni con le unità sanitarie locali, in armonia col piano sanitario regionale e con la garanzia dell'erogazione di prestazioni sanitarie non inferiori a quelle prestate dai corrispondenti presidi e servizi delle relative unità sanitarie locali.

La peculiare caratteristica di tali convenzioni risiedeva nel fatto che, a seguito della formalizzazione dell'accordo, le strutture private in convenzione con il Sistema Sanitario Nazionale erano *"considerate, ai fini dell'erogazione dell'assistenza sanitaria, presidi dell'unità sanitaria locale nel cui territorio [erano] ubicate"* (v. art. 43, legge 23 dicembre 1978, n. 833), con la conseguenza che la stessa normativa scioglieva qualsiasi dubbio circa la natura giuridica del rapporto medesimo, in quanto espressamente stabiliva il trasferimento di un servizio pubblico con una procedura e nella forma tipica della concessione traslativa.

La disciplina sopra descritta ha subito una profonda modifica con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 502/1992, attraverso cui l'ordinamento giuridico ha previsto la cessazione dei rapporti convenzionali in atto e la contestuale attuazione del sistema fondato sull'accreditamento delle istituzioni, nonché sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica e revisione della qualità delle attività svolte e delle prestazioni erogate [comb. disp. art. 9, lett. g), del d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517].

La definitiva applicazione del processo di accreditamento nei rapporti tra il S.S.N. e le strutture sanitarie private, tuttavia, è avvenuta tramite l'art. 6, comma 6, della legge finanziaria per il 1995 (legge 23 dicembre 1994, n. 724), in base al quale veniva statuito che *"a decorrere dalla data di entrata in funzione del sistema di pagamento delle prestazioni sulla base di tariffe predeterminate dalla regione cessano i rapporti convenzionali in atto ed entrano in vigore i nuovi rapporti fondati sull'accreditamento, sulla remunerazione delle prestazioni e sull'adozione del sistema di verifica della qualità previsti all'articolo 8, comma 7, del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni ed integrazioni. La facoltà di libera scelta da parte dell'assistito si esercita nei confronti di tutte le strutture ed i professionisti accreditati dal Servizio sanitario nazionale in quanto risultino effettivamente in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente e accettino il sistema della remunerazione a prestazione"*.

Di conseguenza, le nuove disposizioni, aventi ad oggetto il sistema del c.d. accreditamento, sostitutivo di quello preesistente, hanno determinato una modifica anche nella stessa fonte della disciplina, la quale non poteva ulteriormente rinvenirsi nelle convenzioni, ormai soppresse, ma andava ricercata direttamente nella legge ordinaria, pur con rinvii integrativi a normative di secondo grado o regionali⁴.

⁴ Sul passaggio dalla precedente all'attuale disciplina, v. C. CORBETTA, *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accreditamento nell'attuale disciplina*, in San. Pubbl. e Priv., 1, 2005, p. 7 ss.; G. CILIONE, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare, specialistiche ed ospedaliere)*, in San. Pubbl. e Priv., 1, 2000, p. 19 ss.

Sotto questo profilo, come evidenziato dallo stesso art. 6, comma 6, della legge finanziaria per il 1995, l'accreditamento era un atto sostanzialmente dovuto, in quanto i soggetti contemplati nella norma avevano il "diritto" ad essere accreditati, e condizionato all'accettazione del sistema della remunerazione a prestazione sulla base delle tariffe, tenuto conto dell'assenza di un preciso contingentamento delle risorse, sulla base di una concezione liberista del mercato, in cui la scelta dell'utente era di natura assoluta e costituiva l'incentivazione al miglioramento del servizio reso⁵.

Tuttavia, appare opportuno ricordare che il legislatore, sempre nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, ha effettuato un ulteriore passaggio legislativo, mediante il quale si è passati da un regime di maggiore apertura, quale quello delineato dal d.lgs. n. 502/1992, cui corrispondeva la natura autorizzatoria dell'accreditamento⁶ – a fronte del pieno riconoscimento della libertà di scelta dell'utente⁷ – al nuovo regime risultante dal d.lgs. n. 229/1999 e dalle successive modifiche, trasformando definitivamente la natura giuridica del provvedimento di accreditamento, che, secondo giurisprudenza costante, deve, ad oggi, essere ricondotto negli schemi giuridici della concessione⁸.

In giurisprudenza, cfr. Cassazione civile, sez. un., 20 febbraio 1999, n. 88, ed, in questi termini, Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7188; Cassazione civile, sez. un., 25 giugno 2002, n. 9284; Cassazione civile, sez. un., 22 ottobre 2001, n. 12940.

⁵ Sulla controversa natura giuridica dell'accreditamento, con opinioni differenti, si v. A. QUARANTA, *L'accreditamento come atto di abilitazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in V. Bellini e E. Paolini (a cura di), *L'Accreditamento è un diritto?*, Roma, 2003; C. CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Rimini, 2004, p. 211 ss.; E. JORIO, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *San. pubbl. e priv.*, 2004, p. 151 ss.; G. CILIONE, *Diritto sanitario. Profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni*, Rimini, 2013, p. 229 ss. Sul collegamento tra l'accreditamento e la programmazione, si v. G. TANSARELLA, *Sistema sanitario e accreditamento: il dovere di reciproca lealtà* (Nota a Tar Campania, Napoli, I, 11 febbraio 2002), in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 619 ss.; V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del titolo V della Costituzione* (Nota a Tar Lombardia, Milano, I, 29 ottobre 2003, n. 4899), in *Foro amm. Tar*, 2004, p. 1271 ss. Riguardo ad alcune implicazioni problematiche della qualifica del provvedimento, si v. F. GIGLIOTTI, *Ritardo nel pagamento dei corrispettivi di prestazioni sanitarie rese da strutture accreditate e applicabilità del d.lgs. 231/2002*, ne *I Contratti*, 2014, p. 57 ss.

⁶ V. B. BONVENTO, *La misurazione dell'impatto delle procedure di autorizzazione e accreditamento*, in *San. pubbl. e priv.*, 2006, p. 32 ss.

⁷ V. C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2009, p. 96 ss.

⁸ Cfr. Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2015, n. 473, ove le Sezioni unite "hanno escluso che il nuovo regime dell'accreditamento, di cui all'art. 8 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come integrato dall'art. 6 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 e successive modificazioni, abbia inciso sulla natura del rapporto esistente tra struttura privata ed ente pubblico preposto all'attività sanitaria, all'uopo precisando che tale rapporto era e resta di tipo concessorio, con la sola particolarità, rispetto al regime preesistente, che nel nuovo sistema si è in presenza di concessioni ex lege di attività di servizio pubblico, di tal che la relativa disciplina è dettata in via generale dalla legge, pur con rinvii integrativi a norme di secondo grado o regionali e nella perdurante vigenza, in ogni caso, dei poteri di programmazione, di vigilanza e di controllo delle Regioni sull'espletamento dell'attività concessa".

Nello specifico, per quanto attiene al profilo soggettivo, il soggetto principale del rapporto amministrativo diviene la Regione, la quale ai sensi dell'art. 8-*bis*, comma 1, organizza il servizio pubblico mediante *“dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8-*quater*, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies*”*.

Ne consegue, quindi, che l'organo regionale non assicura il servizio pubblico attraverso mezzi propri e con compiti delegabili anche a terzi, ma istituzionalmente mediante quei soggetti, pubblici e privati, che presentano le condizioni necessarie per svolgere attività dirette a soddisfare il S.S.N., e cioè, rispettivamente, le autorizzazioni strutturali ed individuali di cui all'art. 8-*ter* e l'accreditamento istituzionale, condizionando quest'ultimo ad ulteriori requisiti di qualificazione ed alla funzionalità dei soggetti richiedenti rispetto agli indirizzi di programmazione regionale, avuto riguardo alla verifica positiva dell'attività da questi svolta e dei risultati raggiunti.

Pertanto, la Regione costituisce l'organo deputato alla funzione legislativa ed amministrativa relativa all'assistenza sanitaria (artt. 2 e 8-*bis* d.lgs. n. 502/1992), mentre alle AUSL, precedentemente titolari del potere organizzativo generale, permane una funzione residuale, attraverso servizi direttamente gestiti, con riferimento all'*“assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro, l'assistenza distrettuale e l'assistenza ospedaliera, salvo quanto previsto dal presente decreto per quanto attiene alle aziende ospedaliere di rilievo nazionale e interregionale e alle altre strutture pubbliche e private accreditate”* (art. 2-*sexies*).

Per contro, all'interno dell'attività sanitaria assistenziale, le AUSL divengono meri soggetti erogatori della remunerazione stabilita dalla Regione nei confronti dei soggetti accreditati che abbiano sottoscritto un accordo, nel caso di strutture pubbliche, ovvero un contratto per quelle private, in relazione ai limiti oggettivi ed economici delineati dal contingentamento e dalla disponibilità dei fondi regionali, la cui effettiva consistenza risulta, ad oggi, essere posta in stretta relazione con le pressanti esigenze di contenimento della spesa pubblica, in particolare nelle regioni sottoposte ai c.d. piani di rientro⁹.

Come precedentemente anticipato, infatti, l'accreditamento istituzionale, che costituisce lo strumento regolatore del mercato delle prestazioni erogate per

⁹ In tema si v. A. NARDONE, *La distribuzione dei poteri in sanità: le ipotesi di sostituzione del Governo nella gestione delle politiche di spesa nelle regioni*, Napoli, 2009. Con riferimento alla sostenibilità dei sistemi sanitari, M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012; R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, 2014, p. 29 ss.; G. CERESSETTI, *“Spending review”, accreditamento sanitario e proposta di legge n. 4269 del 2011: una riforma possibile per la remunerazione delle prestazioni?*, in *Foro amm. Tar*, 2012, p. 2987 ss.

conto del servizio sanitario regionale, è contingentato ed è rilasciato, a differenza di quanto avveniva con il previgente rapporto convenzionale, a strutture pubbliche o private, solamente a seguito della verifica circa il possesso dei requisiti organizzativi generali e specifici, in rapporto, altresì, con l'utilità dei servizi proposti rispetto alla programmazione sanitaria della Regione. Sotto questo profilo, infatti, l'art. 8-*quater* stabilisce che “*al fine di individuare i criteri per la verifica della funzionalità rispetto alla programmazione nazionale e regionale, la regione definisce il fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, nonché gli eventuali livelli integrativi locali e le esigenze connesse*”.

In definitiva, l'accreditamento istituzionale risponde all'esigenza di controllo sulla qualità e sul volume dell'attività erogata per conto e a spese del pubblico erario, come risultante in sede di programmazione, valutati il fabbisogno e le risorse disponibili, attraverso procedure concatenate, anche se funzionalmente distinte, finalizzate alla definizione del ruolo e dell'attività delle strutture private – ma anche di quelle pubbliche – nel servizio sanitario¹⁰. Infatti, l'accreditamento istituzionale è composto dal provvedimento autorizzatorio, dal rilascio dell'accreditamento alle strutture sanitarie e, infine, dalla successiva – ed eventuale – stipula dell'accordo contrattuale, essenziale per l'erogazione di prestazioni a carico del servizio pubblico.

I rapporti tra i diversi provvedimenti e i relativi procedimenti sono stati oggetto in più occasioni di profonde discussioni, con conclusioni non sempre univoche¹¹, le cui argomentazioni pongono le proprie basi logico-giuridiche sulle differenti teorie, avanzate dalla dottrina, sull'istituto generale della concessione, ed in particolare sulla natura unitaria o meno di quest'ultima.

Come è noto, la *ratio* di tale particolare istituto nasce dall'esigenza di giustificare, a livello strettamente giuridico, la possibilità di affidare a privati la disponibilità di beni immobili o l'effettuazione di servizi su cui la pubblica amministrazione intende riservarsi il controllo della gestione, salvaguardandone l'esercizio a beneficio della collettività.

Dal punto di vista sostanziale, a fronte di una ricostruzione unitaria delle concessioni, mediante il loro inquadramento tra gli accordi sostitutivi (in quanto, non condividendo la qualificazione dell'istituto in termini prov-

¹⁰ Sul regime di accesso all'erogazione dei servizi sanitari in Italia, si v. F. TARONI, *Le 3A: autorizzazione accreditamento, accordi contrattuali*, in R. BALDUZZI e G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, p. 427 ss.

¹¹ Sui raccordi tra i provvedimenti citati, e, con particolare riferimento agli accordi, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003; N. AICARDI, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 497 ss.; C. E. GALLO, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, p. 249 ss.; F. LIGUORI, *Impresa privata e sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996.

vedimentali, quest'ultime sono considerate come un unico atto negoziale a cui partecipano, sia pure sulla base di posizioni diverse, l'amministrazione ed il privato¹²), la tesi maggiormente recepita nelle considerazioni di diritto della giurisprudenza amministrativa risulta essere quella "contratti accessivi a provvedimento"¹³, atteso che la concessione di beni o servizi è costituita da un regolamento convenzionale delle posizioni giuridiche soggettive delle parti (concedente e concessionario) in rapporto di accessorietà – *id est*, di strumentalità – con l'atto concessorio, avente natura autoritativa.

L'instaurazione del rapporto giuridico fra concedente e concessionario avviene, quindi, *ab initio* con un tipico provvedimento amministrativo, capace di incidere unilateralmente sulle posizioni giuridiche correlate, attraverso il quale l'amministrazione concede al privato la gestione di un bene o l'attribuzione del diritto – dovere di organizzare un servizio di rilevanza pubblica, cui accede, successivamente, l'accordo, di natura chiaramente privatistica, seppur caratterizzato da evidenti riflessi sul piano pubblicistico, diretto a regolare la concreta disciplina del rapporto fra l'amministrazione ed il privato, in relazione all'utilizzo del bene od alle modalità di erogazione del servizio.

Pertanto, l'atto unilaterale, di natura provvedimentale e di carattere pubblicistico, presenta la chiara funzione di instaurare un rapporto tra l'ente pubblico ed il concessionario, mentre l'accordo negoziale, di carattere bilaterale e di natura eminentemente privatistica¹⁴, interviene in una successiva fase, diretta a regolamentare le reciproche pretese patrimoniali, determinando così, da un lato, la presenza di due rapporti¹⁵ – uno contrattuale, l'altro autoritativo – e, dall'altro, inquadrando la natura del contratto in questione

¹² Cfr. G. GRECO, *Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*, in AA. VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, p. 433, che ritiene superata la teoria dualistica, considerato che "il provvedimento, senza il contratto, risulta del tutto inautonomo e incapace comunque di produrre effetti indipendenti dalla convenzione (sia essa accessiva rispetto al provvedimento, sia essa incorporante rispetto al provvedimento stesso); la convenzione, a sua volta, non è, né può essere limitata agli aspetti patrimoniali, del tutto avulsi dall'esercizio del potere: tant'è che, tra gli uni e gli altri, si crea sovente un nesso sinallagmatico, che, a sua volta, giustifica e può condurre all'applicazione dello strumento risolutorio". V. G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in Riv. It. Dir. Pubbl. comunit. 2000, 5, p. 993 ss.

¹³ La categoria è stata elaborata, per la prima volta, da M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 429 ss., il quale configura i contratti accessivi come moduli convenzionali, che accedono a provvedimenti, assumendo *ex se* fonte di obbligazioni per il privato (o per il privato e l'amministrazione). In tale ipotesi, vi è assoluta preminenza del provvedimento sul contratto, nel senso che le vicende, afferenti al primo, determinano la sorte del secondo.

¹⁴ Cfr. L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi, secondo il diritto privato*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di Clemente di San Luca, Torino, 2005, p. 142 ss.

¹⁵ Cfr. A. De VALLES, *Elementi di diritto amministrativo*, Padova, 1956, p. 203 ss. e M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 109.

come “mista”¹⁶, proprio per il fatto che la struttura dell’accordo è evidentemente bifasica.

In conclusione, con particolare riferimento alla tecnica normativa adoperata per la regolamentazione delle misure di cui al nuovo art. 32 del d.l. n. 90/2014, i concetti giuridici utilizzati dal legislatore, nonché la decisione di intervenire sugli accordi piuttosto che sul provvedimento di accreditamento, dimostrano l’intenzione legislativa di recepire e confermare l’impostazione dualistica dell’istituto della concessione. Tuttavia, come si vedrà nelle valutazioni finali, ai fini della piena efficacia delle suddette misure, non è possibile non tener conto delle peculiari caratteristiche della concessione stessa, la cui nascita ed elaborazione muovono dall’esigenza di mantenere un controllo pubblico sul servizio o bene, rimarcando così in sostanza la necessità di conservare un rilievo pubblicistico, diretto o indiretto, in ogni sua fase.

3. *La straordinaria e temporanea gestione dell’impresa sanitaria e l’accantonamento del fondo vincolato*

Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, all’art. 32, recante disposizioni in materia di “*misure di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell’ambito della prevenzione della corruzione*”, prevede in concreto un commissariamento coattivo delle imprese aggiudicatrici di appalti di opere pubbliche, servizi o forniture, nelle ipotesi in cui l’autorità giudiziaria proceda per i delitti ivi elencati ovvero in presenza di comprovate situazioni anomale, sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali.

Segnatamente, quindi, l’art. 32 del suddetto decreto legge stabilisce che, su iniziativa del Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, all’esito di un articolato procedimento amministrativo, si possa pervenire alla straordinaria e temporanea gestione dell’impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto oggetto del procedimento penale¹⁷, attraverso la nomina

¹⁶ Cfr. P. BODDA, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937, p. 92 ss., che evidenzia, in proposito, come le manifestazioni di volontà della parti pubbliche e private si condizionino in modo reciproco, nonostante la teleologica funzione di quella promanante dall’amministrazione, che deve tendere necessariamente alla soddisfazione di una finalità pubblica. Tuttavia, quest’ultima, in questo specifico caso, deve essere controbilanciata, nell’ambito del rapporto sinallagmatico, dalla soddisfazione degli scopi, che si prefigge la parte privata, con la quale l’ente viene in rapporto. In conclusione, la causa della dichiarazione di volontà, qui considerata, ha come obiettivo di soddisfare un bisogno pubblico, mediante l’appagamento di un interesse privato.

¹⁷ Il commissariamento dovrebbe essere interpretato come una misura *ad contractum*, ossia riguardante il singolo rapporto contrattuale in esecuzione, rispetto al quale sono stati registrati alcuni condizionamenti illeciti, e non la gestione globale dell’impresa, che, invece, resterebbe affidata agli organi sociali. Cfr. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *I poteri del Presidente dell’ANAC nel d.l. n. 90*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, p. 106 ss.

di uno o più amministratori straordinari cui sono attribuiti “tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell’impresa”.

L’intervento del potere pubblico nei confronti dell’organizzazione e dell’attività degli operatori economici privati è volto unicamente alla tutela dell’integrità delle risorse pubbliche conferite in costanza del contratto pubblico, ed è perciò necessariamente limitato temporalmente all’esecuzione dello stesso, così da non ledere, in primo luogo, il principio costituzionale dell’autonomia d’impresa e, su altro versante, in maniera tale da assicurare la realizzazione dell’opera, del servizio o della fornitura, ritenuta di interesse generale secondo le valutazioni effettuate dal Prefetto, in qualità di organo deputato ad emanare il provvedimento amministrativo finale.

Sotto questo profilo, infatti, il legislatore suddivide espressamente le funzioni tra il Presidente dell’ANAC, al quale spetta il potere iniziale di proposta, e il Prefetto stesso, la cui determinazione, attraverso una presunzione *iuris et de iure* prevista direttamente dall’art. 32, comma 4, del d.l. 90/2014, statuisce la pubblica utilità generale dell’appalto pubblico da eseguire¹⁸.

A seguito dei risultati particolarmente significativi raggiunti sul piano della prevenzione e del contrasto dei fenomeni corruttivi con l’applicazione della normativa descritta¹⁹, il legislatore ha deciso di estendere il suo ambito applicativo anche alle imprese che esercitano attività sanitaria per conto del S.S.N., attraverso la sottoscrizione di accordi contrattuali di cui all’art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/92.

La *ratio* di tale scelta è da rinvenire nell’esigenza di assicurare una prosecuzione dell’attività sanitaria accreditata, attraverso la creazione di un sistema di gestione separata, rispetto alla struttura proprietaria, relativamente alla parte che opera in regime di accreditamento con il S.S.N. In tal modo, l’intento legislativo è quello, da un lato, di salvaguardare l’esercizio dell’attività sanitaria accreditata a favore della popolazione richiedente, indispensabile per la tutela del diritto fondamentale alla salute, e, dall’altro, di evitare che la stessa prosecuzione dell’accordo contrattuale di cui all’articolo 8-*quinquies* del decreto legislativo n. 502/1992 possa tradursi nell’attribuzione di un indebito profitto per l’impresa incriminata, con conseguente aggravamento del danno patrimoniale a carico del S.S.N., attraverso ulteriori condizionamenti illeciti.

I due obiettivi, sottesi all’estensione della normativa *de qua* alle strutture

¹⁸ Ai sensi dell’art. 32, comma 4, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, “*l’attività di temporanea e straordinaria gestione dell’impresa è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto*”.

¹⁹ Per un primo commento, cfr. L. GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti: un rimedio adeguato al male?*, in www.giustamm.it; M. ARENA, *Alcune osservazioni critiche sull’art 32 del D.L. 90/2014 (misure di gestione dell’impresa per fatti corruttivi)*, in www.reatisocietari.it; 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.

sanitarie accreditate con il S.S.N., si articolano su due piani giuridici differenti, seppur collegati: infatti, la necessità di fornire un proseguimento dell'attività erogata si manifesta nello stesso procedimento costitutivo della misura, mentre l'esigenza di garantire un recupero delle somme pubbliche versate al soggetto, sottoposto a procedimento penale, si concretizza nella costituzione di un fondo economico vincolato.

Segnatamente, con riferimento a quest'ultima necessità, il legislatore stabilisce, attraverso le prescrizioni del comma 7, dell'art. 32, d.l. 90/2014, che *“nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione (...) l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale”*.

Come evidenziato dal Presidente dell'ANAC nella prima fase applicativa della normativa in esame²⁰, tale strumento risponde all'obiettivo di evitare che il *“completamento dei lavori non si traduca in un indiretto 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”*; soggiungendo, inoltre, che gli amministratori straordinari *“dovranno preoccuparsi (...) di portare a termine l'appalto 'incriminato', accantonando l'eventuale utile di impresa in un fondo speciale, in funzione degli eventuali interventi (es. confische e/o risarcimenti) che potrebbero essere disposti a seguito dell'accertamento penale”*.

In estrema sintesi, il profitto dell'impresa aggiudicataria, sottoposta alla misura di gestione straordinaria e temporanea, deve prudenzialmente essere accantonato in un apposito fondo, in attesa degli accertamenti di responsabilità connessi alla illegittima o illecita aggiudicazione dell'appalto, con la conseguenza che, in caso di acclarata legittimità o liceità della procedura di gara, la successiva distribuzione dell'utile accantonato avverrà nei confronti dell'operatore economico inizialmente aggiudicatario dell'appalto; nell'ipotesi contraria, invece, ossia in presenza di condotte accertate in sede giurisdizionale come illegittime o illecite, tale somma accantonata sarà riversata nelle casse della stazione appaltante.

Come è evidente, nessun dubbio applicativo emerge riguardo all'efficacia di tale strumento nell'ambito degli appalti, ossia in un contesto prettamente imprenditoriale e concorrenziale dove risulta possibile operare valutazioni, seppur presuntive, altamente probabili o quasi certe.

Maggiori difficoltà si manifestano, invece, con riferimento alla sua estensione applicativa alle strutture accreditate con il S.S.N., sulla base di accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/92, i cui rapporti giuridici patrimoniali sono regolati attraverso un sistema di pagamenti in acconto e saldo,

²⁰ V. *“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 del 2015 (art. 32 d.l. 24 giugno 2014 n. 90)”*, in www.anac.it.

caratterizzato, quindi, dall'assenza di qualsiasi effettiva corrispondenza tra remunerazione e singola prestazione.

In definitiva, appare veramente difficoltoso procedere ad una valutazione presuntiva della somma da accantonare, avuto anche riguardo alla presenza di soldi pubblici, che spinge inevitabilmente ad adottare decisioni altamente prudenziali, con la conseguenza che un eccessivo accantonamento dei profitti determinerebbe in concreto l'impossibilità di procedere alla prosecuzione dell'attività sanitaria.

Per contro, dal punto di vista prettamente procedimentale, ai fini di garantire l'erogazione dell'attività sanitaria, il riformulato art. 32, comma 1, d.l. n. 90/2014, prevede due differenti tipologie di gestione straordinaria e temporanea della struttura accreditata: la prima di carattere generale, rinvenibile nelle previsioni di cui all'art. 32, comma 1 (procedimenti o processi per taluni reati o situazioni anomale sintomatiche di condotte illecite)²¹, e la seconda di natura particolare *ex* comma 10 (informativa antimafia)²².

In relazione alla prima ipotesi, in presenza dei presupposti indicati tassati-

²¹ Il Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", all'art. 32, comma 1, prevede che "Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p. 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p., ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, nonché ad una impresa che esercita 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, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati anche ai sensi dell'articolo 19, comma 5, lett. a) del presente decreto, propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente:

a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto, ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione;

b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto, ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione".

²² Il Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", all'art. 32, comma 1, statuisce che "Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC. Nei casi di cui al comma 2-bis, le misure sono disposte con decreto del Prefetto, d'intesa con il Ministro della salute. Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti"

vamente *ex lege*, il Presidente ANAC propone al Prefetto competente, alternativamente, di ordinare la rinnovazione degli organi sociali dell'impresa sanitaria coinvolta e, ove questa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa medesima, limitatamente alla completa esecuzione dell'accordo contrattuale, oppure, nei casi più gravi, di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sempre limitatamente alla completa esecuzione dell'accordo contrattuale.

Per quanto riguarda l'ipotesi applicativa di natura particolare, invece, la misura della temporanea e straordinaria gestione può essere adottata dal Prefetto, ai sensi dell'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, anche nei casi in cui sia stata emessa un'informazione antimafia interdittiva. Tuttavia, in questo particolare caso, al di là del mero interesse all'ultimazione del servizio oggetto della concessione, l'ordinamento giuridico richiede la presenza di un ulteriore specifico fine rispetto all'esecuzione di quest'ultimo, dal momento che il relativo completamento o la sua prosecuzione deve risultare necessario per soddisfare interessi pubblici di rango più elevato: "la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali", intesa come l'erogazione di prestazioni che risultano indispensabili per consentire ad una collettività o a tipologie di utenti di poter esercitare diritti primari costituzionalmente garantiti; "la salvaguardia dei livelli occupazionali", e cioè il mantenimento di un numero consistente di posti di lavoro, la cui perdita inciderebbe sul livello complessivo della popolazione occupata in un determinato contesto geografico; "l'integrità dei bilanci pubblici", intesa come la necessità di evitare che l'interruzione di determinate attività implichi un danno diretto ed immediato alle entrate fiscali e quindi alle complessive esigenze della finanza pubblica.

Riguardo al rapporto tra la misura straordinaria di gestione e l'informazione antimafia, la giurisprudenza amministrativa ha più volte chiarito che la prima può seguire l'emissione dell'informativa e non deve necessariamente precederla²³.

Tale assunto si evince chiaramente dall'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, nella parte dedicata alla risoluzione delle problematiche di coordinamento tra gli effetti interdittivi scaturenti dall'informativa e quelli conservativi propri della temporanea e straordinaria gestione, laddove viene disposto che fino all'adozione della misura in questione (nel caso in cui, ovviamente, il Prefetto ritenga sussistenti i presupposti di cui all'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014), l'informativa mantiene inalterati tutti gli effetti interdittivi dell'art. 94, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 159 del 2011, salva l'eccezionale ipotesi di cui al suo comma 3, che consente alla stazione appaltante di non procedere alle revoche e ai recessi di cui al comma 2 in presenza di un'opera in corso di ultimazione ovvero, con specifico riferimento alla fornitura di beni e servizi ritenuti essenziali per il perseguimento

²³ V. Cons. St., sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653.

dell'interesse pubblico, qualora il soggetto fornitore non sia sostituibile in tempi rapidi.

Pertanto, la stazione appaltante è vincolata a recedere dal contratto, quando sia stata emessa l'informativa (e salva l'eccezionale ipotesi dell'art. 94, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011), se e fino a quando non sopraggiunga l'eventuale provvedimento di straordinaria e temporanea gestione adottata dal Prefetto per le eccezionali esigenze contemplate dall'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014²⁴.

In conclusione, anche quest'ultima analisi, avente ad oggetto il rapporto tra la misura di temporanea e straordinaria gestione e l'informativa antimafia, dimostra la chiara volontà del legislatore di concepire lo strumento ex art. 32 d.l. n. 90/2014 per la sola fase esecutiva della procedura di appalto, attesa la preminenza di rimedi provenienti dall'esperienza civilistica, quali il recesso e la risoluzione nel caso in cui la stipula contrattuale sia già intervenuta. Tale aspetto, pertanto, deve essere posto necessariamente in relazione con la particolare natura concessoria del rapporto riconducibile alle imprese esercenti attività sanitaria, a prescindere dalle innovazioni apportate con l'estensione applicativa a tali soggetti e alle concessioni, che rischiano di rimanere, senza i dovuti accorgimenti, un mero dato testuale, con una rilevanza pratica parziale.

4. *Profili conclusivi*

La previsione normativa di uno strumento giuridico capace di far proseguire un'opera, un servizio o una fornitura, ritenuta di interesse generale da un organo statale, può sicuramente rappresentare una innovazione di particolare rilevanza ed utilità e, conseguentemente, giustificare la tendenza legislativa volta ad aumentare in maniera significativa l'utilizzo dell'istituto del commissariamento in situazioni di patologia del sistema economico-imprenditoriale.

Tuttavia, l'estensione *tout court* di tali misure ex art. 32 d.l. n. 90/2014 alle strutture sanitarie erogatrici di prestazioni in accreditamento con il S.S.N., senza i ponderati accorgimenti riguardo alla differente natura giuridica del rapporto sotteso ad esse, determina in concreto una parziale efficacia della normativa in esame.

Infatti, come confermato dallo stesso presidente dell'ANAC nella prima proposta di applicazione della misura straordinaria e temporanea gestione ad un presidio ospe-

²⁴ Le stesse Linee Guida dell'ANAC del 27 gennaio 2015 per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese, chiariscono che, in presenza di una informativa antimafia interdittiva, la regola generale è quella della revoca dell'aggiudicazione o, se la stipula negoziale è già intervenuta, della risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 94, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, costituendo la prosecuzione del contratto pubblico un rimedio di carattere straordinario, in presenza degli eccezionali requisiti, rispondenti ad esclusive finalità di interesse pubblico, e nei rigorosi limiti stabiliti dall'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014.

daliero, le misure straordinarie previste dall'art. 32 del d.l. cit. *“sono sorte come strumento per intervenire sugli appalti di lavori pubblici e/o di servizi e forniture; con il provvedimento di urgenza da ultimo emanato, le misure diventano applicabili anche “agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502” (innesti nei commi 1, 2 e 10).*

Il legislatore dell'urgenza, anche attraverso il richiamo al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 – normativa recante il “Riordino della disciplina in materia sanitaria”, come modificato dal decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 che costituisce il quadro normativo statale di riferimento per la regolamentazione delle attività sanitarie e socio sanitarie nell'ambito della programmazione di competenza regionale – ha tenuto conto delle modalità di esercizio, da parte dei soggetti privati, dell'attività sanitaria, per conto e a carico del SSN.

Essa non avviene per il tramite del ricorso a procedure di gara di tipo concorrenziale – come accade negli affidamenti pubblici di lavori, servizi e forniture – ma attraverso un sistema abilitativo di autorizzazione e successivo accreditamento istituzionale in presenza di determinati requisiti, all'esito del quale vengono poi stipulati dalle Regioni “accordi” con i soggetti che si occupano di attività sanitarie”.

Tuttavia, nonostante siano state considerate tali peculiarità, la stessa proposta del Presidente dell'ANAC riconosce *“una tecnica legislativa non certamente raffinata (e che potrà, auspicabilmente, essere migliorata in sede di conversione del decreto)”²⁵.*

Dall'analisi della relazione intercorrente tra la normativa prevista dal d.lgs. n. 502/92 e dal novellato decreto legge n. 90/2014 emerge in maniera netta come le maggiori criticità, riscontrabili in sede di applicazione delle misura straordinaria e temporanea di gestione alle strutture sanitarie accreditate, possono essere ricondotte preminentemente alla natura concessoria del rapporto giuridico presente nel sistema sanitario accreditato con il S.S.N.

La misura in questione, infatti, nasce inizialmente per intervenire nella fase esecutiva dell'affidamento dell'appalto, caratterizzata pertanto, da una piena e sostanziale parità delle parti secondo un rapporto disciplinato dalle norme di diritto comune.

Attraverso l'estensione soggettiva di tale disciplina a strutture sanitarie titolari di una concessione, seppur facendo espresso riferimento agli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies del d.lgs. 502/92, verificatisi fenomeni corruttivi o situazioni anomale sintomatiche di condotte illecite, l'intervento pubblico

²⁵ V. Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione dell'Ospedale Israelitico di Roma, limitatamente alla completa esecuzione dell'accordo contrattuale di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502. – Art. 32, commi 1 e 10 bis, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014, come novellato dal decreto legge n. 179/2015.

In questo specifico caso, giova sottolineare come l'Ospedale Israelitico di Roma, ai sensi dell'articolo 21 della legge 8 marzo 1989, n. 101, sulla base dell'intesa stipulata il 27 febbraio 1987, tra la Repubblica italiana e l'Unione delle Comunità israelitiche italiane, sia un Ente ebraico civilmente riconosciuto, non commerciale, con finalità di culto e senza scopo di lucro. Di conseguenza, la previsione di un commissariamento di tale ente pone particolari problematiche anche di Diritto costituzionale, con riferimento agli artt. 7 e 8 della Costituzione.

del soggetto concedente non potrà che concretizzarsi nel potere di autotutela riconosciuto *ex lege*, e non attraverso rimedi preposti dall'ordinamento giuridico civile, determinando così, a monte, la sospensione, in caso di misura cautelare, o la diretta caducazione del provvedimento amministrativo.

Nello specifico, pertanto, in presenza dei presupposti applicativi elencati nel d.l. n. 90/2014, il concessionario si troverà nelle condizioni normative di utilizzare l'istituto della revoca, per ragioni di opportunità, o quello dell'annullamento, ove si riscontrino profili di illegittimità dell'atto iniziale, e non quindi il recesso, inteso nella sua accezione di rimedio a fronte di un inadempimento delle obbligazioni contratte.

In tal modo, l'attività dell'amministratore di nomina prefettizia, diretta allo specifico e limitato compito di porre a termine l'esecuzione degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/92, non avrà più ad oggetto gli atti relativi alla fase contrattuale, a garanzia della prosecuzione delle erogazioni, sia quantitativa che qualitativa, delle attività assistenziali, bensì essa sarà diretta, a stretto rigore logico, ad incidere sul procedimento costitutivo della nuova concessione. Infatti, considerata la sostituzione automatica degli organi di amministrazione nella relazione con le autorità competenti del sistema sanitario regionale, l'amministratore prefettizio dovrà compiere tutta l'attività necessaria e propedeutica al rilascio del titolo concessorio, la quale comporterà sicuramente decisioni di politica gestionale, sanitaria ed economica, della stessa struttura sanitaria, dal momento che la procedura di accreditamento istituzionale prevede il possesso di ulteriori requisiti particolarmente stringenti, anche per quanto attiene, a titolo esemplificativo ma altamente indicativo, al numero e alla distribuzione del personale sanitario.

Di conseguenza, verrà meno l'intento di pervenire ad una netta gestione separata, rispetto alla struttura proprietaria, relativamente alla parte che opera in regime di accreditamento con il S.S.N., determinando così una confusione naturale tra la gestione privata e pubblica della struttura sanitaria nella sua globalità.

Ancora più a monte, le difficoltà applicative del d.l. n. 90/2014 alle strutture sanitarie sono la diretta conseguenza dell'assenza del soggetto concessionario, ossia la Regione competente, all'interno del procedimento amministrativo: la normativa infatti contempla, in fase iniziale, la proposta di commissariamento da parte del Presidente dell'ANAC al Prefetto, cui spetta, d'intesa con il Ministero della salute (comma 2-*bis* dell'art. 32, d.l. n. 90/2014, introdotto dall'art. 1, comma 704, legge 28 dicembre 2015, n. 208) la valutazione circa la pubblica utilità del servizio e l'emanazione del provvedimento definitivo di gestione straordinaria e temporanea.

Con particolare riferimento alla statuizione dell'effettivo interesse generale in merito al servizio sanitario reso, il legislatore riserva tale decisione al Prefetto, d'intesa con il Ministero della Salute, ossia demanda ad un organo monocratico

dell'amministrazione statale, con funzione di rappresentanza governativa a livello provinciale²⁶, il bilanciamento degli interessi coinvolti, in evidente contrasto, da un lato, con la normativa sanitaria che stabilisce in capo alla Regione il potere di definire il fabbisogno di assistenza, secondo le funzioni individuate dal Piano sanitario regionale, e – dall'altro – con l'oramai consolidata riconduzione dell'organizzazione dei servizi sanitari all'interno della competenza concorrente in materia di "tutela della salute"²⁷.

In definitiva, quindi, all'interno del contesto sanitario, l'organo regionale rappresenta sia un soggetto competente *ratione materiae*, sia il soggetto regolatore esclusivo del fabbisogno di assistenza, sia il soggetto concessionario pubblico, e in quanto tale titolare del potere di autotutela. Tuttavia, il legislatore non prevede espressamente il suo coinvolgimento, né diretto né indiretto, all'interno del procedimento di commissariamento ovvero in fase di attuazione di quest'ultimo, con la conseguenza che viene estromesso, dalla valutazione di pubblica utilità sulla prosecuzione dell'attività sanitaria, l'effettivo soggetto portatore dell'interesse pubblico.

In concreto, tale assenza comporta un rallentamento nell'attività dell'amministratore di cui all'art. 32 del d.l. n. 90/2014, in quanto, seppur strettamente collegate con le decisioni assunte dagli organi statali in merito alla predisposizione di un commissariamento coattivo della parte pubblica della struttura sanitaria, le valutazioni discrezionali di competenza delle autorità regionali, sia di carattere economico che di natura funzionale rispetto al fabbisogno del proprio territorio, non sono prese in considerazione all'interno di un unico procedimento amministrativo, ma necessitano di una procedura parallela, che, potenzialmente, potrebbe contrastare con l'intento di proseguire l'erogazione dell'attività sanitaria, determinando di fatto l'impossibilità di garantire la continuità nell'attività assistenziale.

In definitiva, quindi, atteso che la normativa originaria si inseriva in un con-

²⁶ Ai sensi dell'articolo 11 del d.lgs. n. 300/1999, esso assicura l'esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato e, al contempo, garantisce la leale collaborazione di detti uffici con gli enti locali.

²⁷ Per un inquadramento generale delle competenze legislative di Stato e Regioni in materia sanitaria successivamente alla riforma del Titolo V si veda R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 11 ss.; A. CELOTTO, *La materia sanitaria nell'ambito delle competenze legislative regionali del nuovo art. 117 Cost.*, in *L'Arco di Giano*, 2002, n. 32, p. 31 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 95 ss.; L. CUOCOLO, À rebours, *La tutela della salute tra Regioni e Stato*, in *Quaderni regionali*, 2005, n. 1, p. 63 ss.; Id., *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 68 ss. Con specifico riferimento alla giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute successiva alla riforma costituzionale del 2001, v. G. CARPANI, *I principi fondamentali della tutela della salute nelle indicazioni del Giudice delle leggi*, in *Quaderni Formez, Il governo della salute. Regionalismi e diritti di cittadinanza*, Roma, 2005, p. 37 ss.

testo prettamente economico, i cui presupposti applicativi richiedevano per lo più un'attività istruttoria di natura vincolata, con la conseguenza che l'avocazione a livello statale della decisione di pubblica utilità non comportava particolari compressioni alla tutela effettiva degli interessi coinvolti, l'estensione di tale disciplina all'ambito sanitario non può in alcun modo prescindere dalla presenza dell'organo deputato a prendere decisioni discrezionali *in subiecta materia*, consentendo così, in primo luogo, di bilanciare all'interno di un unico procedimento tutti gli interessi coinvolti nella misura cautelare di gestione commissariale, e – su altro versante – permettendo all'amministratore di nomina prefettizia di possedere, al momento del suo insediamento, tutti i titoli giuridici necessari per proseguire l'attività sanitaria, nonché avere a disposizione un unico “tavolo di lavoro” in costante collaborazione con tutti gli organi istituzionali coinvolti nel soddisfacimento degli obiettivi sottesi alla normativa *de qua*.

Abstract

Extraordinary and Temporary Management of Undertakings in charge of Health Services Supply Officially Recognized by the National Health System

by Marcello Di Francesco Torregrossa

This essay deals with recent evolution of the Italian legislative framework on extraordinary and temporary management of Undertakings and Bodies which supply Health Services and are Officially Recognized by the National Health System which have concluded conventions with Bodies of the National Health System to Supply Health Services under the framework of Legislative Decree n. 502 of 1992 (art. 8 quindies d.lgs. n. 502/1992). The focus is on the effects on these kind of undertaking of legislation which aims at preventing and repressing bribery enhancing the role of the Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), that is the National authority to contrast corruption. The limitation of freedom of organization and action of private undertakings seems justified by the need to protect the integrity of public goods and funds involved in the activities of these specific kind of undertakings.

Il riordinamento delle forze di polizia e la dissoluzione del Corpo forestale dello Stato. A margine del parere del Consiglio di Stato del 12 maggio 2016

di Valerio Torano

SOMMARIO: 1. Introduzione: il riordinamento e la riduzione delle forze di polizia nella l. 7 agosto 2015 n. 124 e nel d.lgs. 19 agosto 2016 n. 177. – 2. Focalizzazione: le linee portanti della riforma. – 2.1 Il mantenimento del pluralismo dei corpi di polizia: comparti di specialità e razionalizzazione dei presidi territoriali. – 2.2 La razionalizzazione della spesa per consumi intermedi: gestione associata dei servizi strumentali delle forze di polizia e diritto di recesso dai contratti in corso relativi ai settori tecnico-logistici indicati dalla legge. – 2.3 L'assorbimento del Corpo forestale dello Stato nell'Arma dei carabinieri e la militarizzazione del relativo personale. – 2.3.1 Cenni sull'evoluzione dell'amministrazione forestale. – 2.3.2 Lo scioglimento del Corpo forestale dello Stato e la redistribuzione delle relative funzioni. – 2.3.3 L'assunzione dello *status* militare da parte del personale *ex* forestale transitato nell'Arma dei carabinieri: la soggezione alla disciplina militare ed alla giurisdizione militare. – 3. Conclusioni e prospettive.

1. *Introduzione: il riordinamento e la riduzione delle forze di polizia nella l. 7 agosto 2015 n. 124 e nel d.lgs. 19 agosto 2016 n. 177*

La funzione di polizia è di centrale importanza in ogni Stato, dovendo sempre esistere un apparato preposto al suo esercizio, sia per la prevenzione di turbative dell'ordine pubblico (c.d. polizia di sicurezza), sia per la repressione dei reati (c.d. polizia giudiziaria)¹. Infatti, l'attività di polizia comprende tutte le misure dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come «il complesso

¹ La funzione di «polizia» è tradizionalmente distinta in: a) «polizia di sicurezza», concretantesi in un'attività di prevenzione tendente ad impedire il compimento di atti contrastanti con l'ordinamento giuridico o comunque in grado di infrangere l'ordinata e sicura convivenza civile (M. COLACITO, *Sicurezza (polizia di)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1992, p. 1 ss.; G. CORSO, *Polizia di sicurezza*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 319-320); b) «polizia giudiziaria», che opera a seguito del compimento di fatti illeciti al fine del loro accertamento e repressione e che l'art. 109 Cost. colloca a diretta disposizione dell'autorità giudiziaria (B. BRUNO, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 158 ss.; A. CERRI, *Polizia giudiziaria (diritto pubblico)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1994, p. 1 ss.); c) «polizia amministrativa» in senso lato, definibile in via residuale come attività di vigilanza e di controllo non implicante l'esercizio di poteri tipici della polizia giudiziaria o di sicurezza e per questo avente natura accessoria rispetto alle funzioni principali che è preposta a tutelare da eventuali turbative (G.B. TUFARELLI, *Polizia amministrativa*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 185 ss.; A. NOVA, *Polizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 315). Sull'attività di polizia v: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, Milano, 1904, p. 294 ss.; P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954; G. CONTI, *Polizia*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 176 ss.; A. CHIAPPETTI, *L'attività di polizia. Aspetti storici e dogmatici*, Padova, 1973; ID., *Polizia (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 120 ss.; M. MAZZAMUTO, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 441 ss.

dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni². La delicatezza di ogni intervento normativo in questa materia è, quindi, intuibile e l'art. 8, comma 1, lett. a), l. 7 agosto 2015 n. 124 e il d.lgs. 19 agosto 2016 n. 177, nel contesto di un più ampio progetto di riorganizzazione dell'amministrazione statale, hanno disposto un importante riordino delle «forze di polizia», all'insegna della specializzazione delle funzioni e delle competenze di ciascuna e della semplificazione del quadro ordinamentale, sopprimendo il Corpo forestale dello Stato³.

In particolare, l'art. 8, comma 1, lett. a), l. n. 124 del 2015, ha delegato il Governo ad intervenire sul sistema di ordine e sicurezza pubblica per incremen-

² C. MEOLI, *Ordine pubblico*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-amm_(Diritto-on-line)/), 2012, § 1, che cita la definizione di cui all'art. 159, comma 2, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112. Sui concetti di ordine pubblico e sicurezza pubblica come istituti di diritto amministrativo si rinvia ai contributi di: G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979; G. LANDI, *Pubblica sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 923 ss.; E. REGGIO D'ACI, *Ordine pubblico (servizio di)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 1 ss.; S. FOÀ, *Sicurezza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 127 ss.; G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2003, p. 281 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3998 ss.; M. DI RAIMONDO, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Profili ricostruttivi e applicativi*, Torino, 2010.

³ Secondo A. CHIAPPETTI, *Polizia (forze di)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss., con il termine «forza» si indica, nell'ambito dell'organizzazione amministrativa, una struttura operativa che si esprime attraverso l'azione materiale diretta, involgente eventualmente l'uso della coazione su persone o cose, per il conseguimento di fini pubblici, azione che attua il potere di supremazia sovrana dello Stato. Tuttavia, mentre le «forze armate» operano per la difesa della Patria *ex art.* 52 Cost. nei confronti di minacce provenienti dall'esterno, le «forze di polizia» sono preposte alla conservazione dell'ordine interno, cioè al mantenimento dell'ordinata e sicura convivenza civile. Tale distinzione, che è presupposta dall'art. 98, comma 2, Cost. (che parla di «militari» e di «funzionari ed agenti di polizia») e che è chiara da un punto di vista teleologico, non lo è altrettanto da quello organizzativo, poiché: a) una forza di polizia può essere inquadrata tra le forze armate ed essere quindi utilizzata anche per scopi di difesa esterna (es. Corpo delle guardie di pubblica sicurezza sino alla c.d. smilitarizzazione); b) una forza armata può rivestire anche la qualifica di forza di polizia ed essere destinata anche in via prevalente alla difesa interna (es. Arma dei carabinieri); c) le forze armate possono essere eccezionalmente utilizzate in servizi di polizia. Sul punto v. anche: R. ZAMBONINI, *Polizia (Corpi di)*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 179 ss.; D. LIBERTINI, *Alcune considerazioni sulle differenze fra forze armate e di polizia*, in *Riv. polizia*, 2001, 3-4, p. 224 ss.; A. TIBERI, *Forze armate e forze di polizia. Elementi concettuali e compiti fra differenze di genere*, in *N. rass. leg. dottr. giur.*, 2006, 4, p. 445 ss. Infine, controversa e non positivamente delimitata è la nozione di «forza pubblica», che allude all'apparato cui è demandata l'esecuzione coercitiva materiale dei provvedimenti di autorità amministrative e giudiziarie, normalmente costituito da organi collettivi a carattere militare (R. CORTESE, *Forza pubblica*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 15 e 18) ovvero, secondo altra opinione, alle forze di polizia (G. ROMANO, *Forza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 26) o alle sole unità di queste ultime dedicate in via ordinaria, immediata, incondizionata e permanente all'utilizzazione per i servizi di polizia preventiva su ordine delle autorità di pubblica sicurezza (A. CHIAPPETTI, *Polizia (forze di)*, *cit.*, p. 1).

tarne l'efficienza e realizzare risparmi di spesa, valorizzando al contempo il merito e le professionalità del personale ivi impiegato⁴. A tal fine, il susseguente d.lgs. n. 177 del 2016 contiene un primo gruppo di disposizioni aventi a oggetto la razionalizzazione delle funzioni di polizia e dei servizi strumentali e l'eliminazione delle sovrapposizioni. In tal senso, l'art. 2 definisce i «comparti di specialità»

⁴ I principi e criteri direttivi indicati dall'art. 8, comma 1, lett. a), l. 7 agosto 2015 n. 124 sono: *i*) razionalizzazione e potenziamento dell'efficacia delle funzioni di polizia anche in funzione di una migliore cooperazione sul territorio al fine di evitare sovrapposizioni di competenze e di favorire la gestione associata di servizi strumentali; *ii*) istituzione del numero europeo 112 su tutto il territorio nazionale; *iii*) riordino delle funzioni di polizia di tutela dell'ambiente, del territorio e del mare, nonché nel campo della sicurezza e dei controlli nel settore agroalimentare; *iv*) collegamento di tale riordino alla riorganizzazione del Corpo forestale dello Stato e al suo eventuale assorbimento in altra forza di polizia; *v*) mantenimento delle competenze del medesimo Corpo forestale in materia di lotta attiva contro gli incendi boschivi e di spegnimento con mezzi aerei degli stessi da attribuire al Corpo nazionale dei vigili del fuoco con le connesse risorse; *vi*) preservazione della garanzia degli attuali livelli di presidio dell'ambiente, del territorio e del mare e della sicurezza agroalimentare e salvaguardia delle professionalità esistenti, delle specialità e dell'unitarietà delle funzioni da attribuire, assicurando la necessaria corrispondenza tra le funzioni trasferite e il transito del relativo personale; *vii*) adozione delle conseguenti modificazioni agli ordinamenti del personale delle forze di polizia di cui all'art. 16, l. 1° aprile 1981 n. 121, in aderenza al nuovo assetto funzionale e organizzativo, anche attraverso: 1) la revisione della disciplina in materia di reclutamento, di stato giuridico e di progressione in carriera, tenendo conto del merito e delle professionalità, nell'ottica della: semplificazione delle relative procedure, prevedendo l'eventuale unificazione, soppressione ovvero istituzione di ruoli, gradi e qualifiche e la rideterminazione delle relative dotazioni organiche, comprese quelle complessive di ciascuna forza di polizia, in ragione delle esigenze di funzionalità e della consistenza effettiva alla data di entrata in vigore della presente legge, ferme restando le facoltà assunzionali previste alla medesima data, nonché assicurando il mantenimento della sostanziale equiordinazione del personale delle forze di polizia e dei connessi trattamenti economici, anche in relazione alle occorrenti disposizioni transitorie, fermi restando le peculiarità ordinamentali e funzionali del personale di ciascuna forza di polizia, nonché i contenuti e i principi di cui all'art. 19, l. 4 novembre 2010 n. 183, e tenuto conto dei criteri di delega della presente legge, in quanto compatibili; 2) l'eventuale assorbimento del Corpo forestale dello Stato in altra forza di polizia, prevedendo: *i*) il transito del personale nella relativa forza di polizia e la facoltà di transito, in un contingente limitato, previa determinazione delle relative modalità, nelle altre forze di polizia, in conseguente corrispondenza delle funzioni alle stesse attribuite e già svolte dal medesimo personale, con l'assunzione della relativa condizione, ovvero in altre amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, nell'ambito delle relative dotazioni organiche, con trasferimento delle corrispondenti risorse finanziarie; *ii*) la conservazione della corresponsione, sotto forma di assegno *ad personam* riassorbibile con i successivi miglioramenti economici, a qualsiasi titolo conseguiti, della differenza, limitatamente alle voci fisse e continuative, fra il trattamento economico percepito e quello corrisposto in relazione alla posizione giuridica ed economica di assegnazione; *iii*) che il personale tecnico del Corpo forestale dello Stato svolga altresì le funzioni di ispettore fitosanitario di cui all'art. 34, d.lgs. 19 agosto 2005 n. 214, e ss. mod. Sulla l. n. 124 del 2015 v.: G. D'AURIA, *La riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nella legge Madia (n. 124/2015)*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2015, 3, p. 479 ss.; AA.VV., *La riforma della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 6, p. 621 ss. e B.G. MATTARELLA, *L'attuazione della riforma amministrativa*, *ibidem*, 2016, 5, p. 576 ss.

assegnati alla Polizia di Stato, all'Arma dei carabinieri e al Corpo della guardia di finanza, tenuto conto delle relative competenze già sviluppate⁵. L'art. 3, invece, detta i criteri di riorganizzazione della presenza territoriale, privilegiando l'impiego della Polizia di Stato nei Comuni capoluogo e dei Carabinieri nelle altre aree del Paese. L'art. 4 devolve alla Guardia di finanza l'assolvimento dei compiti di sicurezza in mare, con contestuale trasferimento delle componenti navali della Polizia di Stato e dei Carabinieri. L'art. 5, poi, detta disposizioni per la gestione associata dei servizi strumentali delle forze di polizia al fine di razionalizzare la relativa spesa, individuando appositi «settori tecnico-logistici» sui quali stipulare protocolli d'intesa per la centralizzazione dei relativi acquisti anche, se del caso, con le forze armate⁶. L'art. 6, infine, detta disposizioni per l'istituzione del «Numero unico di emergenza europeo 112».

Il d.lgs. n. 177 cit. reca anche un secondo insieme di articoli sull'assorbimento di competenze, personale e mezzi del Corpo forestale dello Stato nell'Arma dei carabinieri, salvo quanto devoluto al Corpo nazionale dei vigili del fuoco, alla Polizia di Stato, al Corpo della guardia di finanza e al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali⁷. Il legislatore delegato ha così ritenuto che lo svolgimento delle funzioni di polizia ambientale e agroalimentare non necessitasse più di una forza di polizia a ciò appositamente dedicata, con le connesse duplicazioni di strutture di comando e amministrative. Tra gli altri corpi armati

⁵ In particolare l'art. 2, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 177 devolve: *a*) alla Polizia di Stato la sicurezza stradale, ferroviaria, delle frontiere, postale e delle comunicazioni; *b*) all'Arma dei carabinieri la sicurezza in materia di sanità, igiene e sofisticazioni alimentari, forestale, ambientale e agroalimentare, lavoro e legislazione sociale, patrimonio archeologico, storico, artistico e culturale nazionale; *c*) alla Guardia di finanza la sicurezza del mare, fatte salve le attribuzioni assegnate dalla legislazione vigente al Corpo delle Capitanerie di porto-Guardia costiera, oltre che in materia di circolazione dell'Euro e degli altri mezzi di pagamento.

⁶ I settori tecnico-logistici individuati dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 177 del 2016 sono: *a*) strutture per l'addestramento al tiro; *b*) mense di servizio; *c*) pulizie e manutenzione; *d*) procedure per l'acquisizione e l'addestramento di animali per reparti ippomontati e cinofili e acquisto dei relativi generi alimentari; *e*) approvvigionamento di materiali, servizi e dotazioni per uso aereo; *f*) programmi di formazione specialistica del personale; *g*) adozione di programmi congiunti di razionalizzazione degli immobili, ai fini della riduzione dei fitti passivi sostenuti per la locazione di immobili privati da adibire a caserme; *h*) approvvigionamento congiunto o condiviso dei servizi di erogazione di energia elettrica e di riscaldamento, con la prospettiva di unificazione dei programmi di risparmio energetico rispettivamente già avviati; *i*) approvvigionamento di equipaggiamenti speciali; *l*) approvvigionamento di veicoli.

⁷ Il d.lgs. n. 177 cit. indica così puntualmente le funzioni attribuite: *a*) all'Arma dei carabinieri (art. 7-8); *b*) al Corpo nazionale dei vigili del fuoco (art. 9); *c*) al Corpo della guardia di finanza ed alla Polizia di Stato (art. 10); *d*) al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (art. 11). Inoltre, il legislatore delegato, quale conseguenza della ripartizione di funzioni adottata, ha individuato, le modalità di trasferimento delle risorse umane (art. 12), logistiche, strumentali e finanziarie (art. 13) del disciolto Corpo forestale dello Stato, individuando anche le necessarie disposizioni per l'inquadramento del personale *ex* forestale nelle amministrazioni di destinazione (artt. 14 ss.).

esistenti, l'Arma dei carabinieri è stata ritenuta la più idonea a proseguire nel *munus* del disciolto Corpo forestale dello Stato, avendo già sviluppato nel proprio ambito specifiche competenze di eccellenza nei settori in parola e possedendo una rete capillare su tutto il territorio nazionale⁸. Infatti, l'Arma dei carabinieri è un'organizzazione militare plurifunzionale complessa e composita, costituita da articolazioni interne con finalità settoriali e distinte peculiarità strutturali che sono ordinate in forma piramidale e dipendono da un unico vertice, che da un trentennio opera efficacemente anche per la tutela dell'ambiente e della salute umana⁹. L'Arma dei carabinieri, peraltro, al pari delle altre forze armate dello Stato, è parte integrante dell'«ordinamento militare», nel quale oggi confluiscono le funzioni e le risorse del disciolto Corpo forestale dello Stato, con ogni conseguenza sugli obblighi e le responsabilità connesse al rapporto di impiego e di servizio dei dipendenti *ex* forestali che non si oppongono all'arruolamento¹⁰.

⁸ Ai sensi dell'art. 155, d.lgs. 8 maggio 2010 n. 66, l'Arma dei carabinieri è un'organizzazione avente collocazione autonoma nell'ambito del Ministero della difesa «con rango di forza armata» ed è forza militare di polizia a competenza generale e in servizio permanente di pubblica sicurezza, con le speciali prerogative conferitele dalla normativa vigente; inoltre, ai sensi dell'art. 3, l. 14 maggio 2010 n. 84, è la forza di polizia italiana a statuto militare per il corpo di gendarmeria europea (Eurogendfor). L'Arma dei carabinieri dipende dal Ministero della difesa da un punto di vista gerarchico funzionale, nel quale è inserita organicamente in posizione autonoma, ma dipende funzionalmente dal Ministero dell'interno per i compiti di ordine pubblico e sicurezza; analoga dipendenza funzionale settoriale sussiste, poi, per gli speciali reparti di carabinieri in servizio all'interno di organi costituzionali, ministeri, autorità amministrative o giudiziarie.

⁹ F. BASSETTA, *Arma dei carabinieri*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., III, Torino, 2005, p. 31 ss., il quale osserva pure che la denominazione di «Arma dei carabinieri» indica pure il personale appartenente all'organizzazione e legato allo Stato da un rapporto di impiego in regime di diritto pubblico, tenuto conto che il profilo dell'organizzazione e quello del peculiare rapporto d'impiego del personale militare sono complementari, essendo entrambi strumentali all'efficienza della struttura (R. JANNOTTA, *Carabinieri*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 490). Sull'Arma dei carabinieri v. anche: L. CAMPANELLI, *Carabinieri*, in *Nss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 944 ss.; F. VALORI, *Carabinieri*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 268 ss.; G. SCANDURRA, *Carabinieri*, in *Nss. dig. it.*, app., I, Torino, 1989, p. 1035 ss. Sull'attività dell'Arma dei carabinieri in materia ambientale v.: G. ROSITANI, *Attività di controllo del territorio. Il Nucleo operativo ecologico dell'Arma dei carabinieri*, in *Riv. polizia*, 2000, I, p. 135 ss.; S. PASCALI, *Il ruolo dell'Arma nel contrasto agli illeciti ambientali: il Comando carabinieri per la tutela dell'ambiente*, in *Rass. Arma carab.*, 2016, 2, p. 95 ss.

¹⁰ F. BASSETTA, *Arma dei carabinieri*, *loc. cit.* Le forze armate, di cui l'Arma dei carabinieri è parte integrante, sono l'organizzazione permanente di personale e mezzi destinata, in via primaria, ad assicurare con le armi la difesa dello Stato e, in via subordinata, a mantenere l'ordine pubblico interno (G. LANDI, *Forze armate*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 21). Sia l'art. 52 Cost., sia il d.lgs. n. 66 del 2010 qualificano le forze armate utilizzando il termine «ordinamento», con ciò intendendo che esse costituiscono una «istituzione» avente un ordinamento giuridico particolare fondato su di un fatto organizzativo, in cui il rapporto tra il singolo appartenente e l'istituzione stessa è qualificato attraverso lo *status* di militare e nell'ambito di esso dal grado (G. GRASSO, *Militari (stato giuridico e trattamento economico)*, in *Enc. giur.*, XX, Milano, 1990, p. 3). Dal punto di vista giuridico, il fenomeno sociale costituito dalle forze armate può essere inquadrato sotto il profilo della

Sullo schema di atto precedente l'emanazione del d.lgs. n. 177 cit. è intervenuto il parere del Consiglio di Stato 12 maggio 2016 n. 1183/2016, che si segnala all'attenzione dell'interprete per la profondità dell'analisi delle questioni giuridiche afferenti ad organizzazione amministrativa, attività negoziale e, soprattutto, pubblico impiego, poste dal legislatore delegato ed al cui approfondimento è dedicata la presente trattazione¹¹. A conclusione delle nostre riflessioni emergerà che la militarizzazione delle funzioni di polizia ambientale e agroalimentare e del relativo personale è una scelta coerente non solo con il quadro generale dell'ordinamento statale, ma anche con l'evoluzione della legislazione forestale e che è anche in linea con la preoccupante realtà delle gravi minacce alla salubrità dell'ambiente ed alla vita dei consociati perpetrate dalla criminalità organizzata¹².

struttura istituzionale, posizione normativa e rilevanza soggettiva, con l'effetto che esse: a) costituiscono una sola istituzione complessa, articolata in sub-istituzioni, diretta ad un'unica finalità e dotata di elementi personali e reali aventi identica natura; b) danno vita a un ordinamento giuridico particolare fondato su di un fatto organizzativo e cioè a un ordinamento di un corpo organizzato caratterizzato da plurisoggettività e da un'organizzazione notevole, assistito da una normazione interna prevalentemente *praeter legem*; c) sono prive di soggettività propria, ossia di personalità giuridica distinta da quella dello Stato-persona, sebbene si presentino come un gruppo di organi inquadrati nel potere esecutivo e retto da un insieme di principi organizzativi e disciplinari adeguati al fine per cui sono costituite (G. GRASSO, *Forze armate*, cit., p. 1). Pur essendo un'istituzione di rilevanza costituzionale, le forze armate non sono organi costituzionali perché non sono *superiores non recognoscentes* (A. MONTEROSSO, *Forze armate*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 30).

¹¹ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, è reperibile al *link*: <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/mjey/~edisp/im6o6drub7z6jzw2bby4coumta.html>.

¹² Sebbene il termine «ambiente» appartenga al linguaggio comune e sia diffusamente evocato anche nel presente scritto, esso trova una formulazione solo indiretta nell'art. 5, comma 1, lett. c), d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 /2006, che lo definisce ai fini della valutazione di impatto ambientale (sul punto v. anche M. MONTEDURO, *La notion juridique d'environnement vue per le législateur italien*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 2016, 2, p. 269 ss.). Il concetto di ambiente è, poi, espressamente citato dall'art. 117 Cost. solo al limitato fine di ripartire competenze legislative. Secondo C. cost. 28 maggio 1987 n. 210, in www.corte-costituzionale.it, 1987, l'ambiente «comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio in tutte le sue componenti), l'esistenza e la preservazione di patrimoni genetici terrestri e marini e di tutte le specie animali e vegetali che in essi vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni». Tuttavia, nonostante tali spunti, osserva F. COSTANTINO, *Ambiente* [dir. cost.], in [http://www.treccani.it/enciclopedia/ambiente-dir-cost_\(Diritto-online\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/ambiente-dir-cost_(Diritto-online)/), 2014, spec. § 3, che la ricostruzione della nozione giuridica di ambiente è problematica per la genericità del termine, che delinea «tutto ciò che sta intorno», e per la sua ambiguità, potendo riferirsi all'ambiente sia naturale, sia antropizzato. Del resto, l'ambiente può essere visto in funzione antropocentrica, la quale legge ciò che sta intorno in funzione dell'uomo, ovvero ecocentrica, nella quale l'attenzione è posta alla «casa» in cui l'uomo vive e che va tutelata di per sé, anzitutto difendendola da esso. A M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss., risale l'idea dell'impossibilità di ricostruire unitariamente la disciplina giuridica dell'ambiente e ricavare dello stesso una univoca nozione, riferendosi ad esso normative molto diverse a tutela del paesaggio e dei beni culturali, a difesa di acqua, aria e suolo dagli inquinamenti, al governo del

2. Focalizzazione: le linee portanti della riforma

2.1 Il mantenimento del pluralismo dei corpi di polizia: comparti di specialità e razionalizzazione dei presidi territoriali

La delega di cui all'art. 8, comma 1, lett. a), l. n. 124 cit. e il successivo d.lgs. n. 177 cit. si sono innestati su un ordito normativo che, pur frammentato e stratificato nel tempo, ha sempre preservato il «pluralismo delle forze di polizia», modello organizzativo che risponde ai principi democratici del frazionamento delle funzioni di sicurezza pubblica e di repressione dei reati e della dispersione del potere coattivo, oltre che a un'esigenza di efficienza e specializzazione dei compiti¹³. Nondimeno, l'esistenza di più corpi di polizia aventi caratteristiche e potenzialità d'azione pressoché identiche appare ispirata anche a un'esigenza di bilanciamento e di controllo reciproco tra i vari organismi di sicurezza, esigenza che, in teoria, non avrebbe ragione d'essere in un ordinamento democratico¹⁴.

Sin dalla nascita dello Stato unitario, il principio in esame è stato declinato mantenendo in servizio permanente di pubblica sicurezza due forze di polizia statali a competenza generale – l'Arma dei carabinieri, a ordinamento militare e la Polizia di Stato, a ordinamento civile – cui si aggiungono altre strutture a competenza speciale¹⁵. Tale assetto è stato, da ultimo, confermato dall'art. 16, l.

territorio. Secondo B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, passim, invece, la tutela dell'ambiente perseguirebbe unitariamente la conservazione dell'equilibrio ecologico della biosfera o dei singoli sistemi di riferimento. Infine, secondo E. CAPACCIOLI, F. DAL PIAZ, *Ambiente (Tutela dell')*, in *Nss. dig. it.*, app., 1980, p. 258, è possibile individuare due macro-aree della normativa ambientale: l'assetto del territorio e la tutela del paesaggio, da un lato, la tutela della salute dagli inquinamenti, dall'altro. Oggigiorno si tende a identificare il nucleo del diritto dell'ambiente nella disciplina che tutela acqua, aria, suolo, fauna e flora, pur essendovi materie che possono essere ricondotte all'ambiente in senso ampio (urbanistica ed edilizia, beni culturali, paesaggio, energia). In ogni modo, l'ambiente non va inteso come un oggetto statico ma in chiave evolutiva, ponendo problemi sempre nuovi come i rifiuti radioattivi o gli organismi geneticamente modificati.

¹³ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 7-8; L. CARBONARA, *La riorganizzazione delle forze di polizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, p. 712. Quale esempio di pluralismo delle forze di polizia può citarsi, l'esperienza francese, in cui operano la *Police nationale* (già *Surete nationale*) a ordinamento civile e la *Gendarmerie nationale* a ordinamento militare. Peraltro, la legge n. 2009-971 del 3 agosto 2009, pur mantenendo il diverso *status* del personale, ha sostanzialmente unificato *Police* e *Gendarmerie* sotto il controllo del Ministero dell'interno, con l'unica eccezione dei compiti puramente militari rimasti entro le competenze del Ministero della difesa.

¹⁴ G. CAIA, *Polizia di Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 337.

¹⁵ A. CHIAPPETTI, *Polizia (forze di)*, *cit.*, 2 e 4, e *Id.*, *Polizia (dir. pubbl.)*, *cit.*, p. 148, colloca l'origine di detto principio nella storia dei servizi di polizia dello Stato sardo, rilevando la priorità cronologica della componente militare, il Corpo dei carabinieri reali, istituito con r.p. 13 luglio 1814, in un'ottica di riconquista e di occupazione militare, da parte della monarchia sabauda, dei territori sottratti dal potere napoleonico. Infatti, la componente civile, il Corpo delle guardie di pubblica sicurezza risale alla l. 11 luglio 1852 n. 1404, cioè a un'epoca in cui il Regno di Sardegna

1° aprile 1981 n. 121, per il quale concorrono al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica anche: *a)* il Corpo della guardia di finanza, avente ordinamento militare e specializzato nella materia economica e finanziaria; *b)* il Corpo della polizia penitenziaria, a ordinamento civile che garantisce la sicurezza e la legalità all'interno degli istituti di pena; *c)* il disciolto Corpo forestale dello Stato, a ordinamento civile e focalizzato sulla tutela del patrimonio naturale e paesaggistico e nel contrasto dei reati ambientali e agroalimentari¹⁶.

Il pluralismo delle forze di polizia, insieme alla molteplicità delle funzioni e delle attività richieste dal mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza in una moderna società industriale, implica la possibilità di sovrapposizioni di compiti e strutture, oltre a inefficienze nella gestione dei servizi strumentali e degli acquisti, che possono essere superati solo mediante un'attività di coordinamento¹⁷. Infatti, il concorso dei vari corpi armati nella dipendenza dalle auto-

si era consolidato ed era in via di democratizzazione, essendo stato concesso lo Statuto, quando le competenze di polizia transitarono dall'amministrazione della difesa a quella dell'interno, con la nascita di un apposito corpo separato dai Carabinieri.

¹⁶ Pur non menzionato tra le forze di polizia dall'art. 16, l. n. 121 del 1981, anche il Corpo delle capitanerie di porto-Guardia costiera, che è parte della Marina militare giusta l'art. 118, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 66 del 2010, svolge funzioni di polizia. Sul punto, Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 15 e p. 31, ha osservato che l'attribuzione del comparto di specialità «sicurezza del mare» alla Guardia di finanza, dotata di una consistente componente aero-navale, in conseguenza della prevista soppressione dei servizi nautici delle altre forze di polizia, si riferisce solo all'assolvimento dei compiti di ordine e sicurezza pubblica e soddisfa, quindi, l'esigenza di proiezione in mare degli ordinari compiti di polizia e non attiene, invece, alla sicurezza della navigazione e al soccorso in mare, funzioni alle quali è preposta la Guardia costiera. Né il d.lgs. n. 177 *cit.*, accogliendo l'invito rivolto dal Consiglio di Stato, ha esercitato la parte di delega concernente il riordino delle forze operanti in mare, ridefinendo le funzioni del Corpo delle capitanerie di porto.

¹⁷ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 7-8. In generale, per «coordinamento» si intende la relazione intercorrente tra organi equiordinati e preposti ad attività che, pur dovendo restare distinte, sono destinate ad essere ordinate secondo un disegno unitario; contenuto di tale relazione è il potere dell'organo coordinatore di impartire disposizioni idonee allo scopo e di vigilare sulla loro osservanza (E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 131-132). Il coordinamento, tuttavia, non è solo una funzione, ma anche il risultato dell'esercizio di poteri che attono ad altre relazioni, ragione per cui gli strumenti a ciò utilizzati non sempre riflettono un rapporto di pariordinazione e per cui l'autonomia concettuale di tale figura organizzativa rispetto alla gerarchia ed alla direzione è discussa. Per un riferimento essenziale sul concetto giuridico di «coordinamento» e per le problematiche da esso poste, si rinvia ai seguenti contributi essenziali di: V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 30 ss.; G. BERTI, *Il coordinamento, parola-simbolo tra gerarchia ed equiordinazione*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, 1982, p. 31 ss.; A. AZZENA, *Per la definizione del coordinamento e della sua rilevanza giuridica*, *ibidem*, p. 35 ss.; F. BENVENUTI, *Coordinamento concetto o coordinamento schema?*, *ibidem*, p. 111 ss.; F. PIGA, *Premessa ad uno studio sul coordinamento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, II, p. 716 ss.; ID., *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo: dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

rità, giudiziarie o amministrative, competenti può tradursi in un «reticolo assai complesso di rapporti di dipendenza gerarchica o funzionale che non sempre risponde ai principi di buon andamento e di efficienza»¹⁸.

Al fine di indirizzare unitariamente l'attività delle diverse forze di polizia, ciascuna facente gerarchicamente capo a un diverso Dicastero, la l. n. 121 del 1981 ha istituito l'amministrazione della pubblica sicurezza nell'ambito del Ministero dell'interno, introducendo strumenti di coordinamento funzionale strategico-politico e operativo che fanno del Ministro dell'interno e dei prefetti le massime autorità, rispettivamente nazionale e locali, del settore¹⁹. In particolare, il dipartimento della pubblica sicurezza costituito presso il Ministero dell'interno è affidato a un capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza che provvede, tra l'altro, secondo le direttive del Ministro, all'attuazione della politica dell'ordine e della sicurezza pubblica ed al coordinamento tecnico-operativo dei corpi di polizia, coordinamento che a livello provinciale è svolto dal questore²⁰. A tali organi si aggiungono, con funzione ausiliaria consultiva, il comitato nazionale dell'ordine e della sicurezza pubblica, presieduto dal Ministro dell'interno, e gli

¹⁸ A. CHIAPPETTI, *Polizia (forze di)*, cit., p. 3. Rileva L. CARBONARA, *La riorganizzazione*, loc. cit., che mentre nel caso delle forze di polizia a competenza generale la sovrapposizione funzionale è un elemento strutturale del modello pluralistico, per i corpi a competenza settoriale essa è un elemento solo occasionale e concentrato perlopiù nell'attività di concorso al mantenimento dell'ordine pubblico.

¹⁹ Cfr. artt. 1 e 13, l. n. 121 cit., tenuto conto che i successivi artt. 14-15 individuano, oltre al prefetto, anche il questore e le altre autorità locali di pubblica sicurezza. Sul punto, osserva C. MEOLI, *Prefetto e prefettura*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/prefetto-e-prefettura_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/prefetto-e-prefettura_(Diritto-on-line)/), 2012, § 3, che al prefetto spetta la responsabilità politica, connessa alla scelta del provvedimento da adottare in relazione agli effetti che può avere nell'ambito locale ed alle linee della politica governativa, e al questore la responsabilità tecnico-operativa dell'attività medesima, dovendo egli provvedere all'attuazione del provvedimento prescelto. Sull'amministrazione della pubblica sicurezza, che è un modulo organizzativo complesso, articolato in una pluralità di organismi e strutture, si rinvia ai recenti contributi di: F. ALFANO, E. GULLOTTI, *L'amministrazione della pubblica sicurezza in Italia: le questioni irrisolte e le prospettive di evoluzione*, in *Riv. polizia*, 2013, 7, p. 493 ss.; V. PEROTTI, *L'ordinamento amministrativo della pubblica sicurezza, dalla singolarità nazionale alla proiezione europea (I parte)*, in *Rass. Avv. St.*, 2013, 4, p. 131 ss.; ID., *L'ordinamento amministrativo della pubblica sicurezza, dalla singolarità nazionale alla proiezione europea (II parte)*, ibidem, 2014, 1, p. 249 ss.; G. TOSATTI, *Sicurezza pubblica, organizzazione centrale e periferica*, in *Storia amm. cost.*, 2015, 23, p. 91 ss.; Sul ruolo del prefetto nel campo della pubblica sicurezza v.: C. MEOLI, *Il prefetto nell'ordinamento italiano*, Firenze, 1984; ID., *Prefetto*, in *Dig. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 392 ss.; V. MAZZARELLI, *Prefetto e prefettura (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 947 ss.

²⁰ Nell'ambito dell'amministrazione di pubblica sicurezza, ai fini del coordinamento è condamentale l'art. 6, l. n. 121 cit., che lo incentra su funzioni di informazione, ricerca, documentazione studio e statistica, pianificazione dei servizi d'ordine e sicurezza, logistici ed amministrativi. Sui problemi posti dal coordinamento delle forze di polizia v. D. CUTTAIA, *La riorganizzazione delle forze di polizia e il nodo irrisolto del coordinamento tecnico-operativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 6, p. 568 ss.; C. MOSCA, *Il coordinamento delle forze di polizia. Teoria generale*, Padova, 2005; ID., *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche di sicurezza*, Padova, 2012, p. 165 ss.

omologhi comitati provinciali, presieduti dai prefetti, oltre al centro elaborazione dati per l'utilizzo di informazioni comuni ed alla Scuola di perfezionamento per le forze di polizia²¹.

La l. n. 124 cit. e il d.lgs. n. 177 cit., quindi, si muovono in linea di continuità con il radicato modello pluralistico dei corpi di polizia e, senza rivisitare l'amministrazione della pubblica sicurezza, procedono a una semplificazione del suo quadro ordinamentale. In particolare, la riforma valorizza un approccio specialistico alla tutela di beni giuridici primari, come l'ambiente e la salute, anche in vista della riduzione della spesa pubblica, finalità divenuta ormai imperativa per il legislatore specie all'indomani della riforma del c.d. pareggio di bilancio, di cui alla l. cost. 20 aprile 2012 n. 1²².

È precisamente questa la *ratio* dei «comparti di specialità» demandati dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 177 cit. a Polizia di Stato, Arma dei carabinieri e Guardia di finanza «in via preminente o esclusiva», con le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno. Infatti, nel corso degli anni, ciascun corpo armato ha sviluppato proprie unità specializzate, che detti comparti di specialità rispecchiano, che esprimono le capacità settoriali di eccellenza storicamente aggiuntesi ai compiti istituzionali primari²³. L'art. 2, comma 1, cit. legifica, quindi, una ripartizione di competenze già stabilita con d.m. 28 aprile 2006, rafforzando anche i poteri di intervento e di coordinamento del Ministro dell'interno, il quale stabilisce le modalità di esercizio dei compiti per i profili tecnici tendenzialmente variabili, che non si prestano a essere disciplinati con norme di rango primario²⁴. Al fine di evitare la proliferazione di nuovi comparti di specialità, l'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 177 cit. conferma quanto già previsto dall'art. 11, l. 31 marzo 2000 n. 78, per cui l'istituzione o soppressione di comandi, unità e reparti, nonché le dotazioni di personale e mezzi destinati ad attività specializzate presso amministrazioni dello Stato diverse da quelle di appartenenza, sono disposte, su proposta del Ministro

²¹ Cfr. artt. 8, 18-20, l. n. 121 cit.

²² Sull'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione si rinvia ai seguenti riferimenti essenziali: P. CANAPARO, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in www.federalismi.it, 2012, 13; D. MORGANTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, *ibidem*, 2012, 14; M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, *ibidem*, 2013, 6; A. ANTONELLI, *L'introduzione del "pareggio" di bilancio nella Costituzione: nuove prospettive per la governance di finanza pubblica*, *ibidem*, 2016, 26 n. spec.

²³ Sul punto v.: G. CALA, *Le forze di polizia nell'amministrazione della pubblica sicurezza*, in *Studi in onore di Feliciano Benveneri*, IV, Modena, 1996, p. 1747 ss.; C. MOSCA, *Le competenze delle forze di polizia. Gli ambiti funzionali o per materia*, in *Riv. polizia*, 2004, 10, p. 601 ss.

²⁴ Sull'assetto antecedente v.: d.m. 12 febbraio 1992 (Direttive volte al consolidamento dei comparti di specialità delle forze di polizia); d.m. 25 marzo 1998 (Direttive per il coordinamento e la direzione unitaria previste dall'art. 6 della legge 1° aprile 1981 n. 121); d.m. 12 febbraio 2001 (Direttiva per l'attuazione del coordinamento e della direzione unitaria delle forze di polizia); d.m. 28 aprile 2006 (Riassetto dei comparti di specialità delle forze di polizia).

interessato, dal Ministro competente gerarchicamente, previo concerto con il Ministro dell'interno, salvo non si tratti di reparti la cui costituzione è prevista dalla legge. Peraltro, in un contesto in cui i comparti di specialità riproducono perlopiù una realtà preesistente, le vere innovazioni sono costituite, da un lato, dall'affidamento alla Guardia di finanza della proiezione marittima della funzione di polizia, dall'altro, dalla semplificazione organizzativa e funzionale derivante dall'assorbimento del Corpo forestale dello Stato nell'Arma dei carabinieri²⁵.

Analoga finalità di efficientamento persegue l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 177 cit., per il quale con decreto del Ministero dell'interno sono adottate le misure per attuare la razionalizzazione dei presidi territoriali della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri, privilegiando l'impiego della prima nei «Comuni capoluogo» e della seconda nel restante territorio²⁶. Anche in questo caso si tratta della legificazione di criteri organizzativi già consolidati e che si muovono in un'ottica di «compensazione» tra le due forze di polizia a competenza generale, al fine di eliminare le ultime duplicazioni esistenti nei grandi centri urbani, recuperando al contempo la vocazione originaria dell'Arma dei carabinieri e della Polizia di Stato, quest'ultima nata nell'ordinamento sardo come «Corpo delle guardie di città»²⁷.

2.2. La razionalizzazione della spesa per consumi intermedi: gestione associata dei servizi strumentali delle forze di polizia e diritto di recesso dai contratti in corso relativi ai settori tecnico-logistici indicati dalla legge

L'art. 5, d.lgs. n. 177 cit., prevede processi di centralizzazione dell'acquisizione dei beni e servizi rientranti nei «settori tecnico-logistici» individuati dalla

²⁵ L. CARBONARA, *La riorganizzazione*, cit., p. 715.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, cit., p. 12, sulle problematiche applicative circa il concetto di Comune capoluogo.

²⁷ Sulla Polizia di Stato si rinvia al contributo di G. CAIA, *Polizia di Stato*, cit., p. 336 ss. In sintesi, la Polizia di Stato è configurata come struttura tecnico-operativa collocata nell'ambito dell'amministrazione della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, con competenza in via principale ed ordinaria all'attività esecutiva e materiale necessaria per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. A differenza degli altri corpi armati, la Polizia di Stato non dipende funzionalmente dall'amministrazione della pubblica sicurezza ma si immedesima in essa. Inoltre, mentre il disciolto Corpo delle guardie di pubblica sicurezza era organizzato militarmente, la Polizia di Stato ha un ordinamento civile, sia pur speciale, senza che tale smilitarizzazione abbia comportato il venir meno delle capacità tecniche di espletare tutte le azioni operative che erano già svolte dal ridetto Corpo. Infatti, nell'ordinamento dell'amministrazione di p.s. permangono penetranti e specifici doveri (es. residenza e reperibilità, disponibilità permanente, subordinazione al superiore gerarchico e operativo, condotta irreprensibile fuori dal servizio) non rapportabili a un normale impiegato civile dello Stato, fermo restando che, in conformità alla condizione civile, è prevista la soggezione del personale della Polizia di Stato alla giurisdizione penale ordinaria e non a quella militare (art. 71, l. n. 121 cit.).

legge, attraverso l'adozione di specifici protocolli da applicarsi a decorrere dal 1° gennaio 2017 e che possono coinvolgere anche le forze armate. A riprova dell'importanza e della risalenza nel tempo del problema, può ricordarsi che già gli artt. 8 ss., d.l. 19 gennaio 1992 n. 8, conv. nella l. 28 febbraio 1992 n. 217, avevano introdotto attività di coordinamento tra le forze di polizia circa la definizione dei programmi d'intervento in materia di opere, infrastrutture e impianti, mezzi tecnici e logistici, pur operando ciascun corpo in piena autonomia amministrativa.

L'art. 5, d.lgs. n. 177 cit., si pone nel solco di un consolidato *favor* del legislatore verso i moduli organizzativi di aggregazione della domanda pubblica, che agevolano la correttezza dell'attività contrattuale delle amministrazioni aggiudicatrici ed il perseguimento dell'interesse pubblico alla riqualificazione ed al contenimento della relativa spesa²⁸. Tra le strategie di aggregazione della domanda pubblica spiccano, ovviamente, le c.d. centrali di committenza, il cui scopo è professionalizzare la stazione appaltante e ottimizzare l'impegno delle risorse, attraverso una maggior conoscenza del mercato che riduce la strutturale asimmetria informativa della p.a. con le controparti private e con essa anche i rischi di corruzione²⁹. Tuttavia, oltre alle centrali operano anche modelli diversi, fondati sull'adozione di moduli convenzionali *ex art.* 15, l. 7 agosto 1990 n. 241, attraverso cui diverse amministrazioni coordinano l'esercizio dell'attività negoziale in vista del conseguimento di un risultato comune, come è nell'ipotesi individuata dall'art. 5, d.lgs. n. 177 cit.³⁰.

²⁸ M. PIGNATTI, *L'effettività della tutela nei contratti pubblici e le strategie di aggregazione della domanda pubblica*, in *Foro amm.*, 2016, 3, p. 567 ss. Sul punto v. anche: A. BALDANZA, *Prime considerazioni della Corte dei conti sul sistema di acquisti centralizzato tramite Consip s.p.a.*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 7-8, p. 2659 ss.; W. GASPARRI, *L'evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell'amministrazione pubblica*, in D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, p. 11 ss.; G. FIDONE, F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, *ibidem*, 2014, 11, p. 2995 ss.; G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in www.apertacontrada.it, 2014.

²⁹ G. FIDONE, F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori*, *cit.*, *passim*. Sulle centrali di committenza v. R. TOMEI, V.D. SCIANCELEPORE, *Centrali di committenza*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., III, Torino, 2008, p. 177 ss.

³⁰ G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, *cit.*, p. 5-6. Gli accordi tra enti pubblici stipulati ai sensi dell'art. 15, l. n. 241 del 1990, anche denominati contratti «a oggetto pubblico», differiscono dal contratto privatistico di cui all'art. 1321 c.c. del quale condividono solo l'elemento strutturale dell'accordo, senza che a esso si accompagni l'ulteriore elemento del carattere patrimoniale del rapporto regolato. Infatti, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo in posizione di equiordinazione al fine di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune e, pertanto, detti accordi sono accomunati sotto il profilo funzionale al provvedimento amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849, in *Pubblica*, 2013; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 14 febbraio 2014 n. 1039, in *Foro amm.*, 2014, 2, p. 656; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 aprile 2012 n. 1580, *ibidem*, 2012, 4, p. 1303). Ogni questione inerente alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi tra amministra-

Sul punto, il Consiglio di Stato ha richiamato l'attenzione sulla speciale facoltà attribuita alle forze di polizia dall'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 177 cit., di «recedere dai contratti in corso relativi ai settori tecnico-logistici [...] anche in deroga alle eventuali clausole difformi previste contrattualmente», raccomandando che l'eventuale decisione in tal senso sia preceduta dall'apprezzamento preliminare degli oneri che l'amministrazione è tenuta a sostenere per legge e per il prevedibile contenzioso³¹. La facoltà in discorso si colloca nel più ampio quadro degli strumenti mediante i quali l'amministrazione può riconfigurare assetti di interessi già fissati in via negoziale che si aggiungono a quelli che le consentono di operare in autotutela su provvedimenti e procedimenti amministrativi. Al fine di comprendere le potenzialità ed i limiti dell'art. 5, comma 4, cit. è, quindi, necessario ripercorrere i tratti salienti dell'istituto del recesso nell'ambito dei contratti pubblici.

Al riguardo, è noto che, nei rapporti diritto privato, il recesso è previsto dall'art. 1373 c.c. come eccezione alla regola di efficacia del contratto ex art. 1372 c.c., per cui il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto se non per accordo tra le stesse o per motivi previsti dalla legge³². Dal punto di vista strutturale, il recesso è un negozio unilaterale recettizio, con cui una delle

zioni, è devoluta all'esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a. (v. Cass. civ., sez. un., 14 marzo 2011 n. 5923, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 3, p. 405; Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016 n. 1053, in *Foro amm.*, 2016, 3, p. 591; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 luglio 2013 n. 1764, in *Foro amm.* – T.A.R., 2013, 7-8, p. 2210). Per un riferimento essenziale al complesso tema degli accordi amministrativi v.: G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi: I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1 ss.; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 543 ss.; ID., *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 674 ss.; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 1, p. 103 ss.; N. BASSI, *Accordi amministrativi*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 81 ss.; R. FERRARA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 119 ss.; D. PONTE, *Accordi fra pubbliche amministrazioni*, in S. Cogliani (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Padova, 2007, p. 636 ss.

³¹ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 35-36.

³² Per un riferimento essenziale all'istituto del recesso contrattuale si rimanda a: S. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935; D. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Torino, 1939; G. LAVAGGI, *Osservazioni sul recesso unilaterale dal contratto*, in *Foro it.*, 1950, I, c. 1056; W. D'AVANZO, *Recesso (dir. civ.)*, in *Nss. dig. it.*, IV, Torino, 1967, p. 1027 ss.; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 28 ss.; S. SANGIORGI, *Recesso*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 1 ss.; G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994; ID., *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 45 ss.; S. CICOGNA, *Recesso e figure affini (la confusione dei linguaggi e l'analisi delle differenze)*, in *Foro pad.*, 1997, II, p. 46 ss.; N.A. CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000; E. RAVERA, *Il recesso*, Milano, 2004. Sulla natura eccezionale del recesso v. Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 1963, n. 424, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1059.

parti determina lo scioglimento del vincolo indipendentemente dal consenso dell'altra³³. L'atto di recesso, poi, è da ritenere irrevocabile e non risolutivamente condizionabile ed è esercitabile solo ove la correlativa facoltà sia espressamente prevista nel contratto o nella legge³⁴. Nei rapporti di diritto pubblico, invece, la possibilità per l'amministrazione di porre rimedio non solo ai vizi di legittimità, ma anche agli effetti sconvenienti del provvedimento, ha trovato codificazione con la l. 11 febbraio 2005 n. 15, modificativa della l. 7 agosto 1990 n. 241³⁵. In particolare, la revoca è il potere di secondo grado, che si estrinseca in un provvedimento discrezionale motivato in base a ragioni di opportunità, finalizzato ad elidere gli effetti durevoli di una precedente determinazione con decorrenza *ex nunc* ed a monetizzare l'affidamento del privato attraverso la corresponsione di un indennizzo³⁶.

In materia di contratti pubblici, l'art. 21-*sexies*, l. n. 241 del 1990, ribadendo il principio generale sancito dall'art. 1373 c.c., dispone che il recesso è ammesso nei soli casi previsti dalla legge o dal contratto. L'inserimento nella legge sul procedimento di una norma sul recesso dal contratto, peraltro riproduttiva di una disposizione civilistica, testimonia la difficoltà di inquadramento dell'istituto

³³ F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 844. Osservano, poi, S. ROMANO, *La revoca*, cit., p. 34 e R. CORRADO, *Recesso, revoca, disdetta (chiarimenti sistematici)*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 577, che il legislatore del 1942 ha accolto una nozione amplissima di recesso, comprendente negozi sia estintivi sia risolutivi.

³⁴ In giurisprudenza cfr.: Cass. civ., sez. II, 13 luglio 1983 n. 4783, in *Foro it.*, 1984, I, c. 186; sez. II, 26 novembre 1987 n. 8776, in *Rep. Foro it.*, 1987, c. 325; sez. III, 24 febbraio 1993, n. 2281, in *Riv. giur. ed.*, 1993, p. 803. Rilevano G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso*, cit., p. 44, e M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 1998, p. 314, che l'eventuale pentimento del recedente può assumere giuridico rilievo, prodotto il suo effetto estintivo, solo con la rinnovazione del contratto ossia attraverso un nuovo incontro della volontà delle parti e che, per le stesse ragioni, il recesso non tollera condizioni risolutive.

³⁵ A. UBALDI, *Revoca e istituti di confine in materia di contratti pubblici: tra limiti e conseguenze economiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 5, p. 1650 ss. Sull'autotutela per motivi di opportunità prima della sua codificazione positiva: C. VITTA, *La revoca degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1930, IV, p. 3 ss.; M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 815 ss.; R. ALESSI, *Revoca (dir. amm.)*, in *Nss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 805 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999. Invece, sul potere di revoca dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15: A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, Torino, 2005; E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, p. 1551 ss.; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5207 ss.; C. MARZUOLI, *La nuova disciplina dell'annullamento e della revoca degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo a un anno di distanza dalla riforma*, Torino, 2007, p. 18 ss.

³⁶ La ipotesi revoca per ragioni di opportunità sono generalmente: a) la sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, che impongano una rimediazione sulla convenienza degli effetti del provvedimento; b) il mutamento della situazione di fatto con riferimento alla quale l'atto è stato adottato; c) lo *ius poenitendi* della p.a., cioè la rivalutazione dell'interesse pubblico originario svincolato da qualsivoglia sopravvenienza.

ed ha a lungo alimentato il dubbio che esso potesse assumere una connotazione pubblicistica e non privatistica³⁷. In realtà, nel momento in cui esige l'accordo con il privato, la legge disconosce la natura pubblicistica del recesso, non potendo l'amministrazione auto-attribuirsi poteri unilaterali; resta inteso che l'esercizio della facoltà di recesso è comunque subordinato ai principi di imparzialità e buon andamento, oltre che all'obbligo di rispettare la buona fede contrattuale³⁸. La circostanza che nella fase di esecuzione del contratto la parte pubblica possa svincolarsi dal rapporto negoziale mediante un atto che, non avendo natura provvedimento, non è adottato all'esito di un procedimento partecipato e non è soggetto all'obbligo di motivazione, solleva, poi, la questione della tutela dell'affidamento del privato, che risulta così demandata all'indennizzo che l'amministrazione ha l'obbligo di liquidare secondo i criteri vincolanti previsti dalla legge³⁹.

Se l'art. 21-*sexies*, l. n. 241 del 1990, è una disposizione sostanzialmente priva di contenuti precettivi diversi da quelli già evincibili dall'art. 1373 c.c., non altrettanto è a dirsi per l'art. 109, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che configura la facoltà di recesso unilaterale dell'amministrazione da tutti i contratti pubblici, imponendo il preavviso all'appaltatore e la forfezzazione del lucro cessante nella misura del dieci per cento, da sommare al pagamento delle prestazioni eseguite e dei materiali utili esistenti, in luogo della corresponsione dell'intero suo ammontare⁴⁰. In

³⁷ G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, p. 1453 ss., spec. § 6. Nel senso della configurazione pubblicistica del recesso: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, 1986, 102 ss.; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, p. 88 ss.; A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, spec. p. 169 ss.

³⁸ G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto*, loc. cit.

³⁹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 18 luglio 2011, n. 3867, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 7-8, p. 2435.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 109, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, «1. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-*ter* e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque tempo previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite. 2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti. 3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture. 4. I materiali, il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1, sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione del contratto, se nominato, o del RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3. 5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al

precedenza, l'abrogato art. 134, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, riferiva la medesima disciplina ai soli appalti di lavori, con la conseguenza che il recesso dagli appalti di servizi era retto dall'art. 1671 c.c., mentre quello dai contratti di fornitura era esercitabile solo in caso di esplicita pattuizione.

Sebbene revoca e recesso siano entrambi strumenti di gestione delle sopravvenienze che giustificano un ripensamento dell'amministrazione, il secondo, a differenza della prima, si inserisce in un rapporto ormai paritetico tra amministrazione e privato⁴¹. Infatti, nei procedimenti a evidenza pubblica, la fase di selezione del contraente, retta da poteri autoritativi, si esaurisce con l'aggiudicazione definitiva (che non equivale ad accettazione dell'offerta) e va tenuta distinta da quella, successiva e disciplinata da norme privatistiche, della stipulazione ed esecuzione del contratto⁴². Sul punto, la giurisprudenza, con riferimento ai soli appalti di lavori pubblici, aveva proprio chiarito che se la stazione appaltante rinviene sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, dopo la stipulazione del contratto non può utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma deve esercitare il diritto potestativo di recesso di cui all'abrogato art. 134, d.lgs. n. 163 del 2006⁴³. Infatti, il recesso dal contratto si distingue dalla revoca della procedura di affidamento, perché il suo esercizio incide solo sul vincolo negoziale e non sulla sequenza procedimentale posta in essere a monte⁴⁴. Inoltre, la posizione giuridica del privato nei confronti della facoltà di recesso contrattuale della parte pubblica, non essendo ricollegata a un potere autoritativo, ha consistenza di diritto soggettivo, con susseguente radicamento della giurisdizione ordinaria, trattandosi di sindacare atti che hanno natura negoziale e non autoritativa e discrezionale⁴⁵.

Nel caso prefigurato dall'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 177 cit., il riferimento testuale all'istituto del recesso comporta che lo strumento in tal modo attribuito alle forze di polizia per implementare i nuovi moduli organizzativi di gestione associata dei servizi strumentali, e per conseguire i relativi risparmi di spesa, sia

momento dello scioglimento del contratto. 6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i magazzini e i cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio e a sue spese».

⁴¹ Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2011 n. 391, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 1, p. 258 e in *Ragiusan*, 2012, 333-334, p. 64; Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2008 n. 4455, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 9, p. 2424.

⁴² Corte cost. 9 febbraio 2011 n. 53, in *Giur. cost.* 2011, 1, p. 723; 7 febbraio 2011 n. 4, *ibidem*, 2011, 1, 36; Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2011 n. 391, *cit.*

⁴³ Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014 n. 14, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 5, p. 1647, in *Foro amm.*, 2014, 6, p. 1671, in *Foro it.*, 2015, 12, 3, c. 673; sez. V, 30 luglio 2014 n. 4025, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, p. 2010; sez. V, 26 giugno 2015 n. 3237, *ibidem*, 2015, 6, p. 1708; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 12 febbraio 2015 n. 88, *ibidem*, 2015, 2, p. 604; sez. I, 14 maggio 2015 n. 391, *ibidem*, 2015, 5, p. 1567.

⁴⁴ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 23 giugno 2016 n. 1691, in *Foro amm.*, 2016, 6, p. 1650; 10 febbraio 2015 n. 390, in *Red. Giuffrè amm.*, 2015.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2014 n. 4025, *cit.*; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 23 giugno 2016 n. 1691 *cit.*; T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, 11 giugno 2014 n. 39, in *Red. Giuffrè amm.*, 2014.

una *species* del modello generale di cui all'art. 109, d.lgs. n. 50 cit., alla cui disciplina occorrerà fare riferimento per l'eventuale concreta attivazione. Peraltro, se è vero che il legislatore si è preoccupato di normare specificamente l'ipotesi di scioglimento di vincoli contrattuali già insorti e divenuti non più convenienti alla luce delle migliori possibilità offerte dalla gestione associata, è altrettanto vero che, nel silenzio della legge, non è precluso l'esercizio della facoltà di revoca delle procedure a evidenza pubblica ancora pendenti e non giunte ad un'aggiudicazione, nelle quali minore è l'affidamento ingenerato in capo alle imprese concorrenti⁴⁶. Resta, poi, fermo che anche la facoltà di recesso *ex art. 5*, d.lgs. n. 177 cit. presuppone l'esistenza di un contratto valido ed operante, dato che il diritto della controparte privata all'indennità non sorge allorché l'aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, stante il carattere retroattivo dell'annullamento, il quale comporta che l'appalto debba considerarsi mai venuto ad esistenza, poiché in tal caso l'amministrazione si limita ad adempiere all'obbligo di conformarsi al giudicato⁴⁷.

Quale notazione conclusiva, può osservarsi che sul punto sarà centrale il ruolo dell'ufficio per il coordinamento e la pianificazione delle forze di polizia operante presso il dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, che è la sede più appropriata per la formalizzazione e gestione dei protocolli d'intesa previsti dall'art. 5, d.lgs. n. 177 cit., oltre che per le iniziative di gestione associata dei servizi strumentali. Tale ufficio, infatti, rappresenta la più compiuta espressione istituzionale del potere di coordinamento ministeriale tra diversi corpi armati dello Stato, stante il suo carattere integralmente interforze ed il particolare *modus operandi* a diretto contatto con i vertici delle singole forze di polizia, oltre che per la collocazione ordinamentale all'interno dell'amministrazione della pubblica sicurezza.

2.3. *L'assorbimento del Corpo forestale dello Stato nell'Arma dei carabinieri e la militarizzazione del relativo personale*

2.3.1. *Cenni sull'evoluzione dell'amministrazione forestale*

Il tratto più caratterizzante il d.lgs. n. 177 cit. è la scelta di procedere all'assorbimento del Corpo forestale dello Stato nell'Arma dei carabinieri, ad eccezione delle competenze e delle risorse in materia di incendi boschivi, trasfe-

⁴⁶ Secondo Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2014 n. 6406, in *Red. Giuffrè amm.*, 2014, non solo le sopravvenute difficoltà finanziarie della stazione appaltante, ovvero la carenza *ab origine* di copertura finanziaria, ma anche «l'esigenza di conseguire risparmi di spesa imposti *per factum principis*» sono una valida ragione per disporre la revoca di un affidamento di servizi anche successivamente alla stipulazione del contratto ed *a fortiori* quando il contratto non è stato concluso, posto che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta.

⁴⁷ Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2016 n. 2408, in *Ced. Cass.*, 2016, rv. 638585; sez. I, 21 novembre 2011 n. 24438, *ibidem*, 2011, rv. 620471; sez. I, 11 febbraio 2008 n. 3185, *ibidem*, 2008, rv. 601860; sez. I, 2 settembre 2004 n. 17673, *ibidem*, 2004, rv. 576628.

rite al Corpo nazionale dei vigili del fuoco, vigilanza a mare dei parchi naturali, assegnate alla Guardia di finanza, e di tutela dell'ordine pubblico, transitate alla Polizia di Stato.

La fine del Corpo forestale dello Stato giunge all'esito di una storia plurisecolare, la cui origine risale alle regie patenti del Regno di Sardegna del 15 ottobre 1822, con cui Carlo Felice di Savoia aveva costituito la prima amministrazione forestale per «la custodia e vigilanza de'boschi», indispensabile per la difesa del suolo e il buon regime delle acque⁴⁸. Divenuta Real Corpo delle foreste con la l. 2 giugno 1910 n. 277, la struttura era rimasta un organismo tecnico dello Stato avente natura civile con il compito di conservare e incrementare il demanio boschivo e curare la sistemazione idraulico forestale dei bacini montani, sebbene il relativo personale fosse anche incaricato di funzioni di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza connesse alla legislazione di settore⁴⁹. Con il r.d.l. 16 maggio 1926 n. 1066 il Real corpo delle foreste fu sciolto e sostituito dalla Milizia forestale, specialità della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale, funzionalmente subordinata, per l'esercizio dei compiti tecnici, al Ministero dell'agricoltura e delle foreste, divenendo così un vero e proprio corpo di polizia a ordinamento militare⁵⁰.

Soppressa la Milizia forestale con r.d.l. 6 dicembre 1943 n. 16/B, il Corpo forestale dello Stato fu ricostituito con il d.lgs. 12 marzo 1948 n. 804, poi ratificato con la l. 4 maggio 1951 n. 538, come organismo civile con funzioni tecniche e di polizia⁵¹. Infatti, ufficiali, sottufficiali, guardie scelte e guardie del Corpo, sebbene inquadrati in modo militare, furono inclusi a tutti gli effetti tra gli impiegati civili dello Stato e qualificati dall'art. 8, commi 2 e 3, d.lgs. n. 804 del 1948, come «personale tecnico con funzioni di polizia»⁵². Le risorse umane del Corpo

⁴⁸ C. CANTELMO, *Corpo forestale dello Stato (C.F.S.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, IV, p. 195.

⁴⁹ C. CANTELMO, *Corpo forestale dello Stato*, cit., p. 195-196. A. LATESSA, *Guardia forestale*, in *Nss. dig. it.*, Torino, app., III, 1982, p. 25, ricorda che fu la l. 30 giugno 1877 n. 3917 a configurare la prima organizzazione unitaria forestale del Regno, confermando agli agenti forestali la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria (art. 28), agli effetti del codice di procedura penale e della legge di pubblica sicurezza.

⁵⁰ G. SAPORITO, *Corpo forestale dello Stato*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1, A. LATESSA, *Guardia forestale*, cit., p. 26; C. CANTELMO, *Corpo forestale dello Stato*, cit., p. 196.

⁵¹ L'art. 1, d.lgs. 12 marzo 1948 n. 804, affidò al Corpo forestale dello Stato funzioni e compiti in materia di: rimboschimenti e rinsaldamenti; sistemazioni idraulico-forestali e agrarie di bacini montani e comprensori di bonifica; incoraggiamento di silvicoltura e apicoltura; tutela tecnica ed economica dei boschi e dei beni silvo-pastorali pubblici; miglioramento dei pascoli montani; polizia forestale; addestramento del personale forestale; ricerche e applicazioni; statistica e catasto forestale; sorveglianza sulla pesca nelle acque interne, sulla caccia, sui tratturi e trazzere; gestione tecnica ed amministrativa delle foreste demaniali ed ampliamento del demanio forestale statale.

⁵² Cons. Stato, sez. II, 11 maggio 1959 n. 983, in *Cons. St.*, 1959, I, 1257; G. SAPORITO, *Corpo forestale dello Stato*, loc. cit., osserva pure che l'art. 3, comma 2, l. 4 maggio 1951 n. 538, attraverso un rinvio dinamico, rese applicabili ai sottufficiali ed alle guardie forestali le norme in vigore per gli appartenenti al Corpo delle guardie di pubblica sicurezza quanto al mantenimento e alla cessazione

forestale dello Stato non furono trasferite alle Regioni con il d.p.r. 24 luglio 1977 n. 616, restando alla competenza statale tutti quegli «interessi di difesa dell'ambiente a prevenzione di ogni specie di danni, provenienti da eventi naturali o da opera dell'uomo, atti a comprometterne l'integrità»⁵³. La legislazione successiva ha sempre più valorizzato il fatto che il Corpo forestale dello Stato svolgesse funzioni permanenti di polizia e che, pur avendo natura civile, fosse strutturato in modo sostanzialmente militare, venendo infine esplicitamente incluso tra le forze di polizia dall'art. 16, comma 2, l. n. 121 cit.⁵⁴.

In tale ordine di idee, il ruolo del Corpo forestale dello Stato nella vigilanza, prevenzione e repressione delle violazioni compiute in danno dell'ambiente ha trovato crescente considerazione normativa⁵⁵. Al riguardo, la l. 6 febbraio 2004 n. 36, recante l'ultimo ordinamento del Corpo prima dello scioglimento, ne aveva ribadito la qualificazione come forza di polizia a ordinamento civile specializzata nella difesa del patrimonio agroforestale e nella tutela dell'ambiente, del paesaggio e dell'ecosistema, oltre che della sicurezza agroalimentare, la quale concorre nell'espletamento dei servizi di ordine e sicurezza pubblica, nonché nel controllo del territorio, con particolare riferimento alle aree rurali e montane⁵⁶. La l. n.

dal servizio e ad altri aspetti del trattamento giuridico ed economico, assicurando così in modo permanente ed organico parità di trattamento sul punto tra gli appartenenti alle due organizzazioni (Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 1960 n. 95, in *Cons. St.*, 1969, I, 460; 6 novembre 1960 n. 913, *ibidem*, 1960, I, 2118; 4 dicembre 1963 n. 932, *ibidem*, 1963, I, 1918).

⁵³ C. cost. 12 novembre 1974 n. 257, in *Foro it.*, 1975, I, 272. G. SAPORITO, *Corpo forestale dello Stato*, cit., p. 2-3, osserva così che si è determinato uno iato tra le funzioni svolte dal Corpo, quasi interamente attratte nelle competenze regionali, e persistente dipendenza del Corpo dall'amministrazione statale, in considerazione delle funzioni di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria, escluse dalle materie delegate o trasferite alle Regioni.

⁵⁴ M. PIZZI, *Corpo forestale dello Stato*, in *Enc. giur.*, IX, agg., Roma, 2007, p. 1 ss.; il Corpo forestale dello Stato è stato anche integrato, insieme alle altre forze di polizia, nel Servizio nazionale di protezione civile, ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. d), l. 24 febbraio 1992 n. 225. Alla natura civile e non militare del Corpo forestale dello Stato non ostava neppure l'art. 136, l. 11 luglio 1980 n. 312, relativa al nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato, il quale collocava tra i «militari» anche i sottufficiali e le guardie del Corpo forestale dello Stato, oltre che gli appartenenti agli altri corpi di polizia. Infatti, tale inclusione era corredata dall'avvertenza che, per quanto attiene alle forze di polizia, le disposizioni sul personale militare si applicassero «transitoriamente sino a quando non sarà diversamente provveduto in materia». Ciò consente di concludere che la l. n. 312 del 1980 non abbia disposto alcuna militarizzazione del Corpo forestale dello Stato, procedendo piuttosto ad una classificazione funzionale al perseguimento di finalità di riordino stipendiale.

⁵⁵ G. SAPORITO, *Corpo forestale dello Stato*, cit., p. 3. In proposito possono citarsi; il d.l. 18 giugno 1986 n. 282, conv. nella l. 7 agosto 1986 n. 462, in tema di sofisticazioni alimentari; la l. 8 luglio 1986 n. 349, istitutiva del Ministero dell'ambiente; l. 6 dicembre 1991 n. 394; la l. 21 novembre 2000 n. 353, legge quadro in materia di incendi boschivi.

⁵⁶ M. PIZZI, *Corpo forestale dello Stato*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, IX, agg., 1 ss., rileva pure che l'art. 57, comma 1, lett. b), c.p.p. attribuisce agli appartenenti al Corpo forestale le qualifiche di agente ed ufficiale di polizia giudiziaria.

36 del 2004, quindi, aveva definitivamente consolidato la separazione, in questa materia, tra funzioni amministrative intestate alle Regioni e funzioni di polizia demandate allo Stato, che trascendono l'ambito forestale ed includono la protezione dell'ambiente e la vigilanza sull'attuazione delle convenzioni internazionali in relazione alla tutela della biodiversità vegetale e animale⁵⁷. Per ordine pubblico e sicurezza, soccorso e protezione civile, il Corpo forestale dello Stato dipendeva funzionalmente dal Ministero dell'interno, ferme restandone la dipendenza organizzativa dal Ministero delle politiche agricole e forestali e la possibilità, per il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, di avvalersene per fini di sua competenza.

In definitiva, alla vigilia della sua fusione per incorporazione nell'Arma dei carabinieri, al Corpo forestale dello Stato era attribuito l'esercizio di attività di polizia e controllo del territorio, protezione civile, antincendio boschivo, antibraconaggio, protezione di specie minacciate, controllo del rispetto della normativa europea nel settore agricolo e forestale. Tali funzioni riflettevano l'evoluzione dell'ordinamento forestale, in cui le risorse e i beni naturali hanno assunto un carattere sociale, affiancandosi all'originaria componente economica anche quella, oggi prevalente, vincolistica, naturalistica ed ecologica⁵⁸. Del resto, anche nell'economia italiana l'agricoltura è stata soppiantata dalla manifattura, dal commercio e dai servizi nel suo ruolo trainante, emergendo problemi come i rischi legati all'industrializzazione ed all'impiego delle fonti di energia, la difesa della salubrità dell'ambiente e della biodiversità, delle specie floristiche e faunistiche in via di estinzione, l'urbanizzazione e l'antropizzazione del territorio. Problemi che hanno reso obsoleta la figura ottocentesca del guardaboschi e reso necessario implementare competenze di elevato contenuto specialistico utili al contrasto delle nuove minacce all'ambiente ed alla vita.

2.3.2. *Lo scioglimento del Corpo forestale dello Stato e la redistribuzione delle relative funzioni*

L'assorbimento del Corpo forestale dello Stato nell'Arma dei carabinieri non ha comportato la soppressione delle funzioni di polizia in materia di tutela dell'ambiente e della sicurezza agroalimentare, che sono state affidate ad altro

⁵⁷ A. ABRAMI, *Manuale di diritto forestale e dell'ambiente territoriale*, Milano, 2005, p. 153; M. PIZZI, *Corpo forestale dello Stato*, cit., p. 1, il quale ricorda pure l'esclusiva competenza legislativa statale sulle funzioni di polizia ex art. 117, comma 2, lett. h), Cost. Quanto agli accordi internazionali, il riferimento è alla Convenzione di Washington del 3 marzo 1973 sul commercio internazionale delle specie minacciate di estinzione, *Convention on International Trade of Endangered Species* (CITES), ratificata dall'Italia con l. 19 dicembre 1975 n. 874 ed implementata, per la parte penale, con la l. 7 febbraio 1992 n. 150; la Convenzione è stata pure adottata dall'Unione europea con il reg. (CE) n. 338/97 del Consiglio, del 9 dicembre 1996, e con il reg. (CE) n. 865/2006 della Commissione, del 4 maggio 2006.

⁵⁸ G. SAPORITO, *Corpo forestale dello Stato*, cit., p. 1.

corpo armato, con le relative risorse umane, finanziarie e strumentali⁵⁹. Peraltro, lo scioglimento del Corpo forestale dello Stato non ha riguardato i Corpi forestali delle Regioni ad autonomia differenziata, previsti dai relativi statuti costituzionali e non inquadrati nel primo⁶⁰.

Sul punto, in linea con l'opinione del Consiglio di Stato, può convenirsi che, ad eccezione delle strutture che godono di garanzia costituzionale di esistenza, la soppressione dei pubblici uffici, tra cui i corpi di polizia, rientra nella piena disponibilità del legislatore ordinario⁶¹. L'eliminazione di una struttura amministrativa, pertanto, suscita dubbi di costituzionalità soltanto qualora comporti il venir meno delle funzioni e dei compiti dapprima esercitati e che siano costituzionalmente necessari⁶². Tuttavia, come detto, le funzioni del Corpo forestale dello Stato in materia di ambiente e sicurezza agroalimentare, pur attenendo a beni di rilevanza costituzionale, non sono cessate con lo scioglimento del Corpo stesso, ma sono state riallocate in altre strutture, «sicché nessun bene costituzionalmente rilevante viene sacrificato e le forze di polizia designate [...] potranno giovarsi delle competenze e delle professionalità degli *ex* appartenenti al Corpo forestale, in osservanza al principio di buon andamento della pubblica amministrazione *ex art. 97 Cost.*»⁶³.

⁵⁹ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 16; analogamente è a dirsi per le funzioni ed i compiti trasferiti ad altre amministrazioni, non determinandosi alcuna soluzione di continuità nella tutela dei beni costituzionali sui quali incidono.

⁶⁰ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 17.

⁶¹ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 19-20. Sugli enti pubblici a garanzia costituzionale v. Corte cost. 26 marzo 2015 n. 50, in *Giur. cost.*, 2015, 2, p. 432, con note di S. BARTOLE, *Legislature statale e Corte costituzionale alla ricerca della città metropolitana*; G.C. DE MARTIN, M. DI FOLCO, *L'emarginazione del principio autonomistico e lo svuotamento delle garanzie costituzionali per le istituzioni provinciali in una sentenza "politica"*; G. SERGES, *L'istituzione delle Città metropolitane, le clausole legislative di auto-qualificazione e l'elettività "indiretta" degli organi istituzionali*.

⁶² Al potere del legislatore di sopprimere enti o uffici non si contrappone il diritto dei loro dipendenti a mantenerli in vita, fermo restando quello alla conservazione del trattamento giuridico ed economico in godimento (c.d. divieto di *reformatio in peius*). Sul punto v.: Corte cost. 23 maggio 1985 n. 153, in www.cortecostituzionale.it, 1985; 14 gennaio 1986 n. 6, *ibidem*, 1986; 19 giugno 1998 n. 219, *ibidem*, 1998; 20 luglio 1999 n. 330, *ibidem*, 1999. Sul divieto di *reformatio in peius* in materia di pubblico impiego v.: L. IEVA, *L'Adunanza plenaria sul principio del divieto di reformatio in peius della retribuzione pubblica*, nota a Cons. Stato, ad. plen., 11 dicembre 2006 n. 14, in *Lav. giur.*, 2007, 3, p. 310 ss.; G. LA TORRE, *Dirigenti pubblici a regime privatistico e principio della reformatio in peius*, nota a Cons. Stato, ad. plen., 11 dicembre 2006 n. 14, in *Amm. it.*, 2007, 5, p. 729 ss.; S. ZARAMELLA, *Retribuzione di posizione e divieto di reformatio in peius*, nota a Cons. Stato, ad. plen., 11 dicembre 2006 n. 14, in *Studium iuris*, 2007, 3, p. 370 ss.; M.G. GRECO, *Riammissione in servizio e divieto di reformatio in peius del trattamento retributivo, nel passaggio da un'amministrazione ad un'altra, nel lavoro pubblico privatizzato*, in *Arg. dir. lan.*, 2008, 1, 1, p. 213 ss.; A. CARACCIOLLO LA GROTTERRIA, *Limiti ed effetti dell'applicazione del divieto di "reformatio in peius" nel trattamento economico dei pubblici dipendenti*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 7-8, p. 2653 ss.

⁶³ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 19.

L'individuazione dell'Arma dei carabinieri come struttura continuatrice delle attività del Corpo forestale dello Stato deriva dal fatto che, da un lato, essa ha sviluppato e consolidato competenze specialistiche in campo ambientale e agroalimentare e che, dall'altro, l'organizzazione periferica del Corpo forestale può integrarsi nella capillare rete di uffici dei Carabinieri distribuiti su tutto il territorio nazionale. Inoltre, a sostegno di tale scelta, oltre al conseguimento di economie di bilancio, non è trascurabile la considerazione che i reati in materia ambientale e agroalimentare sono spesso opera della criminalità organizzata, sicché l'azione di contrasto di questi gravi illeciti in danno della salute pubblica trova adeguata risposta nelle ampie capacità investigative e repressive sviluppate dall'Arma dei carabinieri nel contrasto delle associazioni criminali più pericolose⁶⁴. Infatti, la minaccia costituita dalla criminalità organizzata ambientale, già intrinsecamente complessa, assume forme sempre più trasversali, mutevoli e raffinate, che richiedono alle forze di polizia lo sviluppo di competenze altrettanto articolate, per le quali possono essere utilmente allocati i risparmi di spesa conseguenti all'assorbimento del Corpo forestale dello Stato⁶⁵.

Le funzioni attribuite all'Arma dei carabinieri dal d.lgs. n. 177 cit. corrispondono non solo a quelle già assegnate al Corpo forestale dello Stato dalla l. n. 36 cit., ma includono anche quelle già assolve dal Comando carabinieri per la tutela dell'ambiente, di cui alla l. 23 marzo 2001 n. 93, e dal Comando carabinieri politiche agricole e alimentari, di cui al d.p.c.m. 27 febbraio 2013 n. 105. Sul punto, una possibile criticità è costituita dalla ripartizione dei compiti di accertamento delle violazioni in materia di commercio illegale della flora e della fauna in via di estinzione, materia caratterizzata dalla presenza di obblighi internazionali e comunitari e da conseguenti interferenze funzionali. Infatti, all'Arma dei carabinieri è stato sì devoluto il contrasto a detto commercio illegale, nonché il controllo del commercio internazionale e della detenzione di esemplari di detta fauna e flora, ma con la rilevante eccezione degli spazi doganali su cui è competente la Guardia

⁶⁴ Sui reati ambientali si rinvia ai contributi di P. TANDA, *Principio di offensività e reati in materia di beni culturali ed ambientali*, nota a Cass. pen., sez. III, 2 maggio 2001 n. 22325, in *Cass. pen.*, 2002, 1, p. 3853 ss.; M. MACRÌ, *Formale plurioffensività disomogenea in materia di reati ambientali*, nota a Cass. pen., sez. III, 23 ottobre 2001 n. 44161, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 2, p. 393 ss.; L. RAMACCI, *I reati ambientali ed il principio di offensività*, in *Giur. merito*, 2003, 5, p. 1048 ss.; L. SABATINI, *Osservazioni su inesigibilità, fortuito e colpa nei reati ambientali*, nota a Cass. pen., sez. III, 29 aprile 2003 n. 26191, in *Cass. pen.*, 2005, 1, p. 161 ss.; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali?*, nota a Corte cost. 9 maggio 2013 n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 3, p. 1505B; C. RUGA RIVA, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *Cass. pen.*, 2016, 12, p. 4635B ss.

⁶⁵ S. PASCALI, *Il ruolo dell'Arma nel contrasto agli illeciti ambientali*, cit., p. 95 ss., il quale colloca tra i casi di criminalità ambientale il traffico e lo smaltimento illecito di rifiuti, l'inquinamento di corsi d'acqua e sorgenti, l'abusivismo edilizio, distinguendo la criminalità ambientale «comune», caratterizzata da condotte occasionali, perlopiù monosoggettive, di lesione dell'ambiente, da quella «organizzata», in cui le condotte delinquenziali si distinguono per la sistematicità e l'organizzazione di strutture e mezzi, perlopiù connesse al ciclo dei rifiuti e del cemento.

di finanza; al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali residua, poi, il rilascio delle certificazioni per il commercio e la detenzione, nonché la tenuta del registro degli alberi monumentali⁶⁶. Sebbene fosse necessario, in tale materia, dettare un criterio di ripartizione delle competenze, solo l'esperienza applicativa potrà fornire elementi in merito all'adeguatezza dell'assetto così prescelto.

L'art. 8, d.lgs. n. 177 cit., fissa i criteri generali di riorganizzazione dell'Arma dei carabinieri in conseguenza dell'assorbimento del Corpo forestale dello Stato, prevedendo la confluenza delle componenti centrali e territoriali di quest'ultimo nelle corrispondenti articolazioni funzionali della prima dedicate alla tutela dell'ambiente, del territorio e delle acque e alla sicurezza e ai controlli nel settore agroalimentare, apportando le susseguenti modifiche al d.lgs. 8 maggio 2010 n. 66 (codice dell'ordinamento militare). È così introdotta nell'Arma dei carabinieri un'apposita organizzazione per la tutela forestale, ambientale e agroalimentare (art. 174-*bis*, d.lgs. n. 66 del 2010) che ingloba anche il Comando carabinieri tutela per l'ambiente e il Comando carabinieri politiche agricole e alimentari. Tale organizzazione, denominata «Comando unità per la tutela forestale, ambientale e agroalimentare» ed operante dal 1° gennaio 2017, dipende funzionalmente dal Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali per la sicurezza e tutela agroalimentare e forestale e dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, per le attribuzioni di competenza, che si avvalgono della sua organizzazione⁶⁷.

2.3.3. *L'assunzione dello status militare da parte del personale ex forestale transitato nell'Arma dei carabinieri: la soggezione alla disciplina militare ed alla giurisdizione militare*

Con il transito nei ruoli dell'Arma dei carabinieri, gli *ex* appartenenti al Corpo forestale dello Stato acquistano lo *status* militare, circostanza questa che è stata oggetto di una lunga disamina da parte del Consiglio di Stato, considerato che l'incorporazione nelle forze armate comporta l'insorgenza di più intensi doveri comportamentali connessi alla soggezione alla disciplina militare ed alla giurisdizione penale militare⁶⁸. Nelle pagine che seguono sono esaminate proprio

⁶⁶ Cfr. artt. 7, comma 2, lett. m), 10, comma 1, lett. b) e 11, d.lgs. 18 agosto 2016 n. 177.

⁶⁷ Sulle funzioni in tema di alberi monumentali v. M. BREGANZE, *Alberi monumentali ed esercizio delle funzioni già del Corpo forestale dello Stato ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2016 n. 177*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, p. 68 ss.

⁶⁸ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, cit., p. 26 ss.; sulla non sottoposizione alla giurisdizione militare del personale forestale v. Cass. pen., sez. un., 25 ottobre 1958, in *Ced Cass.*, 1958, rv. 098022. Per una disamina esaustiva della condizione militare si rinvia al lavoro di: A. LO TORTO, *La condizione militare nell'ordinamento delle Forze armate*, Milano, 2010; invece, per i profili costituzionali ed amministrativi dell'ordinamento militare si rinvia ai contributi di: P. BONETTI, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, Milano, 2000; E. CHITTI, *L'amministrazione militare tra ordinamento nazionale ed ordinamento globale*, Milano, 2006.

queste due caratteristiche essenziali della condizione militare, unitamente al problema del momento in cui lo *status* militare nasce e che il Consiglio di Stato ha indicato nel giuramento e non nell'arruolamento.

È noto che il servizio militare non rappresenta una mera prestazione di attività, ma determina in chi lo presta una condizione particolare che comporta l'assoggettamento pieno della persona a un regime speciale di vita non implicante soltanto l'obbligo di certe attività, ma incidente addirittura sulla libertà personale e su altre libertà fondamentali, rendendo impossibile un confronto su basi omogenee con lo statuto dei dipendenti civili⁶⁹. Lo *status* di militare ha le sue radici nella Costituzione che, oltre a prescrivere il servizio militare obbligatorio nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge, prevede la sottoposizione del militare a una giurisdizione penale speciale e consente di limitarne il diritto di iscriversi a partiti politici⁷⁰.

Ai sensi dell'art. 621, comma 1, d.lgs. n. 66 del 2010, è «militare» il cittadino che presta servizio armato a difesa della Patria, su base volontaria od obbligatoria, nella posizione di servizio o in congedo, ed il relativo *status* si acquisisce all'atto dell'«arruolamento», per tale intendendosi la condizione del cittadino dichiarato idoneo al servizio incondizionato e inserito in un'organizzazione militare statale⁷¹. Il militare è tenuto a prestare giuramento all'atto dell'assunzione del servizio, impegnandosi solennemente a operare per l'assolvimento dei compiti istituzionali delle forze armate con assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane, disciplina e onore, senso di responsabilità e consapevole partecipazione, senza

⁶⁹ D. BORTOLOTTI, *Disciplina militare*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 2; C. MALINCONICO, *Disciplina militare*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 281. In giurisprudenza v.: Cons. Stato, sez. IV, 28 luglio 2005 n. 4012, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 7-8, p. 2161; 14 maggio 2007 n. 2381, *ibidem*, 2007, 5, p. 1449. Non pare, invece, che la particolare flessibilità sulle condizioni di mobilità, che pur costituisce uno degli elementi caratterizzanti della specificità dello *status* del militare rispetto alla generalità dei dipendenti pubblici, rappresenti un *quid novi* per gli appartenenti a un corpo di polizia a ordinamento civile, considerato che le strette esigenze organizzative e funzionali di quest'ultimo sono sostanzialmente equivalenti a quelle di una forza armata. Infatti, il movimento dall'una all'altra unità o reparto costituisce una naturale modalità di espletamento del servizio militare (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 14 dicembre 2012 n. 10435, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2012, 12, p. 3872) e lo *status* di militare, al pari di quello di appartenente alla Polizia di Stato e ad altri corpi armati, presuppone l'accettazione della mobilità quale ordinario mezzo di soddisfacimento delle esigenze istituzionali dell'amministrazione (T.A.R. Marche, sez. I, 23 ottobre 2015 n. 763, in *Red. Giuffrè amm.*, 2015). Sul punto v. anche: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 7 marzo 2012 n. 578, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2012, 3, p. 1015; 30 maggio 2012 n. 1414, *ibidem*, 2012, 5, 1804.

⁷⁰ R. RIVELLO, *Forze armate*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. I, Torino, 2000, p. 296-297, il quale ricorda pure il divieto di costituire associazioni sindacali e scioperare, oltre ai limiti alla libertà di movimento che caratterizzano le c.d. sanzioni disciplinari di corpo.

⁷¹ Sulla rilevanza dell'arruolamento ai fini dell'acquisizione della condizione militare v.: F. BREGLIA, *Militare*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 305; C. cost. 24 aprile 1986 n. 112, in www.corte-costituzionale.it, 1986; secondo Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 26, invece, tale *status* si acquista con il giuramento.

risparmio di energie fisiche, morali e intellettuali affrontando, se necessario, anche il rischio di sacrificare la vita⁷².

Lo *status* militare comporta l'osservanza dei doveri e degli obblighi relativi alla «disciplina militare» stabiliti dalle leggi e dai regolamenti, cioè il complesso delle disposizioni sul comportamento dei militari, in servizio e fuori, che sono finalizzate a garantire la piena efficienza delle forze armate e la stretta coesione dei loro componenti, come elementi decisivi nelle ipotesi di scontro bellico⁷³. L'art. 1346, d.lgs. n. 66 cit., definisce la disciplina militare proprio come «l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle forze armate e alle esigenze che ne derivano», che è «la regola fondamentale per i cittadini alle armi in quanto costituisce il principale fattore di coesione e di efficienza delle forze armate». La disciplina militare presiede ai rapporti intersoggettivi tra gli elementi dell'istituzione militare, già ordinata secondo regole amministrative, ed esprime il complesso delle virtù di fedeltà, obbedienza, lealtà, onore, senso di responsabilità, spirito di corpo e di sacrificio, oltre che coraggio, le quali, essendo codificate in una regola giuridica, assurgono a comandi imperativi per gli appartenenti alle forze armate, la cui inosservanza è punita con sanzioni disciplinari⁷⁴. Caratteristica peculiare della disciplina militare, rispetto a quella che pure vige in altri corpi organizzati, è la sua essenzialità per la stessa esistenza stessa delle forze armate e per la loro operatività⁷⁵. L'obiettivo della disciplina militare si realizza mediante l'addestramento, che è volto a radicare un *habitus* mentale che spinga alla spontanea, pronta e scrupolosa osservanza dei doveri, con responsabile consapevolezza del compito fondamentale loro affidato⁷⁶. Ne consegue che la formazione militare tende a coinvolgere l'intera personalità dell'appartenente alle forze armate, travalicando i limiti del servizio in senso stretto per estendersi alla generale condotta di vita⁷⁷. Le norme afferenti alla disciplina militare danno vita a un ordinamento giuridico settoriale, l'ordinamento militare, che costituisce una partizione di quello generale dello Stato e che con esso è necessariamente coerente⁷⁸. Per il conseguimento

⁷² Cfr. art. 712, d.p.r. 15 marzo 2010 n. 90. Il giuramento avviene individualmente per ufficiali e sottufficiali e collettivamente per gli altri militari, secondo la formula prescritta dall'art. 575, comma 1, d.p.r. 15 marzo 2010 n. 90, è prestato in forma solenne e va rinnovato ad ogni cambiamento di categoria del militare.

⁷³ C. MALINCONICO, *Disciplina militare*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 280.

⁷⁴ D. BORTOLOTTI, *Disciplina militare*, p. 2-3, ricorda che la disciplina militare: a) non si limita agli aspetti precettivo e gerarchico, avendo anche un contenuto sanzionatorio, poiché il potere correttivo è necessario a garantire l'assetto disciplinare e l'efficienza delle forze armate; b) è sempre strettamente vincolata alle effettive necessità di servizio.

⁷⁵ C. MALINCONICO, *Disciplina militare*, cit., p. 282.

⁷⁶ C. MALINCONICO, *Disciplina militare*, cit., p. 280.

⁷⁷ C. MALINCONICO, *Disciplina militare*, cit., p. 282.

⁷⁸ V. BACHELET, *Disciplina militare ed ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, p. 41.

e il mantenimento della disciplina sono determinate le posizioni reciproche del superiore e dell'inferiore, le loro funzioni, i loro compiti e responsabilità, da cui discendono il principio di gerarchia e, quindi, il rapporto di subordinazione e il dovere dell'obbedienza.

Il rapporto di servizio del militare si basa sulla completa subordinazione gerarchica dell'inferiore al superiore e la particolare posizione dei militari, quali soggetti armati componenti di un organismo fondato su principi di totale obbedienza agli ordini, porta il legislatore a dettare norme riduttive dell'esercizio di taluni diritti costituzionali e ad imporre agli stessi obblighi e comportamenti non prescritti per la generalità dei cittadini⁷⁹. La gerarchia è il tratto saliente, peculiare e indispensabile di tutta l'organizzazione militare, specialmente nel settore operativo, che non è messa in discussione neppure dall'istituzione della rappresentanza militare che, in linea con l'art. 52 Cost., mira ad assicurare un apporto partecipativo e collaborativo di opinioni e idee (pareri, proposte, richieste, istanze, ecc.) alle autorità sovraordinate⁸⁰. Essa consiste nella collocazione dei militari in una scala di posizioni, l'una sovraordinata all'altra e contraddistinta da un grado, in cui il rapporto gerarchico è sempre personale, non operando quella spersonalizzazione degli organi tipica dell'amministrazione civile ed essendo, anzi, la stessa disciplina militare una regola di condotta prevalentemente interpersonale tra soggetti che rivestono gradi diversi⁸¹. In tale contesto, l'obbedienza consiste nell'«esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato»; essa è un dovere assoluto, salvo non si tratti di ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisca comunque manifestamente reato, come pure assoluto è il dovere di fedeltà alle istituzioni repubblicane, che è il fondamento dei doveri del militare⁸².

Il contenuto del dovere del servizio militare, che si concreta nell'obbligo di prestare tutte le attività che gli siano richieste dalle autorità competenti nell'interesse delle forze armate, è presidiato dalla soggezione alla giurisdizione penale militare⁸³. Come è noto, la sottoposizione alla giurisdizione militare è indicata

⁷⁹ A. MONTEROSSO, *Militare*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 464.

⁸⁰ G. GRASSO, *Militari (stato giuridico e trattamento economico)*, in *Enc. giur.*, XX, Milano, 1990, p. 1.

⁸¹ C. MALINCONICO, *Disciplina militare*, cit., p. 284, il quale, con riferimento al rapporto gerarchico e al dovere di obbedienza, osserva che la subordinazione viene pressoché a identificarsi con la disciplina militare.

⁸² In definitiva, lo *status* di militare è connotato da specifiche prerogative del rapporto di pubblico impiego, derivanti anzitutto dal precetto generale di cui all'art. 54 comma 3, Cost. e poi dagli speciali doveri di subordinazione gerarchica ed obbedienza, cioè di esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato (Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2010 n. 544, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 2, p. 294; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 10 gennaio 2011 n. 34, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 1, p. 205).

⁸³ G. LANDI, *Forze armate*, cit., p. 33.

esteriormente dalle stellette a cinque punte applicate al bavero dell'uniforme, le quali sono, infatti, assenti dalle divise delle forze di polizia a ordinamento civile⁸⁴.

Più in particolare, la giurisdizione militare è la potestà devoluta a speciali organi giudiziari per conoscere dei reati previsti dalla legge penale militare ed a cui sono sottoposte speciali categorie di personale obbligate al servizio militare⁸⁵. Peraltro, detta limitazione oggettiva e soggettiva riguarda la sola giurisdizione militare in tempo di pace, perché in tempo di guerra essa può esercitarsi anche nei confronti di altri soggetti o per reati non militari, non essendo previsto sul punto alcun limite costituzionale⁸⁶. La ragione dell'esistenza di tribunali militari è analoga a quella di ogni altra giurisdizione speciale, derivando da un'esigenza tecnica di specializzazione in rapporto alla materia attribuita alla rispettiva competenza; esigenza riconosciuta dalla stessa Costituzione che colloca i tribunali militari nella medesima disposizione che concerne le attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, cioè di autorità che si distinguono per competenza dall'autorità giudiziaria ordinaria⁸⁷.

La legislazione penale militare, di pace o di guerra, prevede in larga misura un trattamento sanzionatorio più severo per i militari, soprattutto in materia di tutela del servizio e della disciplina⁸⁸. Infatti, detta normativa tutela i relevantissimi interessi dell'ordinamento militare, indispensabile per assicurare la vita stessa dello Stato, testimoniata dall'oggettività giuridica dei reati militari, che è qualitativamente diversa dai reati comuni⁸⁹. La giurisdizione militare non è, tuttavia, una continuazione di quella disciplinare, perché la funzione di comando e quella giurisdizionale non devono essere confuse, con la conseguenza che tra i due illeciti non intercorre solo una differenza di entità ma anche di specie⁹⁰.

Fatte queste premesse sui concetti di disciplina e giurisdizione penale militare, che caratterizzano lo *status* di tutti i militari, inclusi gli appartenenti all'Arma dei carabinieri, la trasformazione di un corpo di polizia civile in militare rappresenta un'inversione di tendenza rispetto alla linea seguita dal legislatore

⁸⁴ G. LANDI, *Forze armate*, cit., p. 34, nt. n. 42. L'uso delle stellette fu introdotto con r.d. 13 dicembre 1871 n. 571, disponendosi che «tutte le persone soggette alla giurisdizione militare, a mente dell'art. 323 del Codice Penale Militare [...] porteranno come segno caratteristico della divisa militare comune all'Esercito e all'Armata, le stellette a cinque punte sul bavero dell'abito della rispettiva divisa».

⁸⁵ S. MALIZIA, *Giurisdizione penale militare*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, p. 1. In argomento v. anche: R. MAGGIORE, *Giurisdizione penale militare*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 405 ss.; P. STELLACCI, *Giurisdizione penale militare*, in *Nss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 1073 ss.

⁸⁶ S. MALIZIA, *Giurisdizione penale militare*, cit., p. 12.

⁸⁷ G. LANDI, *Forze armate*, cit., p. 34.

⁸⁸ R. RIVELLO, *Forze armate*, cit., p. 296.

⁸⁹ S. MALIZIA, *Giurisdizione penale militare*, cit., p. 1.

⁹⁰ S. MALIZIA, *Giurisdizione penale militare*, loc. cit.; contra P. DI VICO, *Diritto penale formale militare*, Milano, 1917, p. 102 ss.

nella riforma della Polizia di Stato e del Corpo della Polizia penitenziaria (l. 15 dicembre 1990 n. 395). In tal senso, il d.lgs. n. 177 cit. non accoglie più una concezione «secondo cui lo *status* civile era funzionale al rafforzamento dell'efficienza di un corpo di polizia», ma una in cui «sono le competenze – e non lo *status* – a dare la misura della professionalità»⁹¹. Infatti, con la nascita della Polizia di Stato come corpo smilitarizzato si era affermata una nuova idea della stessa funzione di polizia di sicurezza anche per quanto concerne gli aspetti esecutivi ed operativi, perché gli interventi dello Stato per la conservazione dell'ordinata convivenza sociale venivano configurati come un'attività che, da un punto di vista sostanziale ed organizzativo, aveva natura civile, al pari delle esigenze della società su cui andava a incidere⁹². Peraltro, ciò era stato ottenuto mantenendo un regime giuridico tale da assicurare risultati simili allo *status* militare, in termini di apoliticità, disponibilità permanente, ecc.⁹³.

Secondo la condivisibile opinione del Consiglio di Stato, il transito del personale *ex* forestale nei ruoli dell'Arma dei carabinieri non solleva un problema di rispetto della regola del concorso per l'accesso all'impiego, trattandosi di un'ipotesi di «trasferimento di personale a seguito di soppressione di un ente ed attribuzione ad altro ente delle funzioni esercitate dal primo» che costituisce applicazione del principio generale per cui «il personale segue i beni»⁹⁴. Nella specie, l'iscrizione nei ruoli militari riguarda personale proveniente da un corpo di polizia a ordinamento civile avente comunque spiccati tratti di comunanza con le organizzazioni facenti parte dell'ordinamento militare, stante «la natura di particolare impegno inerente all'attività del mantenimento dell'ordine pubblico svolta dalle forze di polizia»⁹⁵.

In generale, lo *status* di militare si costituisce o con atto coattivo dello Stato, quale manifestazione della potestà di imporre ai cittadini il servizio militare *ex* art. 52 Cost., ovvero con atto avente il suo presupposto nella volontà del singolo, dandosi così vita a un rapporto di pubblico impiego a tempo indeterminato o determinato (c.d. ferma)⁹⁶. L'assorbimento del personale forestale nell'Arma dei carabinieri configura, quindi, una ipotesi speciale di arruolamento in deroga alle procedure ordinarie previste dal d.lgs. n. 66 cit., che il d.lgs. n. 177 cit. ha

⁹¹ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 18.

⁹² A. CHIAPPETTI, *Polizia (forze di)*, *cit.*, 5.

⁹³ A. CHIAPPETTI, *Polizia (forze di)*, *cit.*, 5.

⁹⁴ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 21-22; Corte cost. 3 marzo 2011 n. 68, in *Giur. cost.*, 2011, 2, p. 1053; 1° aprile 2011 n. 108, in *Riv. Corte conti*, 2011, 1-2, p. 348; 13 aprile 2011 n. 127, in *Giur. cost.*, 2011, 2, p. 1723; Cass. civ., sez. lav., 8 maggio 2015, n. 9379, in *Giust. civ. mass.*, 2015; cfr., in precedenza, nello stesso senso Cass. civ., sez. lav., 22 marzo 2001 n. 4141, *ibidem*, 2001, p. 557; C. cost. 14 dicembre 1994 n. 422, in *Cons. St.*, 1994, II, p. 1851. Sulla parificazione legislativa v. C. cost. 9 luglio 1996 n. 241, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2177.

⁹⁵ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 23.

⁹⁶ F. BREGLIA, *Militare*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 303.

configurato come individuale e volontario, attraverso un articolato meccanismo di opzione in uscita atto a salvaguardare l'intenzione del singolo di contrarre gli obblighi del servizio militare⁹⁷. Evidente è stata, infatti, la preoccupazione del legislatore di evitare che il transito nelle forze armate degli ex appartenenti al Corpo forestale potesse assumere le fattezze di una ipotesi estemporanea di servizio militare obbligatorio per mobilità, per le intuibili preoccupazioni connesse ad eventuali profili di illegittimità costituzionale di una simile soluzione.

Un rilevante problema applicativo esaminato in proposito dal Consiglio di Stato attiene all'individuazione del momento esatto di assunzione della qualità di militare, che rileva ai fini dell'applicazione della legislazione relativa a tale *status* e della susseguente gestione del rapporto di servizio. Infatti, il parere del 12 maggio 2016 ha individuato detto momento non nell'arruolamento, come prescrive l'art. 621, d.lgs. n. 66 cit., ma nel successivo giuramento, esprimendo l'avviso per cui il giuramento prestato al momento dell'ingresso nel Corpo forestale dello Stato sia sufficiente anche ai fini dell'arruolamento nell'Arma dei carabinieri. Ne consegue che, ad avviso della commissione speciale, non sarebbe necessaria la prestazione di un nuovo giuramento, salvo che per quei dipendenti *ex* forestali provenienti dai ruoli dei periti, revisori e operatori, i quali «in ragione delle qualifiche rivestite e delle specifiche attribuzioni, è da ritenere che non abbiano prestato il giuramento iniziale, al momento dell'inserimento presso il Corpo Forestale»⁹⁸.

In realtà, non pare che tale ricostruzione sia condivisibile, dal momento che l'art. 575, comma 2, d.p.r. n. 90 del 2010, a riprova della fondamentale importanza per il militare di ogni grado dell'assunzione di tale solenne impegno morale, prescrive che il giuramento «è rinnovato ad ogni cambiamento di categoria del militare», cioè nell'ipotesi di progressione in carriera da una categoria all'altra tra quelle individuate dall'art. 627, d.lgs. n. 66 cit. Se così è, pare preferibile ritenere che soprattutto nell'ipotesi di un primo arruolamento volontario, quale è quello ideato dal d.lgs. n. 177 cit., la prestazione del giuramento sia imprescindibile. Peraltro, posto che, come detto, è con l'arruolamento e non con il giuramento che il cittadino assume lo *status* militare, non pare che l'eventuale mancata prestazione iniziale del giuramento nell'Arma dei carabinieri possa produrre conseguenze giuridiche in capo al militare che non l'abbia ancora prestato, essendo necessario un esplicito rifiuto per la revoca del grado (ma non per la perdita dello stato militare) *ex* art. 853, d.lgs. n. 66 cit.⁹⁹.

⁹⁷ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 25 e 44, che ha criticato l'eccessiva flessibilità di questo meccanismo, che rischia di frustrare la continuità di funzioni tra Corpo forestale dello Stato ed Arma dei carabinieri, rilevando che l'interesse pubblico primario individuato dal legislatore delegato è il mantenimento degli attuali livelli di presidio garantiti dal Corpo forestale, non potendosi consentire transiti in altre p.a. in numero tale da determinare una riduzione della presenza territoriale finora garantita.

⁹⁸ Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 26.

⁹⁹ Infatti, l'art. 622, d.lgs. n. 66 cit., non indica il rifiuto di giuramento come causa di perdita

In concreto, i termini dell'arruolamento nell'Arma dei carabinieri degli *ex* appartenenti al Corpo forestale dello Stato sono fissati dall'art. 12, d.lgs. n. 177 cit., che demanda, in primo luogo, a provvedimenti del capo del Corpo forestale dello Stato l'individuazione «per ruolo di appartenenza, sulla base dello stato matricolare e della ulteriore documentazione attestante il servizio prestato, l'Amministrazione [...] presso la quale ciascuna unità di personale è assegnata», specificando poi i puntuali criteri di allocazione del personale forestale tra Arma dei carabinieri, Corpo nazionale dei vigili del fuoco, Polizia di Stato e Guardia di finanza, e Ministero. Questi ultimi criteri sono definiti in modo da tenere conto dell'impiego, alla data di entrata in vigore del decreto, nelle unità dedicate all'assolvimento delle funzioni trasferite a ciascun corpo o amministrazione destinatario. Tale assegnazione, tuttavia, non è immediatamente vincolante poiché, in attuazione del criterio di delega di cui all'art. 8, comma 1, lett. a), n. 2, l. n. 124 cit., è stata implementata «la facoltà di transito in un contingente limitato» nelle altre forze di polizia ovvero in altre amministrazioni pubbliche, con assunzione del relativo stato, ferma restando la corresponsione di un assegno *ad personam* e riassorbibile pari alle differenze retributive relativamente alle voci fisse e continuative¹⁰⁰.

L'istituzione, da parte dell'art. 14, d.lgs. n. 177 cit., dei ruoli forestali dell'Arma dei carabinieri e l'inserimento in essi del personale proveniente dal disciolto Corpo forestale dello Stato salvaguarda le professionalità esistenti e la corrispondenza tra funzioni trasferite e transito del personale. Sul punto, mentre in via transitoria sono istituiti ruoli ad esaurimento per il primo inquadramento non solo di ufficiali, ispettori, sovrintendenti, appuntati e carabinieri, ma anche i periti, revisori, operatori e collaboratori (cioè categorie che pur inquadrate nel Corpo forestale non svolgevano funzioni di polizia giudiziaria né di pubblica sicurezza), a regime è prevista la costituzione di un ruolo forestale specialistico per i soli ufficiali¹⁰¹.

Gli artt. 15-17, d.lgs. n. 177 cit., riguardano l'inquadramento dei contingenti

dello stato di militare e, ai sensi del successivo art. 851, il grado è indipendente dall'impiego e si acquista e si perde in base alle disposizioni del codice dell'ordinamento militare.

¹⁰⁰ Detto contingente è stato quantificato dal d.p.c.m. 21 novembre 2016 in 607 posti, a fronte di una consistenza organica complessiva del Corpo forestale dello Stato, alla vigilia del suo scioglimento, di n. 7781 unità. Tale forte limitazione è stata prevista in coerenza con gli obiettivi fissati dal legislatore delegante, che intende prioritariamente garantire l'unitarietà e la continuità delle funzioni di tutela nei settori ambientale e agroalimentare sin qui assolte dal Corpo forestale, che sarebbero evidentemente pregiudicate da un'indiscriminata facoltà di uscita.

¹⁰¹ Per questi ultimi l'art. 18, comma 10, d.lgs. n. 177 cit., dispone che il personale appartenente ai ruoli dei periti, revisori e operatori e collaboratori del Corpo forestale dello Stato, ove non riconosciuto idoneo all'ammissione nell'Arma dei carabinieri al termine del corso di formazione militare che deve essere frequentato da tutto il personale militarizzato, è collocato nei ruoli del personale civile del Ministero della difesa.

di personale assegnati al Corpo dei vigili del fuoco, alla Polizia di Stato e alla Guardia di Finanza, replicando lo schema dei ruoli ad esaurimento per i soli Vigili del fuoco, mentre per Polizia di Stato e Guardia di finanza è previsto l'inserimento a pettine nei corrispondenti ruoli dopo l'ultimo pari grado o qualifica avente la medesima decorrenza di qualifica e denominazione. In tal modo, tuttavia, si perviene a un trasferimento nelle diverse forze di polizia secondo modalità non omogenee, con l'effetto che la progressione in carriera corrispondente a quella attualmente prevista nell'ambito del Corpo forestale dello Stato è sostanzialmente preservata nei soli ruoli ad esaurimento dell'Arma, con susseguenti disparità di trattamento e possibilità di contenzioso¹⁰².

3. Conclusioni e prospettive

Il d.lgs. n. 177 cit. rappresenta il primo tentativo di incrementare l'efficienza e l'efficacia dei servizi di polizia legificando, da un lato, il principio della diversificazione della dislocazione territoriale delle forze a competenza generale e, dall'altro, quello della specializzazione degli ambiti di intervento. Inoltre, è questo il primo atto legislativo che si fa interprete dell'esigenza di riduzione dei corpi di polizia, optando per una soluzione organizzativa più radicale dei tradizionali istituti di coordinamento¹⁰³.

Tuttavia, *de iure condendo*, residuano margini di efficientamento derivanti dall'eliminazione delle persistenti duplicazioni in linee di comando, centrali operative, strutture amministrative, di supporto e di rappresentanza (es. gruppi sportivi e bande musicali), che potrebbero essere messe, almeno in parte, a fattor comune tra più forze di polizia¹⁰⁴. Inoltre, restano irrisolti alcuni nodi organizzativi di un sistema che è ancorato al principio del pluralismo delle forze di polizia, come attestato dalla natura non esclusiva dei comparti di specialità. Infatti, detti comparti definiscono gli ambiti in cui una data forza di polizia ha una presenza più significativa rispetto alle altre, ma non delimitano dei monopoli di competenza in senso stretto, non comportando una devoluzione esclusiva di materie. In prospettiva, questa semplice tendenzialità delle specializzazioni potrebbe frustrare gli obiettivi di efficientamento dell'organizzazione della pubblica sicurezza perseguiti dal legislatore.

De iure condito, invece, l'assorbimento del Corpo forestale dello Stato nell'Arma dei carabinieri, nonostante le apparenze, non dà vita propriamente vita a un'ipotesi di successione tra «enti pubblici» perché, a ben vedere, consiste in una riorganizzazione di uffici che, nell'ambito dell'unitaria persona giuridica

¹⁰² Cons. Stato, comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183/2016, *cit.*, p. 51.

¹⁰³ A. CHIAPPETTI, *Polizia (forze di)*, *cit.*, p. 6; A. BERNARDI, *La riforma della polizia*, Torino, 1979, p. 170-171.

¹⁰⁴ L. CARBONARA, *La riorganizzazione*, *cit.*, p. 719-720.

dello Stato, sono incardinati in organizzazioni ministeriali differenti e che si caratterizzano per il fatto di essere retti e composti da categorie di dipendenti aventi uno *status* diverso da quello degli impiegati civili¹⁰⁵. Infatti, sia il disciolto Corpo forestale, sia l'Arma dei carabinieri sono «istituzioni» qualificabili come complessi di organi e uffici (comandi, reparti, unità, ecc.) unitariamente ordinati e gerarchicamente dipendenti da un vertice, ai quali sono conferite funzioni tecnico-operative, formative, addestrative, logistiche o amministrative, ma che non hanno un'autonoma personalità rispetto al Ministero di riferimento e, quindi, allo Stato¹⁰⁶. A tali conclusioni non osta l'art. 18, comma 1, d.lgs. n. 177 cit., per il quale «l'Arma dei carabinieri succede nei rapporti giuridici attivi e passivi del Corpo forestale dello Stato», poiché si tratta di disposizione volta a destinare il *munus*, il personale ed i beni di un complesso di uffici strutturato come forza di polizia ad un'altra forza di polizia, che il legislatore ha voluto identificare direttamente.

La scelta dell'Arma dei carabinieri come forza di polizia incaricata della tutela degli interessi pubblici forestali non appare un dato estemporaneo, né ci pare possa essere riduttivamente letta come una pura modalità di economizzazione di risorse nel bilancio dello Stato, sebbene la volontà di conseguire risparmi di spesa sia stata tra le ragioni determinanti dell'intervento legislativo¹⁰⁷.

La militarizzazione delle funzioni di polizia ambientale ed agroalimentare è,

¹⁰⁵ Come è noto, si parla di successione tra enti pubblici per designare tutti i casi in cui, a seguito della modificazione o dell'estinzione di un ente, le sue attribuzioni sono assorbite in tutto o in parte da un altro di nuova istituzione o preesistente. Non esiste una disciplina positiva generale del fenomeno successorio tra enti pubblici, essendo le relative vicende regolate caso per caso dalle singole leggi. In argomento v.: G. MIELE, *In tema di successione degli enti pubblici territoriali autarchici*, in *Arch. st. corp.*, 1932, III, p. 345 ss.; R. ALESSI, *In tema di successione delle persone giuridiche con particolare riguardo agli enti pubblici*, in *Arch. giur.*, 1944, p. 209 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Note sulla successione degli enti autarchici*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, I, p. 32 ss.; ID., *In tema di successione tra enti pubblici*, in *Giur. it.*, 1954, I, p. 654 ss.; G. VIGNOCCHI, *La successione tra gli enti pubblici*, Milano, 1956; ID., *Successione tra enti pubblici*, in *Nss. dig. it.*, 1971, XVIII, p. 622 ss.; ID., *Nuovi spunti in tema di successione tra enti pubblici*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1972, 1, p. 1 ss.; M.S. GIANNINI, *Rilievi sulla successione tra enti pubblici*, nota a Cass. civ., sez. un., 24 luglio 1958 n. 2689, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1634 ss.; F. TULLI, *Brevi osservazioni in tema di successione tra enti pubblici*, nota a Trib. Cagliari 14 marzo 1978, in *Giur. it.*, 1980, 3, p. 173 ss.; G. BERTOLANI, *Lineamenti in tema di successione tra enti pubblici*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 1983, 4-6, p. 249 ss.; M. DE TULLIO, *In tema di successione fra enti pubblici*, in *N. rass. leg., dottr., giur.*, 1992, 23-24, p. 2477 ss.

¹⁰⁶ La dottrina ha qualificato le forze armate e di polizia come «corpi organizzati», cioè come organi a carattere collettivo in cui la presenza di un dipendente è in funzione della presenza di una pluralità determinata e potenzialmente indefinita di dipendenti, concorrenti tutti a creare le condizioni di esistenza e di agibilità dell'organo stesso (così S. D'ALBERGO, *Corpi organizzati*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 647).

¹⁰⁷ A. ABRAMI, *La soppressione del Corpo forestale dello Stato e le ragioni del bilancio*, in *Riv. dir. agr.*, 2016, 1, p. 120 ss. Peraltro, lo svolgimento, da parte delle forze armate, di funzioni di ordine e sicurezza pubblica è un dato coerente con la realtà storica dell'Italia unitaria, dato che esse le hanno costantemente svolte sin dagli albori del Regno (R. RIVELLO, *Forze armate, cit.*, p. 294, nt. 6).

in primo luogo, l'esito di una lenta evoluzione dell'indole dei beni forestali da *res* rilevanti per gli impieghi patrimoniali (es. produzione di legname, frutti, resine, ecc.) e idrogeologici, stante la simbiosi tra zone boscate e territori montani e tra bosco e difesa del suolo, a centri di riferimento di fondamentali utilità in campo naturalistico, ecologico e ambientale¹⁰⁸. Infatti, gli obiettivi di conservazione, protezione e bonifica tradizionalmente perseguiti dalla legislazione forestale (in particolare, dal r.d. 30 dicembre 1923 n. 3267) si sono progressivamente ampliati in conseguenza del passaggio da una società agricola e statica a una industriale e dinamica, ove i problemi dell'assetto idrogeologico e boschivo non sono separabili da quelli posti dalla tutela dell'ambiente e dalla disciplina del territorio¹⁰⁹. Per tale via, la legislazione di settore ha ormai acquisito la connotazione di disciplina pubblicistica sull'uso e sull'assetto del territorio e il regime dei beni forestali, aventi preminente interesse ambientale, è ormai volto a salvaguardare da ogni manomissione e alterazione il tessuto geologico e boschivo esistente in un più ampio e vasto quadro di tutela, essendo detti beni una risorsa naturale per la cui difesa non si può intervenire isolatamente ma attraverso una pianificazione integrata¹¹⁰.

L'affidamento alle forze armate della difesa dei beni giuridici ambientali ne attesta, quindi, la massima rilevanza per la collettività, al punto da richiedere che coloro i quali sono chiamati a tutelarli con le armi siano sottoposti alla disciplina militare ed alla relativa giurisdizione penale, affidandosi così al modello organizzativo e culturale militare la tutela della vita e della salute umana dalle offese arrecate all'ambiente. Nel corso degli anni il legislatore ha variamente attribuito la qualità di militare e, in tempi più recenti, ha proceduto a una progressiva smilitarizzazione di alcuni corpi armati dello Stato secondo logiche più tributarie dell'intento di svincolarne gli appartenenti dalle limitazioni del loro *status* e dal più severo trattamento penale e disciplinare che non ispirate da meditate esigenze di riorganizzazione¹¹¹. L'attribuzione dello *status* militare a soggetti legittimati all'uso delle armi è stata a lungo perlopiù scollegata da criteri legati alle funzioni esercitate, riconnettendosi a esigenze, flessibilmente e discrezionalmente valutabili dal legislatore ordinario, di voler sottoporre tali soggetti a maggiori i minori obblighi e sanzioni in tema di disciplina e di servizio¹¹².

In tal senso, il d.lgs. n. 177 cit. interviene in un momento in cui l'ambiente

¹⁰⁸ A. CROSETTI, *Boschi e foreste*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 1-2; A. ABRAMI, *Boschi e foreste*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 378.

¹⁰⁹ A. CROSETTI, *Boschi e foreste*, *cit.*, p. 5-6.

¹¹⁰ A. CROSETTI, *Boschi e foreste*, *cit.*, p. 6; ID., *Territorio (pianificazione del)*, in *Nss. dig. it.*, app., VII, Torino, 1986, p. 733 ss.; U. POTOTSCHING, *Strumenti giuridici per la difesa della natura*, in *Foro amm.*, 1970, III, p. 459 ss.

¹¹¹ R. RIVELLO, *Forze armate*, *cit.*, p. 296.

¹¹² R. RIVELLO, *Forze armate*, *loc. cit.*

è oggetto di crescenti e diffuse aggressioni da parte della criminalità organizzata, anche di stampo mafioso, che in alcune aree del Paese ha gestito il ciclo del cemento e dei rifiuti determinando situazioni di vero e proprio disastro. Peraltro, la tutela dell'ambiente è già in sé e per sé una materia in cui i pubblici poteri sono chiamati ad affrontare problemi che trascendono i confini territoriali di competenza e che presentano caratteri di novità tali da imporre azioni anche in assenza di parametri normativi, spesso in situazioni di incertezza tecnico-scientifica caratterizzate anche dalla compresenza di altri interessi pubblici (culturali, storici, estetici)¹¹³. Stante l'essenzialità, in tale ambito, dei controlli sull'ambiente, su singole attività, su dati forniti da privati e sul rispetto di valori limite, le sinergie derivanti dalla fusione dell'elevata professionalità raggiunta dal disciolto Corpo forestale dello Stato e dai reparti dell'Arma dei carabinieri incaricati di raccoglierne l'eredità dovrebbe innalzare il livello della risposta preventiva e repressiva dello Stato nei confronti delle gravissime minacce all'ambiente perpetrate dalla criminalità organizzata¹¹⁴. Peraltro, la sostituzione di una forza di polizia a ordinamento civile con una a statuto militare nel munus in discorso dovrebbe comportare, in prospettiva, un maggiore accentramento delle scelte sul quantum di tutela forestale in capo agli organi di vertice della catena di comando, in considerazione della maggior pregnanza del rapporto gerarchico. In tale ottica, si auspica che la storica vocazione dell'Arma dei carabinieri alla repressione delle condotte patologiche possa armonizzarsi con quell'approccio preventivo e fisiologico alle problematiche ambientali che aveva tradizionalmente connotato l'operatività del disciolto Corpo forestale dello Stato, nato come organismo tecnico con funzioni di polizia.

Inoltre, la presenza di ben quattro dicasteri (Difesa, Interno, Politiche agricole, alimentari e forestali, Ambiente, tutela del territorio e del mare) competenti a vario titolo sulle attività della componente forestale dell'Arma dei carabinieri solleva delicate questioni di coordinamento strategico e operativo. Infatti, non è pensabile che le ragioni «funzionali» della tutela dei pur delicati interessi pubblici del settore de quo possano acriticamente e aprioristicamente prevalere sulle esigenze che trovano espressione nella dipendenza gerarchica dell'Arma dei carabinieri dal Ministero della difesa. Del resto, lo stesso art. 174-bis, d.lgs. n. 66 cit. solleva il problema nel momento in cui comprende nell'organizzazione forestale, ambientale e agroalimentare dei Carabinieri reparti dedicati in via non solo «esclusiva» ma anche semplicemente «prioritaria» all'espletamento dei relativi compiti specialistici, con la susseguente possibilità che dette unità possano

¹¹³ F. COSTANTINO, *Ambiente (dir. amm.)*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/ambiente-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/ambiente-dir-amm_(Diritto-on-line)/), 2014, § 1 e 7; F. DE LEONARDIS, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011, p. 123)

¹¹⁴ Sull'importanza dei controlli e, più in generale, dei moduli amministrativi autoritativi in campo ambientale v. F. COSTANTINO, *Ambiente (dir. amm.)*, cit., § 7.

esserne distolte, sia pur in parte. Sul punto, le risposte a tali interrogativi non potranno che provenire dall'adozione di strumenti di coordinamento tra tutti i diversi Ministeri competenti al fine, tra l'altro, di garantire in concreto quel principio di salvaguardia dei livelli di tutela degli interessi forestali, agroalimentari e ambientali, anteriori alla dissoluzione del Corpo forestale dello Stato, che rappresenta uno dei pilastri della riforma. Infine, quanto alla stabilità nel tempo della soppressione del Corpo forestale dello Stato, occorre sottolineare che il Comando unità per la tutela forestale, ambientale e agroalimentare, essendo istituito e disciplinato dall'art. 174-*bis*, d.lgs. n. 66 cit., è un reparto dell'Arma dei carabinieri la cui costituzione è prevista per legge. Pertanto, in virtù del combinato disposto degli artt. 2, d.lgs. n. 177 cit., e 11, l. n. 78 del 2000, esso non potrebbe essere a sua volta soppresso o modificato con un semplice atto amministrativo, secondo la disciplina generale valevole per i comparti di specialità, essendo necessario un nuovo intervento legislativo. Ciò suggerisce che, con un alto grado di probabilità, il Corpo forestale dello Stato sia destinato ad essere ormai consegnato per sempre alle pagine della storia nazionale.

Abstract

The Reform of the State Forestry Corp. Some observations on the edge of the Opinion of the Council of State of May, 12th 2016

by Valerio Torano

The Legislative decree No. 177 of 2016 reformed some aspects of the Administrative Functions of Public Order and of the Administrative Bodies dedicated to perform it. This recent normative act, determined – among other important intervention - the incorporation of the State Forestry Corp within the Carabinieri Corp (Arma dei Carabinieri).

The Council of State pronounced a consultative opinion on the scheme of the legislative decree under review and underlined some critical aspects of this reform on the side of administrative organization, associate management of instrumental services and on the side of labour law regarding this specific kind of civil servants. These observation seems to mantain high relevance in the present moment and the essay deepens the anlysis of these critical aspects.

Hanno collaborato a questo numero:

Vinicio Brigante

Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Napoli Federico II e membro del gruppo tecnico per lo studio ed il supporto alla redazione del testo unico in materia di istruzione e formazione presso il MIUR

Annalisa Giusti

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Perugia

Marcello Di Francesco Torregrossa

Dottore di ricerca in autonomia individuale e autonomia collettiva - Università degli studi di Roma Tor Vergata

José Luis Martínez López-Muñiz

Già professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Valladolid e dal 2015 Professore emerito nell'Università di Valladolid

Ida Perna

Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Daniele Trabucco

Dottore di Ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Padova – Professore a contratto in Diritto Internazionale presso Unimed di Milano

Valerio Torano

Dottore di ricerca in diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma-Tor Vergata

Giuseppe Tropea

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università mediterranea di Reggio Calabria

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI MAGGIO 2017
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI