

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIII - Nuova serie
N. 1/2014 (gennaio-aprile)

INDICE

DOTTRINA

- ANTONIO RUGGERI
Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali 5
- SANDRO AMOROSINO
*Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo
e coordinamento amministrativo* 21
- MARIO R. SPASIANO
Alcune riflessioni sul sistema universitario 33
- ROBERTO DI MARIA
*La legge regionale siciliana di istituzione dei "liberi Consorzi
comunali": brevi note critiche sul processo di riforma dell'or-
dinamento degli Enti locali (e di governo territoriale) della
Regione siciliana* 43
- LUCIA CORSO
Populismo: un vocabolo ed (almeno) cinque accezioni 67

PIERANGELO GRIMAUDO		
	<i>Il sistema integrato dei servizi sociali tra livelli essenziali, ruolo delle Autonomie, principio di sussidiarietà orizzonta- le e logiche di costo</i>	95
PAOLO TANDA		
	<i>Gli Organismi Indipendenti di Valutazione nelle Pubbliche Amministrazioni: disciplina ed aspetti critici</i>	117
FRANCESCO FOLLIERI		
	<i>“Conflitti” e “collisioni” tra norme: tre domande al prof. Ro- bert Alexy</i>	157

GIURISPRUDENZA

BRUNO DI GIACOMO RUSSO		
	<i>Regioni e concorso pubblico</i>	171

Dottrina



Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Le strutturali carenze della legislazione a riguardo di molte delle questioni eticamente sensibili, l'innaturale "supplenza" alla quale sono di conseguenza assai spesso chiamati i giudici e il bisogno di uno sforzo congiunto da tutti gli operatori prodotto, in spirito di "leale cooperazione", in vista dell'appagamento di alcuni tra i diritti più diffusamente ed intensamente avvertiti. – 2. L'esclusione, in base ad un'interpretazione meramente letterale del dato legislativo, delle coppie omosessuali quali possibili destinatarie dell'affido e la riconsiderazione di quest'esito in prospettiva assiologicamente orientata (e, segnatamente, alla luce del principio del preminente interesse del minore), dovendosi nondimeno previamente stabilire se l'interesse stesso possa precedere e determinare la cerchia dei soggetti potenzialmente idonei all'affido ovvero se debba seguire a siffatta definizione entrando in campo unicamente *dopo* che si sia stabilito quali siano tali soggetti. – 3. La connotazione complessivamente tipica dell'affido, l'adattamento interpretativo da essa sollecitata della nozione costituzionale di "famiglia", il possibile affidamento del minore anche a coppie del medesimo orientamento sessuale, laddove ciò sia consigliato in vista dell'ottimale appagamento del suo preminente interesse. – 4. Il cerchio si chiude (una succinta notazione finale).

1. *Le strutturali carenze della legislazione a riguardo di molte delle questioni eticamente sensibili, l'innaturale "supplenza" alla quale sono di conseguenza assai spesso chiamati i giudici e il bisogno di uno sforzo congiunto da tutti gli operatori prodotto, in spirito di "leale cooperazione", in vista dell'appagamento di alcuni tra i diritti più diffusamente ed intensamente avvertiti*

Mi è capitato più volte, in relazione alle più varie questioni di diritto costituzionale, di dichiarare di aver provato la stessa impressione che si ha a guardare dal buco della serratura, dal quale si ha modo di scoprire un "mondo" dapprima nascosto e bisognoso di essere ancora esplorato.

Questa è una di quelle volte. E, invero, non di rado, questioni dall'oggetto circoscritto, seppur non prive di spessore e significato, costituiscono un banco di prova per la verifica della tenuta di idee di respiro teorico-generale e, come tali, suscettibili di applicazioni a largo raggio, fino a coinvolgere le radici stesse della pianta costituzionale, vale a dire di rimettere in discussione la stessa idea di Costituzione, l'"uso" che riteniamo se ne possa (e debba) fare, il metodo nello studio dei problemi costituzionali e giuridici in genere.

In fondo, a me pare che di ogni soluzione patrocinata con riguardo ad un dato problema ci si possa chiedere di quale idea di Costituzione è figlia e quali implicazioni se ne possano avere per effetto della sua applicazione, anche oltre l'*hortus conclusus* al quale essa si riferisce e sul quale aspira ad impiantarsi.

Mi sforzerò di argomentare a breve, sia pure con la sintesi imposta a questa riflessione che dispone di uno spazio molto ristretto per potersi svolgere, quali ragioni possano addursi a sostegno di quanto si viene ora dicendo.

Un punto – entrando ora *in medias res* – mi sembra nondimeno che possa considerarsi in modo fermo fissato; ed è che perlopiù, ogni qual volta si ha a che fare con temi eticamente sensibili, vengono messe a nudo, in modo vistoso, le strutturali carenze della legislazione e la sua ormai provata incapacità di dare una risposta credibile, complessivamente appagante, a bisogni elementari dell'uomo largamente diffusi ed intensamente avvertiti¹. Nessuno, ovviamente, avanza l'insana pretesa di discipline normative in grado di dire *tutto su tutto* e di dirlo nel migliore dei modi². Davanti ad una esperienza connotata da estrema fluidità e confusione, in seno alla quale si colgono forti tensioni e contraddizioni, accompagnate da non poca approssimazione ed improvvisazione degli interventi volti a farvi fronte, riuscire a mettere ordine in modo tale da conciliare istanze spesso oggettivamente inconciliabili sarebbe, a dir poco, ingenuo e, persino, alla prova dei fatti, controproducente. Eppure, tra discipline positive estremamente puntuali e dettagliate (e, però, per ciò stesso, ingessate ed inadeguate a star dietro alla varietà degli interessi ed alla mobilità delle loro combinazioni in ragione dei casi) e l'assordante silenzio o la vera e propria latitanza del legislatore in relazione a questioni in modo prepotente e vistoso emergenti in seno al corpo sociale, può (e deve) disporsi il

¹ Il punto è diffusamente toccato dalla ormai nutrita letteratura venutasi a formare in argomento: di recente e per tutti, ampia e documentata trattazione in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano 2012, ed *ivi* numerosi riferimenti, cui adde P. VERONESI, *Costituzione e bioetica*, in AA.VV., *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, a cura di A. PUGIOTTO, Napoli 2013, 67 ss., e AA.VV., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. COSSIRI e G. DI COSIMO, Roma 2013. Infine, R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, in corso di stampa per i tipi della Aracne.

² Da tempo, come si sa, si ragiona, con esiti tuttavia ad oggi teoricamente incerti e – ciò che più importa – praticamente in assai ridotta misura apprezzabili, in merito alle tecniche di *better regulation*. Se n'è, di recente, discusso in occasione del Seminario del "Gruppo di Pisa" su *La tecnica normativa tra legislazione e giudici*, svoltosi a Novara il 15 e 16 novembre 2013 (alcuni dei contributi possono vedersi in www.gruppodipisa.it); inoltre, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli 2013, e, da ultimo, A. MORELLI, *Qualità della normazione regionale e tutela dei diritti sociali*, intervento al Convegno su *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Firenze 12-13 dicembre 2013, in *paper*.

giusto mezzo: che – come si va dicendo da tempo dalla più sensibile dottrina³ – è quello di non lasciare il giudice solo con se stesso, obbligato ad una innaturale supplenza nei riguardi dei decisori politico-normativi ed a fare perciò fronte con provvedimenti-tampone a bisogni soggettivi che, per il tramite di tali misure, non possono essere sufficientemente appagati. La soluzione maggiormente adeguata è insomma – a me pare⁴ – quella che prende forma per effetto di una sana, “leale cooperazione” del legislatore da un canto, dei giudici dall’altro: all’uno spettando di far luogo al primo intervento, tracciando con statuizioni di principio, connotate da strutturale duttilità e capacità di adeguatezza al mutare dell’esperienza, il solco e fissando gli argini entro i quali possono svolgersi gli interventi degli altri, ai quali le discipline legislative dovranno pur sempre rimettersi conferendo le “deleghe” di volta in volta più congrue ai bilanciamenti in concreto che solo nelle sedi in cui si amministra giustizia possono convenientemente farsi.

Non a caso, la giurisprudenza costituzionale si è assai spesso trovata a dover correggere e temperare, appunto nel senso qui indicato, soluzioni normative in modo troppo rigido consegnate dal legislatore⁵. Il giudice delle leggi, in altri termini, iscrive in un tessuto normativo connotato da eccessiva rigidità un principio e sollecita quindi il legislatore a darvi l’opportuno svolgimento, restando nondimeno entro il solco dallo stesso legislatore tracciato.

Anche quando, poi, la Corte fa ricorso a tecniche decisorie diverse dall’aditiva di principio, l’orientamento teleologico nel senso appena indicato molte volte non muta⁶, trattandosi pur sempre di colmare strutturali carenze della le-

³ V., ad es., quanto ha in tema, a più riprese e con dovizia di argomenti, detto R. CONTI, del quale v., part., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, ora, con specifico riguardo alle questioni eticamente sensibili, *I giudici ed il biodiritto*, cit.

⁴ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, ora aversi dal mio *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.diritticomparati.it, 22 ottobre 2013, e in www.rivistaaic.it, 4/2013.

⁵ Lo si è, ancora di recente, fatto con la sent. n. 278 del 2013, con la quale si è dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 28, VII c., l. n. 184 del 1983, così come sostituito dall’art. 177, II c., d.l.vo n. 196 del 2003, “nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell’art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione”.

⁶ Si pensi, per fare subito un esempio a riprova di quanto si viene dicendo nel testo, alla pronunzia sul sovraffollamento carcerario, la n. 279 del 2013: una decisione – come si sa – d’inammissibilità, che però promette di commutarsi, alla prima occasione utile, proprio in quell’aditiva che la Corte ha oggi giudicato esserle preclusa (persino nella forma *soft* della aggiunta del mero principio), in nome della salvaguardia della discrezionalità del legislatore. Si

gislazione e di farlo – come si è venuti dicendo – a mezzo di discipline idonee a resistere alle pressioni dei casi, nella loro congiunta (e solo ad una prima, ma erronea, impressione contraddittoria) vocazione alla diversificazione e però pure alla loro “universalizzazione”, vale a dire a reciprocamente distinguersi ma anche non di rado a ripetersi nel tempo, nella loro complessiva e complessa, oggettiva connotazione⁷.

Si pensi, per fare ora un esempio che ci tocca da vicino, al monito indirizzato dalla ormai “classica” pronunzia sui “matrimoni” tra persone dello stesso sesso, la sent. n. 138 del 2010, dal giudice delle leggi – com’è assai noto – giudicati non consentiti dall’art. 29 della Carta, una pronunzia nella quale nondimeno si deplora il difetto di una disciplina normativa volta a farsi finalmente carico della condizione, bisognosa di urgente ed adeguata regolazione, delle coppie di fatto in genere (sia etero- che omosessuali, dunque). Un difetto che si rende purtroppo negativamente visibile proprio con riguardo alla questione da noi oggi discussa, sulla quale la legge n. 184 del 1983, così come modificata dalla legge n. 149 del 2001, nulla di esplicito stabilisce, alimentando dunque non pochi dubbi circa il suo retto significato; e si tratta quindi di chiarire se, e fin dove, possano a siffatta mancanza supplire le pur rilevanti risorse di cui gli operatori (e, segnatamente, i giudici) dispongono al piano interpretativo e dove invece essi si trovino costretti ad arrestarsi per cedere il passo all’autore delle leggi, sia ordinarie che costituzionali⁸, ovvero

rammenti, infatti, la minacciosa chiusa della decisione stessa, sulla quale ho invitato a fermare l’attenzione nella mia nota, dal titolo *Ancora una decisione d’incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.diritticomparati.it, 26 novembre 2013, e in Consulta Online, 27 novembre 2013.

⁷ Su siffatto duplice carattere dei casi ho avuto modo d’intrattenermi più volte: da ultimo, in *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.diritticomparati.it, 8 ottobre 2013 e in Consulta Online, 9 ottobre 2013.

⁸ Non si riprende ora la vessata questione, già in altre sedi fatta oggetto di studio, circa l’opportunità ovvero la doverosità di far ricorso allo strumento della legge costituzionale al fine di dare il primo riconoscimento di “nuovi” diritti fondamentali, sia pure quale forma di mera esplicitazione delle formidabili potenzialità espressive racchiuse nell’art. 2, nel suo fare “sistema” con l’art. 3, della Carta (sulle mutue implicazioni dei principi fondamentali in parola v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009).

Con specifico riguardo alla necessità di innovare alla Carta costituzionale al fine di far luogo al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, v., ora, tra gli altri, A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, Comunicaz. al convegno del “Gruppo di Pisa” su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, i cui *Atti* sono in corso di stampa, in www.gruppodipisa.it, settembre 2013, e già, sia pure problematicamente, i miei *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 751

– nei limiti del consentito – al giudice costituzionale, sollecitato ad una disagevole e sofferta opera di ricucitura di un tessuto legislativo nato lacero, comunque divenuto “stretto” rispetto alla prorompente consistenza dell’esperienza.

2. *L’esclusione, in base ad un’interpretazione meramente letterale del dato legislativo, delle coppie omosessuali quali possibili destinatarie dell’affido e la riconsiderazione di quest’esito in prospettiva assiologicamente orientata (e, segnatamente, alla luce del principio del preminente interesse del minore), dovendosi nondimeno previamente stabilire se l’interesse stesso possa precedere e determinare la cerchia dei soggetti potenzialmente idonei all’affido ovvero se debba seguire a siffatta definizione entrando in campo unicamente dopo che si sia stabilito quali siano tali soggetti*

Proprio qui è il punto, il silenzio del legislatore essendo non di rado sovraccaricato di indebite valenze, in un senso o nell’altro. Per ciò che ora specificamente importa, il ragionamento compiuto dai giudici che hanno, ancora di recente, ritenuto la coppia di persone dello stesso sesso idonea ad essere destinataria dell’affido⁹ verte principalmente sull’argomento per cui, potendo l’affido stesso essere fatto a beneficio del *single*, similmente ovvero a maggior ragione esso deve poter esser fatto alla coppia. Un argomentare che porrebbe, invero, a prima impressione esser giudicato singolare, sol che si pensi che nessuna somiglianza v’è tra la condizione di chi vive da solo e quella di chi convive con altri, condizioni dunque incomparabili e tali da far perciò apparire forzata anche l’applicazione ad esse del canone *a fortiori*. E, invero, alla luce del superiore interesse del minore –

ss., spec. 757, e “*Strane*” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, in www.gruppodipisa.it, settembre 2013; pure *ivi*, G. RAZZANO, *Matrimonio, famiglia, omosessualità. Brevi considerazioni e qualche spunto dal diritto romano*, e S. TROILO, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, novembre 2013. Diversamente, tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, III, Napoli 2011, 2719 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1629 ss., e, dello stesso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell’esperienza italiana*, in AA.VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. VIDAL, MARCÍLIO POMPEU, F. FACURY SCAFF, Florianópolis 2012, 103 ss., e, ora, A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa 2013, spec. 145 ss.

⁹ Mi riferisco, in particolare, a due pronunzie, rispettivamente, del giudice tutelare di Parma, 3 luglio 2013, e del tribunale dei minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013, annotate da R. CONTI, *Sull’affidamento di minore ad una coppia dello stesso sesso. Prime note a margine delle decisioni del G.T.Parma, 3 luglio 2013 e del Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013*, in www.magistraturademocratica.it, *Quest. giust.*, 27 novembre 2013.

l'autentica *Grundnorm* o, forse meglio, il *Grundwert* che sta a base delle relazioni familiari e presiede dunque alla risoluzione delle più spinose questioni da esse poste¹⁰ – si potrebbe obiettare che, mentre la legge annovera anche i soggetti *uti singuli* tra i potenziali destinatari dell'affido, la mancata, esplicita menzione delle coppie di fatto porti a far presumere (e sarebbe, evidentemente, una presunzione *iuris et de iure*) che, ad avviso dell'autore della legge, tali coppie non sarebbero idonee all'assolvimento dei compiti legati all'affido stesso. Altra questione è se non lo siano le sole coppie di omosessuali ovvero anche quelle di diverso sesso; il silenzio della legge, nondimeno, parrebbe non autorizzare alcuna differenziazione al riguardo¹¹. Ed altra questione ancora è, poi, quella di stabilire se siffatta esclusione comporti una irragionevole discriminazione o la violazione di altri precetti costituzionali: un accertamento, questo, che – come di consueto – non potrebbe che esser demandato al giudice delle leggi. In altri termini, a stare all'ordine di idee ora sommariamente enunciato, dovrebbe farsi qui applicazione del vecchio adagio secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi non dixit noluit*.

Ben altro esito, invece, si avrebbe qualora, rinunciando a battere la via dell'accostamento tra la coppia di fatto e il *single* e l'applicazione (forzata) a quest'ultimo dei canoni *a simili* o *a fortiori*, la coppia stessa venisse inclusa nella “famiglia” (“preferibilmente con figli minori”) ovvero in quella “comunità di tipo familiare”, di cui pure si fa parola nella legge n. 184 del 1983, così come novellata nel 2001. Un'operazione che, nondimeno, parrebbe essa pure essere alquanto problematica, specie a seguito dell'indirizzo manifestato dal giudice delle leggi con la sent. n. 138 del 2010, nella quale – come si sa – la nozione costituzione di “famiglia” risulta esclusivamente riferita alle formazioni sociali cui danno vita le coppie coniugate.

Quanto, poi, alle “comunità di tipo familiare”, in disparte la circostanza per cui esse sono menzionate in coda all'elenco e dalla stessa legge perciò considerate idonee all'affido unicamente in subordine agli altri soggetti menzionati¹², ancora una volta assai ardua si presenta la dimostrazione della possibile inclusione in siffatto *genus* delle coppie omosessuali.

¹⁰ Riferimenti, in prospettiva comparatistica, possono al riguardo ora aversi da A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., spec. 121 ss., ma *passim*. V., però, su ciò, la diversa ed articolatamente argomentata valutazione che ne ha, ancora di recente, dato E. LAMARQUE, nella sua relazione di sintesi relativa al gruppo di lavoro su *Famiglia e filiazione*, in occasione del convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.

¹¹ In realtà, non manca in dottrina chi si è dichiarato favorevole all'affido a coppia di conviventi *more uxorio* di diverso sesso, assimilata a tal fine alla coppia coniugata (riferimenti in J. LONG, *L'affidamento familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. LENTI, Milano 2012, 316 ss.).

¹² La qual cosa dovrebbe aggravare l'onere della motivazione dei provvedimenti giudiziari che demandano la cura dei minori alle comunità stesse, dovendo risultare provata la impercorribilità delle altre e più piane strade indicate dalla legge.

Per un verso, le “comunità” in discorso, in base alla disciplina positiva (statale e regionale) che le riguarda, sembrano riferirsi a formazioni sociali comunque diverse da quelle cui danno vita le coppie di fatto. Per un altro verso, poi, ammesso pure che – con larga interpretazione – in tali formazioni possano includersi le coppie non coniugate, alquanto problematico sarebbe, ad ogni buon conto, farvi rientrare le coppie composte da persone dello stesso sesso: il tipo-“famiglia” al quale esse sono tenute ad ispirarsi parrebbe non poter essere altro che quello risultante dal modello costituzionale, il quale ha – come si sa –, secondo diritto costituzionale “vivente”, nel paradigma eterosessuale uno dei suoi tratti identificanti ed indisponibili¹³.

Nuovamente, poi, dovrebbe qui pure ripetersi che, ove la preclusione che, per la lettura che si va ora prospettando, deriverebbe a danno delle coppie di omosessuali dovesse considerarsi lesiva del principio di eguaglianza nel suo fare “sistema” coi principi costituzionali restanti, il rimedio non potrebbe che aversi ad opera del giudice costituzionale.

Il punto è però proprio quello di stabilire se si sia qui davvero in presenza di un indebito silenzio tenuto dal legislatore, col fatto stesso di non aver espressamente previsto anche le coppie di fatto (specie se omosessuali) quali possibili destinatarie dell'affido.

La questione – come si avvertiva nelle notazioni iniziali di questo scritto – non è di mera teoria dell'interpretazione, pure nella sua più larga accezione, ma, ancora più a fondo, appare essere di metodo nello studio delle questioni giuridiche e, a un tempo, di teoria della Costituzione (e, segnatamente, di una teoria costituzionale assiologicamente orientata). Si tratta, in altri termini, di verificare se, avuto riguardo ai valori fondamentali evocati in campo dalle vicende di affido,

¹³ Il regime preferenziale per Costituzione riservato alla istituzione familiare rispetto a quello oggi proprio o anche un domani riconoscibile ad altre forme di unione intersoggettiva è rimarcato dalla più sensibile dottrina (riferimenti in F. VARI, *Il soliloquio del giudice a Babele ovvero il tentativo della Cassazione di equiparare il regime costituzionale di famiglia, convivenze more uxorio e unioni omosessuali*, in www.federalismi.it, 15/2013). Sul paradigma della genitorialità di necessità eterosessuale, v., da ultimo, anche A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, spec. 200 ss., e G. CERRINA FERRONI - A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, in www.federalismi.it, 25/2013, nonché, volendo, il mio *Il diritto al matrimonio e l'idea costituzionale di “famiglia”*, in *Nuove aut.*, 1/2012, 27 ss.; diversamente, tra gli altri, M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in www.rivistaic.it, 00/2010, spec. ai §§ 10 e 11, e A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., 2697 ss. Indicazioni di vario segno possono, poi, aversi da AA.VV., *La «società naturale» e i suoi “nemici”*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, e-book, Torino 2010; AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. PEZZINI - A. LORENZETTI, Napoli 2011, nonché dai contributi al convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.

vi siano margini per far luogo ad una interpretazione adeguatrice della lettera del disposto legislativo, tale da non richiedere l'obbligatorio passaggio attraverso una pronunzia additiva del giudice costituzionale che metta la legge stessa in grado di conseguire una sintesi assiologica accettabile in relazione alle peculiari esigenze dei casi (specie, come subito si dirà, di alcuni).

Al fondo, si tratta di stabilire se il *best interest of the child* preceda e determini la stessa individuazione della cerchia dei soggetti astrattamente idonei a porsi quali destinatari dell'affido ovvero se esso possa entrare in campo unicamente *dopo* che si sia stabilito quali possano essere tali soggetti: insomma, se l'interesse in parola possa portare alla definizione, in ragione del caso, della categoria entro cui far luogo all'affido ovvero se presupponga siffatta definizione e possa perciò entrare in campo unicamente a seguito di essa ed entro i margini dalla stessa consentiti. Per essere ancora più chiari ed andando al sodo: è possibile, in nome dell'interesse del minore, far luogo ad un adattamento interpretativo della nozione costituzionale di "famiglia", *sia pure ai limitati fini dell'affido*, sì da comprendervi anche le coppie di fatto (e, segnatamente, quelle di omosessuali)?

3. *La connotazione complessivamente tipica dell'affido, l'adattamento interpretativo da essa sollecitato della nozione costituzionale di "famiglia", il possibile affidamento del minore anche a coppie del medesimo orientamento sessuale, laddove ciò sia consigliato in vista dell'ottimale appagamento del suo preminente interesse*

La domanda è assai impegnativa ed obbliga a battere tutte le vie astrattamente percorribili nell'intento di darvi una risposta affermativa.

In primo luogo, è da chiedersi se l'orientamento del processo interpretativo verso le Carte internazionali dei diritti (in ispecie, la Carta di Nizza-Strasburgo e la CEDU) possa offrire elementi utili alla soluzione del caso.

Ora, assai arduo si presenta l'appello alla Carta dell'Unione, a motivo della estraneità dell'oggetto rispetto a quelli appartenenti alla sfera di competenze dell'Unione stessa, pure nella più larga ricognizione dei suoi confini, per quanto risulti – come si sa – assai marcata la tendenza volta alla espansione dell'area materiale ricadente nella sfera stessa e, peraltro, la Carta sia stata (e sia) di frequente richiamata in relazione alle più varie questioni riguardanti i diritti¹⁴, anche a presidio della condizione degli omosessuali¹⁵.

¹⁴ Su tutto ciò, ora, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino 2013, spec. l'ult. cap.

¹⁵ Si segnala, di recente, la pronunzia del 7 novembre 2013 della Corte di giustizia, emessa in via pregiudiziale dietro domande presentate dal *Raad Van State* dei Paesi Bassi,

Più articolato e complesso ha, poi, da essere il ragionamento con riguardo alla CEDU, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo essendosi – come si sa – dichiarata non avversa a considerare “famiglie” quelle composte da persone dello stesso sesso¹⁶. Il giudice europeo, nondimeno, su questa al pari di altre questioni

con riguardo ad alcuni aspetti dello *status* di rifugiato per motivi di orientamento sessuale (con nota di S. ROSSI, *La Corte europea di giustizia sul diritto alla protezione internazionale per le persone omosessuali*, in www.articolo29.it, 8 novembre 2013). In argomento, già, A. PIROZZOLI, *Lo status di rifugiato dello straniero omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it, 8 novembre 2012. Avverso le discriminazioni in base all'orientamento sessuale, v., poi, assai di recente, Corte giust., V Sez., 12 dicembre 2013, in causa C-267/12, dietro rinvio pregiudiziale della *Cour de cassation* francese, in relazione ad un contratto collettivo di lavoro che riservava benefici economici e condizioni favorevoli di lavoro ai dipendenti contraenti matrimonio, escludendo dagli stessi i contraenti un patto civile di solidarietà. Risalenti indicazioni in S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino 2012.

¹⁶ Doveroso il richiamo a *Schalk e Kopf c. Austria*, su cui è – come si sa – piovuta una pioggia di commenti. Più in genere, sulla salvaguardia della vita familiare nella giurisprudenza EDU, indicazioni, nella ormai nutrita lett., possono averi da M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO - M. FORTINO - F. RUSCELLO, t. I, Milano 2011, 83 ss. e, pure *ivi*, J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, spec. 144 ss., e M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, spec. 808 ss.; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011, spec. 147 ss.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010*, cit., 255 ss., spec. 274 ss.; E. CRIVELLI, *Il matrimonio e le coppie omosessuali*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. CARTABIA, Bologna 2011, 59 ss., e, della stessa, *amplius*, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli 2011, spec. all'ult. cap.; E.C. RAFFIOTTA, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. MEZZETTI - A. MORRONE, Torino 2011, 323 ss.; M. SEGNI, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e success.*, 4/2012, 252 ss.; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli 2012, spec. 114 ss.; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss. (della quale v. già, *amplius*, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli 2012); E. FALLETTI, *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Santarcangelo di Romagna 2013, 48 ss.; F. MANNELLA, I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, spec. al cap. II; M.M. WINKLER, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in AA.VV., *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, a cura di R. TORINO, Roma 2013, 75 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., 19 ss.; L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse*

eticamente sensibili (ed anche nella considerazione del non diffuso consenso al riguardo ad oggi riscontrabile tra gli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione¹⁷), ha inteso far salvo il margine di apprezzamento delle legislazioni nazionali¹⁸. Con il che parrebbe aver voluto rilanciare la palla nel campo dell'ordinamento nazionale, sollecitando dunque a ricercare i confini della cerchia dei soggetti componenti i nuclei familiari esclusivamente in applicazione di criteri posti dall'ordinamento stesso.

D'altro canto, a fronte dell'indirizzo dottrinale patrocinato da quanti (e, come si sa, sono tanti), in relazione al matrimonio tra omosessuali, reputano che basterebbe innovare alla disciplina codicistica e, in genere, alla legislazione vigente al fine di far luogo al riconoscimento del matrimonio stesso, si potrebbe – a me pare¹⁹ – opporre che la prima delle leggi alle quali la Convenzione, nel suo farsi “diritto vivente”, rimanda è proprio la legge fondamentale della Repubblica, la quale – piaccia o no – nell'interpretazione datane dal giudice costituzionale chiude il matrimonio alle sole coppie eterosessuali e riconosce pertanto un solo tipo di “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione, siccome composta dalle coppie stesse e legalizzata in forza del vincolo matrimoniale che tra di esse si intrattiene.

La conclusione parrebbe dunque essere sfavorevole al possibile affidò a beneficio di coppie di omosessuali.

A ben vedere, però, né la Convenzione rimane totalmente muta, limitandosi a rimandare al diritto nazionale, né parimenti risolutivo (in senso negativo) si rivela essere il riferimento al dettato costituzionale, per ciò che specificamente riguarda la formazione di nuove famiglie ed il loro fisiologico mantenimento²⁰.

superiore del minore, in *Giur. it.*, 8-9/2013, 1764 ss. e, ora, R. CONTI, *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali. Osservazioni a primissima lettura su Corte dir. uomo, Grande Camera 7 novembre 2013, Vallianatos e altri c. Grecia, ric. n. 29381/09 32684/09*, in www.magistraturademocratica.it, *Quest. giust.*, 18 novembre 2013, e L. CONTE, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, in www.articolo29.it, 5 dicembre 2013.

¹⁷ Riferimenti alla “dottrina” del consenso e riscontri del suo effettivo apprezzamento in alcuni dei casi di maggior rilievo relativi a materie eticamente sensibili, ora, in R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit., spec. al cap. I della parte VI.

¹⁸ Su ciò, tra i molti altri e di recente, A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, cit., 87 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; A. CIERVO, *The Unbearable Lightness of the Margin of Appreciation: ECHR and 'Bio-Law'*, in AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. REPETTO, Cambridge-Antwerp-Portland 2013, 159 ss.

¹⁹ La tesi trovasi, ancora da ultimo, ribadita nel mio “*Strane*” *idee sulla famiglia*, cit.

²⁰ Assai discussa, a quest'ultimo riguardo, è – come si sa – la questione relativa all'automatico scioglimento del matrimonio per effetto del mutamento di sesso da parte di

Rileva qui la connotazione tipica dell'affido, con gli interessi che ad esso fanno capo, primo su tutti – come si diceva – quello preminente del minore.

Come si sa, diversamente dallo scopo primario dell'adozione, che è quello dell'inserimento stabile di un soggetto in un nucleo familiare al quale era dapprima estraneo (pur se eccezionalmente costituito da un solo genitore²¹), l'affido – salvo il caso che appunto preluda ad una possibile adozione – è di per sé temporaneo ed ha anzi come specifico obiettivo quello di assicurare al minore le cure di cui ha bisogno in vista del suo auspicato ritorno nella famiglia di origine.

Non v'è dubbio che il modello costituzionale di “famiglia” rimanga pur sempre quello naturale e privilegiato di riferimento: non si tratta, infatti, di dare in modo definitivo una famiglia al minore ma di farlo sentire *come se* fosse parte della “famiglia” affidataria (non a caso sono preferiti i nuclei familiari che constano di figli). Per altro verso, i doveri incombenti sui soggetti affidatari sono quegli stessi (di educazione, mantenimento ed istruzione) che gravano sui genitori nei riguardi dei figli²², anche se – si faccia caso – genitori e figli potrebbero ugualmente non comporre una “famiglia” in senso stretto²³.

uno dei coniugi. Su ciò, un interessante confronto di idee si è di recente avuto in occasione dell'incontro di studi su *Famiglia e identità di genere, “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, Bologna 29 novembre 2013. Per lo stato anteriore della dottrina, riferimenti in M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2012, 1076 ss. e, dello stesso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, in www.articolo29.it, 6 giugno 2013; A. SPANGARO, *Coniugi “diventati” dello stesso sesso e “divorzio automatico”*, in *Fam. e dir.*, 7/2012, 739 ss.; A. LORENZETTI, *Il caso Bernaroli. Quali soluzioni per un sistema “incartato”?*, in AA.VV., *Discriminação por orientação sexual*, cit., 363 ss. Id., *Diritto in “transito”. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano 2013, spec. il cap. III, dov'è un'ampia trattazione di ordine generale sulla condizione dei transessuali.

È appena il caso qui di rilevare di sfuggita che, ove dovesse considerarsi precluso l'affido a coppie di omosessuali, l'affido stesso, per effetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi, dovrebbe automaticamente cessare, coi prevedibili effetti negativi che potrebbero conseguirne, laddove esso abbia dapprima dato risultati gratificanti; e così pure nel caso che lo si ammetta a beneficio di coppie di fatto eterosessuali.

²¹ A riguardo di siffatta eccezione, L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA - L. LENTI - M. MANTOVANI, Milano 2012, 788 ss., e, più di recente, B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, comunicaz. al convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.gruppodipisa.it.

²² Su di essi, di recente, il chiaro quadro di sintesi che è in F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, relaz. al convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.gruppodipisa.it, spec. al § 7.

²³ Si fa, com'è chiaro, riferimento al caso di figlio naturale di genitore coniugato e che abbia perciò altra famiglia.

Il modello costituzionale di “famiglia”, tuttavia, non può essere pari pari applicato alle esperienze di affidò, o meglio non lo è *di necessità*: è – come si diceva – un modello, un punto di riferimento, per la somiglianza di certe condizioni che si riscontrano tra le esperienze stesse e quelle che prendono corpo in seno alla “famiglia” in senso stretto e tra i suoi componenti. Ciò non toglie, tuttavia, che da esso ci si possa (e talora debba) discostare in ragione delle circostanze. Non a caso, la legge opportunamente prevede l’affidò anche a vantaggio del *single*, diversamente dall’adozione, la quale peraltro, a mia opinione, non potrebbe neppure in futuro aversi, ferma restando la struttura della famiglia quale definita nel primo comma dell’art. 29²⁴.

È proprio qui che entra in campo, prepotentemente, l’interesse preminente del minore.

Seppure infatti la coppia coniugata, specie se con figli, si proponga quale soluzione astrattamente ideale per l’affidò, nulla esclude che anche un *single* possa esserle preferito, laddove ad es. il minore risulti a quest’ultimo legato da un “vissuto” di esperienze “familiari” (in larga accezione) di cui sia provato che abbia dato frutti positivi (si pensi ad uno stretto parente di uno dei genitori, col quale il minore abbia una consuetudine di rapporti per entrambi particolarmente gratificanti).

Ora, questo legame potrebbe, in talune circostanze, apparire opportuno che non si spezzi neppure nel caso che l’adulto intrattenga una relazione stabile di coppia con altro soggetto del suo stesso sesso. Sarebbe a dir poco paradossale, in una circostanza siffatta, restare ancorati alla lettera del dettato legislativo, così come previamente ricostruita, e perciò, a conti fatti, obbligare l’adulto affettivamente legato al minore bisognoso di affidò di doversi separare dal suo compagno o dalla sua compagna, al fine di poter risultare destinatario dell’affidò stesso, ovvero di rinunciare a quest’ultimo per preservare il suo rapporto di coppia.

Ancora una volta, alcune somiglianze con vicende analoghe risultano assai istruttive e possono orientare nel giusto verso la soluzione del caso. Si pensi, ad es., all’affidò condiviso, riconosciuto in caso di genitori separati uno dei quali di acclarata tendenza omosessuale, cui si è fatto luogo appunto nel superiore interesse del minore²⁵. È chiaro che la condizione del genitore non è in tutto e per

²⁴ Sconsigliato, in prospettiva *de iure condendo*, il riconoscimento della facoltà di adozione a beneficio del singolo ovvero di coppia omosessuale, ancora di recente, da T. AULETTA, nella sua relazione di sintesi al convegno su *La famiglia e i suoi giudici*, dal titolo *Dai principi costituzionali al “diritto vivente”. Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in www.gruppodipisa.it, spec. al § 7, laddove nondimeno si prende partito a favore della tesi favorevole all’adozione da parte di coppia eterosessuale stabilmente convivente.

²⁵ Oltre al noto caso *Salgueiro da Silva c. Portogallo* del 1999, v., di recente, in tal senso una pronuncia del tribunale di Genova del 30 ottobre 2013, con nota di D. AMRAM,

tutto eguale a quella del parente o di altro soggetto cui il minore sia comunque affettivamente legato; e però un non diverso esito potrebbe rivelarsi consigliabile ogni qual volta si tratti appunto di dar seguito ad una consolidata relazione affettiva che il minore abbia già da tempo intrattenuto con ulteriori, promettenti benefici per la sua crescita.

D'altro canto, fermo il diritto del *single* di proporsi come possibile destinatario dell'affido, indipendentemente dal suo orientamento in campo sessuale, sarebbe a dir poco singolare che possa farsi luogo all'affido unicamente ad un soggetto, laddove conviva con altra persona del suo stesso sesso, la quale, pur condividendo le esperienze di vita col *partner* e col minore, si trovi pertanto obbligata a restare in ogni caso esclusa dall'affido stesso. Una esclusione di cui non si capirebbe, dunque, la ragione, specie ove risulti provato che l'affido condiviso possa, a un tempo, concorrere alla piena realizzazione della personalità dell'adulto ed alla salvaguardia della sua dignità e – ciò che più importa – ancora meglio garantire il minore per ciò che ha riguardo alle sue aspettative di cure²⁶.

Certo, il terreno sul quale il giudice deve giocare al meglio le carte che ha in mano in vista della salvaguardia delle aspettative del minore stesso rimane, come sempre, quello della motivazione, qui bisognosa di particolare cura ed estensione proprio in considerazione degli interessi meritevoli di protezione.

Per quest'aspetto, alcuni passaggi di recenti provvedimenti di affido²⁷, coi quali si stabilisce l'affido a coppia omosessuale, lasciano invero alquanto per-

Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti (nota a Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013), in www.articolo29.it, 25 novembre 2013. Risalenti indicazioni in F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2011, 1375 ss. Infine, anche con richiami ad esperienze di altri ordinamenti, A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., 118 ss.

²⁶ Preziosa si dimostra, ancora una volta, essere l'indicazione di metodo che viene dalla giurisprudenza europea, specificamente nella parte in cui denuncia l'insussistenza di argomenti o studi scientifici che testimonino, in modo sufficientemente attendibile, l'inadeguatezza delle coppie omosessuali a prendersi efficacemente cura dei minori (sopra tutte, v. la decisione *X. e altri c. Austria*, sent. del 19 febbraio 2013, ric. n. 19010/07, e su di essa, tra i molti commenti, R. CONTI, *Pensieri sparsi, a prima lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione e coppie dello stesso sesso e sull'efficacia delle sentenze di Strasburgo -GC, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria-*, in www.europeanrights.eu, 24 febbraio 2013; L. CONTE, *Il caso X e altri c. Austria: l'adozione del figlio del proprio partner omosessuale*, in *Quad. cost.*, 2/2013, 462 ss.; A.M. LECIS COCCO-ORTU, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in www.forumcostituzionale.it, 15 marzo 2013; C. FATTA - M.M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6/2013, 519 ss.; F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali*, cit., 69 ss.).

²⁷ Faccio, ancora una volta, riferimento alle pronunzie dei giudici di Parma e Bologna, dietro richiamate.

plexi per ciò che attiene alla linearità del ragionamento svolto a sostegno della decisione. Così, ad es., laddove il tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna giudica essere preferibile l'inserimento di una minore in un nucleo "familiare" non tradizionale, in considerazione della circostanza che la bambina proveniva da una famiglia monogenitoriale di fatto (il padre era praticamente assente) e che l'affido era (ed è) proteso al reinserimento nella famiglia di origine, costituita dalla sola madre e da un'altra figlia. A filo di "logica" (se così vuol dirsi...), volendosi per quanto possibile riprodurre il contesto familiare di origine, avrebbe piuttosto dovuto preferirsi l'affido ad un adulto *single* di sesso femminile... Un argomento che si confuta da sé e sul quale non occorre, dunque, spendere ora altra parola.

Il vero è che ciò che sopra ogni cosa conta è offrire al minore l'opportunità di essere preso in cura da chi può farlo nel migliore dei modi e donargli il calore di una "famiglia", nella peculiare accezione di cui il termine si carica nelle esperienze di cui andiamo dicendo.

Sotto questo profilo, tanto la Convenzione quanto la Carta costituzionale, riviste per il verso giusto, non solo non ostano ad una soluzione siffatta ma, anzi, vigorosamente spingono per la sua concreta affermazione. Lo fa l'una, per la parte in cui non guarda con sfavore a "famiglie" composte da persone dello stesso sesso, pur rimettendosi – come s'è rammentato – a discipline nazionali in ordine alla loro definizione e complessiva regolazione; e lo fa anche l'altra che, pur esprimendosi (nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza costituzionale) in senso avverso al matrimonio tra omosessuali, ugualmente riconosce la somiglianza di condizioni in cui versano le coppie di fatto rispetto a quelle coniugate, tanto da dichiararsi pronta ad intervenire ogni qual volta dovesse aversi un trattamento arbitrariamente peggiore riservato alle une coppie a fronte di quello invece fatto a beneficio delle altre.

Ora, l'affido è, a mia opinione, proprio uno dei casi in cui si riscontra, a un tempo, la diversità e però pure la somiglianza delle condizioni soggettive; ed ecco perché, dunque, non potrebbe – come si diceva – legittimamente aversi un affido preadottivo a coppia di omosessuali, che non potrebbero in alcun caso o modo dar vita ad una famiglia (nella sua ristretta e propria accezione), mentre potrebbe aversi l'affido *tout court*, a motivo della sua strutturale precarietà e del suo orientamento volto al reinserimento del minore nel contesto familiare di origine. La regola resta nondimeno quella dell'affido a famiglia nella sua costituzionale e propria accezione, specie – come si diceva – in presenza di figli; in subordine, può tuttavia aversi tanto l'affido a *single* quanto quello a coppia di persone dal medesimo orientamento sessuale, ove a ciò induca l'interesse preminente del minore²⁸.

²⁸ Per quest'aspetto, inappagante appare essere la motivazione di entrambi i provvedimenti di affido sopra richiamati e che hanno dato lo spunto per questa riflessione, non essendo chiara la ragione per cui non sia stata preferita la soluzione dell'affido a coppia coniugata e in forza di quali elementi la scelta sia piuttosto caduta sugli affidatari, in specie se e quali legami già si intrattenessero tra uno di essi o entrambi e il minore.

4. *Il cerchio si chiude (una succinta notazione finale)*

Si torna così alla partenza del discorso svolto, al bisogno cioè di una disciplina legislativa essenziale, *per principia*, che “razionalizzi” il modello qui sommariamente descritto e quindi esplicitamente rimandi al giudice per l’oculata valutazione di tutti gli elementi dalla cui combinazione, varia in ragione dei casi, dipende l’opzione in ordine all’affido, in ispecie la valutazione se ricorrono le condizioni per l’applicazione di quella che si è detto essere la regola ovvero per il ricorso a soluzione diversa, tra le quali è anche l’affido congiunto del minore a persone conviventi di orientamento omosessuale. In difetto dell’intervento del legislatore, il rischio è – come sempre – quello che questioni eticamente sensibili, alle quali – come si segnalava – fa capo un groviglio di interessi di varia estrazione e natura, non di rado tra di loro confliggenti, siano fatte oggetto di parimenti varie e discordanti soluzioni, alle volte frutto d’improvvisazione ed approssimazione, poggianti su argomenti non dotati della necessaria solidità ed idoneità a linearmente condurre all’esito maggiormente adeguato alla sintesi dei valori costituzionali evocati in campo dal caso. Una volta di più, insomma, si è qui costretti a ripetere, con la sensibile dottrina richiamata all’inizio di questa riflessione, che il giudice non può essere lasciato solo con se stesso, la propria scienza e coscienza, a far fronte a bisogni intensamente avvertiti in seno al corpo sociale ma deve piuttosto essere messo in grado di venire incontro a questi ultimi nel migliore dei modi, avvalendosi del sostegno al riguardo offerto da una misurata ed assiologicamente ispirata disciplina legislativa.

SHORT REFLECTIONS ON CUSTODY OF MINORS TO SAME-SEX COUPLES

by Antonio Ruggeri

Abstract

The paper analyses as, according to a literal interpretation of the relevant legislation, to the homosexuals couples should not be given the possibility to have in custody minors. Such conclusion should be reconsidered in the light of the principle of the prevailing interest of the minor involved, according to which the notion of family could subject to a reassessment, at least with reference to the issues of custody of minors. If the rule which admits the custody of minors only for the married couples should be unchanged, it could be sometimes wiser to admit different solutions. One of them could be the possibility to admit the custody of a minor for an homosexual couple in the hypothesis in which one or both partners would have a consolidate relationship with the child. In any case should be a new legislation which expressly provides this possibility.

Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo

di Sandro Amorosino

SOMMARIO: 1. Le criticità e le difficoltà attuative della legge 6 novembre 2012 n. 190 – 2. Il Piano Nazionale Anticorruzione nel contesto della legge – 3. Natura e funzione giuridica del Piano Nazionale Anticorruzione – 4. Il primo PNA: struttura e chiavi di lettura – 5. I destinatari del PNA: ampliamento in via amministrativa della platea individuata dalla legge – 6. Le strategie di prevenzione delineate dal PNA – Profili critici – 7. Il PNA come atto d'indirizzo per i Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione da adottarsi dalle p.a. – 8. Il PNA è un atto di indirizzo e non di programmazione in senso proprio.

1. *Le criticità e le difficoltà attuative della legge 6 novembre 2012 n. 190*

Il Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.) dovrebbe essere uno dei principali strumenti previsti dalla legge n. 190/2012 per la prevenzione della corruzione amministrativa.

È, quello della legge, un plesso normativo piuttosto articolato¹, per non dire eterogeneo; dal quale varie tematiche sono rimaste escluse, in particolare per quanto attiene al rapporto tra politica ed amministrazione²; di cui non si può dire che abbia delineato un sistema amministrativo coerente (organizzatorio, di istituti e di procedimenti); rispetto al quale *ab initio* è stato rilevato il difetto di realismo di alcune previsioni³.

¹ Testo della relazione svolta al Convegno *Strumenti di contrasto alla corruzione amministrativa tra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano*, organizzato dall'Università di Palermo il 9-10 maggio 2014.

Cfr. M. IMMORDINO, *Relazione introduttiva* al Convegno *Strumenti di contrasto alla corruzione* cit.. Tra i commentari alla legge, AA.VV., *Anticorruzione, Commento alla riforma*, a cura di F. FERRARO e S. GAMBACURTA, Roma 2013; AA.VV., *Le misure anticorruzione*, a cura di G. CASARTELLI e A. PAPIROSSI, Torino 2013; AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA e M. PELLIZZERO, Torino 2013; AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di A. CONZ e L. LEVITA, Roma 2013.

² Sul quale le nitide riflessioni di M. SPASIANO, *Il rapporto tra politica ed amministrazione nel quadro della prevenzione della corruzione*, relazione al Convegno *Strumenti di contrasto*, cit..

³ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia* in *Giorn. Dir. Amm.* n. 2/2013, p. 123 ss..

E i primissimi bilanci dell'attuazione⁴ confermano le previsioni, come risulta anche dal *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, approvato e pubblicato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)⁵ nel dicembre del 2013, nel quale sono evidenziati numerosi profili critici che rendono, e renderanno, molto complessa e lenta l'attuazione delle scelte di politica anticorruzione sottese alla legge: “*in primo luogo la previsione di moltissimi adempimenti posti in modo indifferenziato su una vastissima platea di soggetti pubblici e l'ambigua definizione dell'ambito soggettivo di applicazione delle misure di prevenzione*”⁶.

2. Il Piano Nazionale Anticorruzione nel contesto della legge

Il P.N.A. si pone al crocevia della formula organizzatoria prevista dalla legge n. 190/2012 per guidare il contrasto alla corruzione amministrativa, incentrata – al vertice – sul triangolo Comitato interministeriale, Dipartimento della Funzione Pubblica e CIVIT/ANAC⁷.

Nell'accostarsi allo specifico tema del P.N.A si può muovere da *due* notazioni generali.

La *prima*: l'affastellamento – nella legge – di discipline aventi oggetti disparati e la frammentazione, per soggetti e per oggetti, dei compiti attuativi – dunque l'*asistematicità* del plesso normativo – si riflette negativamente sulla messa a fuoco della funzione del P.N.A. nell'ambito della nuova disciplina.

In parole semplici: dalla lettura della l. n. 190/2012 non risulta ben chiaro – tranne in un caso – “*come, dove e perché*” il P.N.A. si relazioni ed interagisca con gli svariati meccanismi ed istituti delineati dal legislatore.

Qualche interrelazione funzionale è deducibile dalla legge, ma nel complesso il nuovo istituto sembra rimanere un po' *sospeso* sul fondale della normativa.

Questa prima notazione – per così dire di scenario – è rafforzata dalla *seconda*, che attiene all'estrema laconicità della legge, riguardo al P.N.A., a proposito del quale si limita:

I) a statuire (art. 1, comma 2, lett. *b*) che la CIVIT (Commissione per la Valutazione dell'Integrità e la Trasparenza delle P.A.), nella sua funzione di Autorità Nazionale Anticorruzione, approva il P.N.A., predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica;

⁴ F. DI MASCIO, *Il primo anno di attuazione delle politiche anticorruzione in Riv. trim. dir. pubbl.* n. 1/2014, p. 273 ss..

⁵ il “*Rapporto*” è scaricabile dal sito www.civit.it.

⁶ Su quest'ultimo profilo v. *infra* F. DI MASCIO, *Il primo anno*, cit..

⁷ N. GULLO, *La politica di contrasto alla corruzione in Italia e i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, relazione al Convegno di Palermo cit..

II) a stabilire (art. 1, comma 4, lett. c)) che il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio “*predisporre il P.N.A., anche al fine di assicurare l’attuazione coordinata delle misure di cui alla lettera a)*”, del medesimo comma 4; la citata lettera a) dispone che il Dipartimento “*coordina l’attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e dell’illeggibilità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale ed internazionale*”.

Dagli scarni enunciati della legge si ricava *ex professo* soltanto che il piano:

- è predisposto dal Dipartimento ed approvato dalla CIVIT/ANAC;
- ed è strumento mediante il quale si assicura l’attuazione coordinata delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione.

Sono entrambi profili attinenti all’organizzazione amministrativa⁸:

- il primo riguarda la concorrente competenza dell’ANAC e del Dipartimento nella formazione del P.N.A.;
- il secondo enuncia la strumentalità del P.N.A. al coordinamento⁹, il quale è, innanzitutto, formula o funzione organizzatoria dell’attività.

Vediamo brevemente la ripartizione di competenze. Ci si potrebbe chiedere – *a posteriori* – se l’assegnazione dell’elaborazione del Piano al Dipartimento della Funzione Pubblica e dell’approvazione alla CIVIT/ANAC sia avvenuta nella prospettiva di un modello, tuttora in via di definizione – mediante un’ulteriore riforma – che potrebbe essere volto a qualificare l’ANAC stessa come autorità indipendente.

In quest’ottica futuribile quale potrebbe essere il senso di attribuire ad una struttura del governo l’elaborazione del piano ed ad un’autorità “neutrale” la sua approvazione?

E – ancora – l’attribuzione all’ANAC della funzione approvativa implica forse il potere di modificare lo schema di piano elaborato dal Dipartimento?

Sembra da escludere che la ripartizione di competenze in questione sia stata stabilita – all’atto dell’approvazione della legge, a fine 2012 – in previsione o in funzione di una futura evoluzione della CIVIT/ANAC in una autorità indipendente, all’epoca solo da taluno auspicata.

Quest’interpretazione per così dire *previsiva* è smentita da un dato di diritto positivo e da un argomento sistematico.

Il dato di diritto positivo è che, successivamente all’approvazione della legge n. 190/2012, una serie di modifiche legislative hanno reso incerta la configurazione dell’Autorità (il d.l. n. 101/2013, convertito dalla l. n. 125/2013, rimasto inattuato, aveva previsto l’ampliamento dei componenti) e ne hanno ridimensionato le funzioni consultive (d.l. n. 69/2013, convertito dalla l. n. 98/2013) riconducendo al Governo alcune funzioni interpretative¹⁰.

⁸ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino 2010, p. 119 ss..

⁹ Da ultimo l’approfondita monografia di F. CORTESE *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

¹⁰ F. DI MASCIO, *Il primo anno*, cit..

Il rilievo sistematico è che, pur nella variabilità delle funzioni attribuite a ciascuna delle Autorità indipendenti esistenti nel nostro ordinamento, a nessuna di esse è conferita una funzione di programmazione amministrativa¹¹; funzione che è distinta e non sovrapponibile rispetto a quella di regolazione¹², in quanto le programmazioni contengono scelte di priorità, individuano obiettivi ed apprestano misure per conseguire specifici interessi pubblici; le regolazioni, pur intese in senso ampio, sono volte a conformare i mercati di vario genere; per marcare la distinzione si può fare un esempio: in materia di energia Governo e Parlamento adottano il Piano Energetico Nazionale, mentre l’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas regola i mercati energetici.

La vicenda è, probabilmente, molto più banale e si riduce ad una delle consuete dispute appropriative delle competenze tra la CIVIT, commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio ed avente natura di struttura specializzata, ed il Dipartimento della Funzione Pubblica, il quale fa capo al Ministro della Funzione Pubblica.

Poiché la legge ha previsto un’articolazione binaria del vertice operativo del settore, all’esito della disputa si è deciso “salomonicamente” che il Piano fosse elaborato dal Dipartimento ed approvato dalla CIVIT (in funzione di ANAC), in quanto strutture distinte, ma entrambe (finora) inerenti al potere governativo.

In quest’ottica anche la questione della potestà approvativa della Commissione sembra ridimensionarsi in quanto non può trattarsi di approvazione in funzione di controllo, ma semplicemente di una revisione *ad meliorandum*, svolta da una struttura specializzata.

3. *Natura e funzione giuridica del Piano Nazionale Anticorruzione*

Accennato al procedimento approvativo viene in rilievo la questione sostanziale della natura e funzione dell’atto di pianificazione.

Dalle schematiche enunciazioni della legge si trae che il P.N.A. deve esserci e che è uno strumento di coordinamento dell’attuazione delle misure di prevenzione e contrasto della corruzione.

Con un minimo di proiezione sistematica si può completare il quadro sia, per così dire, “verso l’alto” che “verso il basso”.

¹¹ Per tutti, sul punto, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2013, p. 347 ss.

¹² Sia consentito il rinvio a S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale e riserva di amministrazione* in Id. *Regolazioni pubbliche, mercati e imprese*, Torino 2008, p. 19. Una certa assimilazione, a fini espositivi, tra pianificazioni e regolazioni sembra trarsi, invece, da G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, p. 156-7.

“Verso l’alto” l’art. 1, comma 4, lett. a) della legge consente di qualificare il Piano come “contenitore” necessario delle misure di attuazione delle strategie anticorruzione.

Presupposti condizionanti del P.N.A. sono dunque, gli indirizzi strategico – politici¹³, che si formano in sede nazionale o negli organismi internazionali di settore cui l’Italia partecipa.

Gli indirizzi politici devono esser tradotti – si inferisce dalla legge – in indirizzi propriamente amministrativi¹⁴, vale a dire in insiemi coerenti e coordinati di misure ed azioni di durata, finalizzate all’attuazione dei primi.

La forma logico-giuridica nella quale le misure ed azioni in questione vengono sistematizzate può essere, in astratto, molteplice; nella specie che ne occupa è un atto di pianificazione.

L’atto-piano è – com’è noto – una delle forme tipiche nelle quali si può formalizzare, cristallizzare, l’indirizzo e coordinamento¹⁵.

In assenza di qualsiasi indicazione legislativa, la specifica qualificazione del P.N.A., nell’ambito della variegata tipologia delle pianificazioni¹⁶, dipende, naturalmente, dalla concreta struttura che è stata data al piano stesso.

E proprio dal suo specifico contenuto precettivo dipende l’efficacia, o più genericamente l’incidenza, del P.N.A. “verso il basso”, vale a dire nei confronti di tutte le amministrazioni che sono tenute ad attuare la legge anticorruzione.

Ma chi sono i destinatari per così dire diretti del Piano, vale a dire le amministrazioni pubbliche che sono tenute ad uniformarsi a sue puntuali prescrizioni?

E tale dovere di conformazione in relazione a quali specifiche attività è predicabile?

4. *Il primo PNA: struttura e chiavi di lettura*

Per dare risposta a queste domande è necessario richiamare rapidamente la struttura ed i contenuti del primo Piano Nazionale Anticorruzione, approvato dalla CIVIT l’11 settembre 2013.

Nell’accostarsi ad esso sono utili *quattro* rapide notazioni preliminari:

I) si tratta del primo atto-piano di prevenzione e, come accade per tutti i *prototipi*, gli estensori hanno dovuto “inventarne” struttura e contenuti (in assenza di indicazioni legislative in proposito); di conseguenza è fisiologicamente *sperimentale* ed *imperfetto*;

¹³ v., da ultimo, sull’ineliminabile primato della politica N. IRTI, *Del salire in politica*, Savigliano, 2014.

¹⁴ v. sui due tipi di indirizzi v. E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova 2006, p. 206 ss..

¹⁵ N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Bologna 2007, *passim*.

¹⁶ In tema M. D’ORSOGNA, (voce) *Pianificazione e programmazione* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano 2006, p. 4298 ss..

II) il piano è stato elaborato, come risulta dal comunicato che ne ha annunciato l'approvazione¹⁷, sulla base delle direttive contenute nelle linee di indirizzo¹⁸ del Comitato interministeriale (la cui istituzione, con DPCM, è prevista dall'art. 1, comma 4, capoverso, della legge). Ne risulta quindi confermata la tesi che il piano stesso costituisce lo strumento di attuazione amministrativa degli indirizzi politico-amministrativi formulati dal Comitato;

III) il Comitato ha indicato come destinatarie dirette degli indirizzi del Piano tutte le amministrazioni pubbliche tenute ad adottare il proprio Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (P.T.P.C.). Si può quindi delineare – relativamente a tale specifica attività “diffusa” – la sussistenza di un obbligo di conformazione agli indirizzi del P.N.A.. La lettura del Piano – che dedica la sua parte più corposa alla “Strategia di prevenzione a livello decentrato” – conferma la sussistenza di un nesso di sovraordinazione tra il P.N.A. ed i P.T.P.C. delle singole amministrazioni;

IV) infine, il P.N.A. è *flessibile* nel senso che viene aggiornato, e quindi modificato, ogni anno (v. appresso).

La notazione sub I) (l'essere il P.N.A. il “primo esemplare della specie”) spiega perché il primo capitolo del P.N.A. abbia una funzione, per così dire autodefinitoria ed autostrutturante (ad esempio: è il piano stesso a darsi un orizzonte triennale, 2013-2016, e a prevedere la sua aggiornabilità).

Il Piano è articolato in un'Introduzione e in tre sezioni:

- nell'Introduzione sono indicati la struttura ed i destinatari del P.N.A.;
- nella prima parte sono esposti gli obiettivi strategici e le azioni previste, da implementare a livello nazionale;
- nella seconda parte è illustrata la strategia di prevenzione a livello decentrato, da parte delle singole amministrazioni, e sono contenute le direttive alle p.a. ai fini l'applicabilità delle misure amministrative ordinate alla prevenzione. “*Un ruolo fondamentale in questo contesto è rappresentato dall'adozione del P.T.P.C., con il quale viene disegnata la strategia di prevenzione per ciascuna amministrazione*”¹⁹;
- nella terza parte (che in questa sede interessa meno) sono contenute le indicazioni circa le comunicazioni dei dati e delle informazioni al Dipartimento della Funzione Pubblica.

¹⁷ www.funzionepubblica.gov.it/comunicazione/notizie/2013settembre/11092013

¹⁸ Adottate dal Comitato in data 12 marzo 2013 e pubblicate sul sito www.funzionepubblica.it-sezione-anticorruzione, sulle quali v. N. GULLO, *La politica di contrasto*, cit..

¹⁹ Cfr. il P.N.A., pag. 9

5. *I destinatari del P.N.A.: ampliamento in via interpretativa amministrativa della platea individuata dalla legge*

Nell'*Introduzione* il Piano individua i *destinatari* del piano stesso, a partire da tutte le p.a. di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001; ad esse vengono aggiunti le regioni, gli enti del S.S.N., gli enti locali e gli enti ad essi collegati (ma è una ridondanza perché essi sono già compresi nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2); ed, infine, "in terza battuta", vengono aggiunti gli enti pubblici economici, gli enti di diritto privato in controllo pubblico, le società partecipate e quelle da esse controllate.

A quest'ultimo proposito il Piano si premura di precisare²⁰ che: "Per enti di diritto privato in controllo pubblico si intendono le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi".

I brani ora riportati del P.N.A. prevedono un ampliamento *ultra legem* della platea dei destinatari del P.N.A. oltre a contenere qualche enunciato del tutto superfluo.

L'art. 1, comma 59, della l. n. 190/2012, che è uno dei commi "di chiusura" dell'intera disciplina, statuisce: "Le disposizioni di prevenzione della corruzione di cui ai commi da 1 a 57 del presente articolo [...] sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 e successive modificazioni".

L'ambito soggettivo di applicazione della legge – per quanto specificamente concerne la prevenzione della corruzione – è dunque circoscritto alle amministrazioni pubbliche dei tipi "nominati" dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 e non poteva essere esteso, in via interpretativa, da un mero atto amministrativo generale, il quale è il P.N.A., agli enti pubblici economici – che sono pacificamente esclusi dall'elencazione tipologica dell'art. 1, comma 2 (il quale fa riferimento volutamente ai soli enti pubblici "non economici") – agli enti privati in pubblico comando ed alle società comunque partecipate (anche minoritariamente).

Le finalità degli estensori del Piano sono – ovviamente – commendevoli, ma lo strumento utilizzato è giuridicamente inappropriato ed inefficace e, ancorché si critichi "l'atteggiamento formalistico avverso al cambiamento" di alcuni tipi di enti, del quale sono "emblematiche le molteplici interpretazioni selettive della normativa anticorruzione, avanzate al fine di invocare presunte specificità per cercare di eludere l'applicazione della legge", si deve poi dare atto che è "mancato finora un intervento chiarificatore del legislatore sulle misure di prevenzione e di trasparenza che devono adottare società ed enti in mano pubblica"²¹.

²⁰ Cfr. pag. 12

²¹ Così F. DI MASCIO, *Il primo anno*, cit., p. 274.

In conclusione: le forzature interpretative rafforzano solo apparentemente la prevenzione della corruzione, in quanto allargano a dismisura la platea dei soggetti su cui vigilare.

6. *Le strategie di prevenzione delineate dal PNA – Profili critici*

La *prima* parte del P.N.A., dedicata alle strategie di prevenzione, reca innanzitutto una definizione di corruzione “*le varie situazioni in cui nel corso dell’attività amministrativa si riscontri l’abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati*”, sottolineando che “*le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica*” e sarebbero quelle in cui “*a prescindere dalla rilevanza penale venga in evidenza un malfunzionamento dell’amministrazione a causa dell’uso a fini privati delle funzioni attribuite, attraverso l’inquinamento dell’azione amministrativa ab esterno*”.

Anche questo tentativo di ampliamento dei comportamenti²² corruttivi al di là della sfera penalistica risulta inefficace perché la descrittiva ora riportata *nulla* aggiunge alla fattispecie del reato di corruzione di cui all’art. 318 cod. pen., il cui testo vigente è stato introdotto proprio dall’art. 1, comma 75, della l. n. 190/2012.

Meramente descrittivo della fenomenologia corruttiva, e poi della sistematica della l. n. 190/2012 e dei decreti attuativi, è il paragrafo del Piano dedicato al “Contesto di riferimento”.

Anche il successivo paragrafo, dedicato agli “Obiettivi strategici ed azioni”, appare un po’ generico, essendo invero scontato che si debbano ridurre le opportunità di corruzione, aumentare la capacità di scoprire i casi di corruzione e creare un contesto sfavorevole ad essa.

Né maggior concretezza è data dalla Tabella 1, inserita nel Piano, nella quale sono enunciati, sempre e solo per titoli generali, i venti tipi di azioni previste, che vanno dal “*Diramare indirizzi alle p.a. per introdurre le misure di prevenzione della corruzione*” [ma è da chiedersi: non doveva essere lo stesso P.N.A. l’atto di indirizzo?] al “*Promuovere azioni di sensibilizzazione degli studenti, mediante interventi seminariali*” [attività lodevole ma, ancora una volta, generica].

Il punto critico è che ci si limita all’*enunciazione* dei diversi tipi di azioni, senza dare corpo alle misure attuative, alle risorse organizzative e finanziarie dedicate, etc..

Di converso si indicano, nella Tabella 2, dei *target* da conseguire, espressi in percentuali (ad esempio: 100% di pubbliche amministrazioni che hanno adottato il P.T.P.C.; oppure 100% di amministrazioni che nel P.T.P.C. hanno introdotto misure di protezione delle “soffiate”).

Anche qui nulla è detto sul come siano stati stabiliti gli obiettivi quantitativi previsti e come si intenda perseguirli.

²² P.N.A., p. 13.

Soprattutto, si tratta di indicatori puramente estrinseci perché sono riferiti ad adempimenti formali (ad esempio: l'avvenuta adozione di codici di comportamento).

È noto che la moltiplicazione degli adempimenti formali non riduce minimamente la corruzione, ma aumenta il potere della burocrazia “custode delle regole”.

7. *Il PNA come atto d'indirizzo per i Piani Triennali di Prevenzione della corruzione da adottarsi dalle p.a.*

La seconda parte del P.N.A. è dedicata alla “Strategia di prevenzione a livello decentrato”, da attuarsi da parte di ciascuna amministrazione pubblica.

In questa parte il P.N.A. assume di fornire “*direttive alle amministrazioni per l'elaborazione della strategia di prevenzione*”²³.

Poiché il perno ed il quadro di riferimento delle azioni anticorruptive “decentrate” è il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (P.T.P.C.), da adottarsi da ciascuna amministrazione, le direttive del P.N.A. sono riferite *in primis* a tale strumento, definito dallo stesso P.N.A. come “*documento di natura programmatica che ingloba tutte le misure di prevenzione*”²⁴.

Il P.N.A. indica, quindi, i macrosettori in cui si deve articolare ciascun P.T.P.C.:

- i *soggetti* coinvolti attivamente (responsabili della prevenzione) e passivamente (quelli che operano nelle aree di rischio);
- le *aree di rischio*, a partire da quelle cui fa riferimento l'art. 1, comma 16, della legge n. 190/2012 (autorizzazioni e concessioni; scelta dei contraenti; erogazione di ausili finanziari o benefici economici; concorsi);
- le *misure obbligatorie*, indicate dalla legge e dallo stesso P.N.A.;
- le *misure ulteriori*, individuate dallo stesso P.T.P.C.;
- i *tempi ed i modi* di monitoraggio, nel tempo, e di adeguamento del P.T.P.C.;
- il *P.T.T.I.*, cioè il Piano Triennale per la Trasparenza;
- il coordinamento con il ciclo delle *performances* (che tradotto dall’“aziendalese” vuol dire gli adempimenti, gli obblighi e le responsabilità spettanti a ciascuno per il conseguimento dei risultati).

Il P.N.A. puntualizza – di seguito – i contenuti minimi del P.T.P.C.: la descrizione del processo di adozione; l'indicazione delle aree a rischio (le aree a rischio “obbligatorie” sono indicate nell'Allegato 2 al P.N.A.); la metodologia seguita per la valutazione del rischio (la metodologia suggerita è riportata nell'Allegato 1 al P.N.A.); le schede di programmazione delle misure di prevenzione; la formazione in tema di anticorruzione; i codici di comportamento adottati; le “*altre iniziative*”

²³ P.N.A., p. 21.

²⁴ P.N.A., p. 22.

(ad esempio: i criteri di rotazione del personale; l'obbligo per il responsabile della prevenzione di redigere una relazione annuale, la cui struttura anche è minutamente indicata); la pubblicazione del P.T.P.C..

Ad integrazione di questa parte il P.N.A. aggiunge alcuni obblighi, relativi ai soggetti, alle misure ed azioni per la prevenzione; alle aree di rischio; alla valutazione e gestione del rischio, etc..

8. *Il PNA è un atto di indirizzo non di programmazione in senso proprio*

Dalla sommaria analisi della struttura e del contenuto del *primo* P.N.A. approvato possono trarsi le seguenti riflessioni:

I) il P.N.A. non è un atto di pianificazione (ad esempio: urbanistica) o di programmazione (ad esempio: di sviluppo) in senso proprio o tipico, contenente scelte tra interessi, individuazioni delle priorità di intervento, indicazione delle misure promozionali, disincentivanti o preclusive, allocazioni di risorse finanziarie ed organizzative; individuazione dei soggetti, pubblici e privati, incaricati dell'attuazione; apprestamento dei moduli di coordinamento e delle procedure di negoziazione e di risoluzione dei conflitti; etc..

Nulla di tutto ciò è rinvenibile nel P.N.A.;

II) viceversa il Piano contiene direttive in senso proprio limitatamente a quanto attiene alla struttura ed ai contenuti dei P.T.P.C. da predisporre dalle singole amministrazioni; è quindi, *in parte qua*, un atto di indirizzo, che ha il *nomen* di piano, ma non la sua funzione tipica. In questa sua porzione (identificabile con la Parte Seconda del P.N.A.) esso contiene proposizioni alle quali le amministrazioni obbligate debbono uniformarsi nel costruire i rispettivi P.T.P.C.. In caso di mancata conformazione, peraltro, non sono previsti specifici controlli approvativi in capo al Dipartimento o alla CIVIT/ANAC.

Ci troviamo – a ben vedere – di fronte ad uno dei possibili significati della locuzione atto di coordinamento: un atto volto alla uniformazione delle condotte²⁵ delle amministrazioni obbligate a redigere i P.T.P.C.;

III) nella sua prima parte, invece, il P.N.A. contiene una descrittiva dei fenomeni corruttivi, ampi richiami al contesto normativo di riferimento, nonché – come s'è visto – indicazioni sui destinatari del Piano stesso, in quanto soggetti obbligati alle attività di prevenzione della corruzione. Al di là della già rilevata carenza di “forza formale” (come la chiamava Vezio Crisafulli) dell'interpretazione estensiva proposta, si tratta di una funzione che è solitamente svolta da circolari ministeriali (sempre *secundum legem*).

In conclusione: si può ascrivere il P.N.A., *in parte qua* contiene direttive, alla categoria degli atti programmatici più che a quella degli atti di programmazione

²⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, parte I.

(giusta la nota distinzione gianniniana)²⁶; il che non è una *deminutio*, ma solo una più realistica *definitio*.

**THE ANTI-CORRUPTION NATIONAL PLAN
AS ACT OF ADMINISTRATIVE DIRECTIVE AND COORDINATION**

by Sandro Amorosino

Abstract

The Anti-Corruption National Plan (PNA), approved in 2013, is an important instrument for the implementation of the Italian law against corruption, approved in 2012.

This paper takes into exam its nature and role to conclude it is an act of administrative directive and coordination – defined “act of directive” – and highlights its deficiencies and limits of effectiveness.

²⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995.



Alcune riflessioni sul sistema universitario

di Mario R. Spasiano

SOMMARIO: 1. La crisi del modello universitario nazionale e le risposte del Legislatore. – 2. Bilancio di Ateneo e ruolo sociale e culturale delle università. – 3. I principali “nodi” del sistema: la valutazione della ricerca e l’accesso alla carriera universitaria. – 4. Conclusioni.

1. *La crisi del modello universitario nazionale e le risposte del Legislatore.*

Quando ho ricevuto da Giovanna Colombini l’invito a partecipare alla presentazione dei risultati della ricerca su “*Autonomia, finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell’università*”, finanziato con fondi PRIN 2008, non sapevo che mi sarei trovato innanzi ad un’opera tanto ampia, articolata e completa¹. Da qui il mio sincero apprezzamento per la coordinatrice nazionale, per i responsabili delle unità locali e per tutti coloro, studiosi e operatori del settore, che hanno offerto un contributo alla realizzazione della rilevante iniziativa scientifica.

Si tratta di un lavoro frutto di un notevole sforzo investigativo che, all’evidente spessore dell’approfondimento diagnostico teorico, affianca – elemento questo non sempre usuale in studi di carattere giuridico di settore – un utile approccio propositivo, teso a formulare soluzioni tratte talora da esperienze di ordinamenti extra-nazionali, tal’altra da ragionamenti consequenziali, coerenti con le premesse e con i principi fondamentali sui quali si fonda lo specifico ambito di riferimento oggetto di analisi.

È in questo contesto che emerge un lavoro scientifico interessante e utile, mai disponibile a concessioni imputabili a forme di accondiscendenza o a retoriche difese di ufficio di un’università che, a prescindere dal contenuto delle varie riforme più o meno incisive degli ultimi anni, non ha certo saputo dare prova di sé. Ciò sia in termini di consapevolezza della propria missione, sia in termini di

¹ Presentazione dei risultati della ricerca PRIN 2008, “*Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell’Università*”, coordinata dalla prof.ssa GIOVANNA COLOMBINI, Roma 6 dicembre 2013.

ricorso ad adeguati modelli comportamentali il cui uso, probabilmente, avrebbe fatto sì che il legislatore si impegnasse meno – sovente peraltro sulla spinta emotiva di eclatanti fatti illeciti – mediante interventi alluvionali di norme risultate talora incoerenti, tal'altra persino nocive (come dimostrano alcuni degli studi contenuti nell'opera che si presenta).

Orbene, se è vero che “chi è causa del suo mal, pianga sé stesso”, è sotto gli occhi di tutti che l'esempio che in particolare a partire dagli anni '90 ha dato di sé il sistema universitario italiano, in alcune circostanze persino arrogante e autoreferenziale, ha costituito la causa quantomeno di una duplice conseguenza: la prima, il declino della considerazione sociale dell'importanza del ruolo complessivamente svolto dagli atenei nell'ambito del sistema Paese; la seconda, la percezione, da parte dell'opinione pubblica, di una sorta di presunzione di illegittimità, se non di illiceità (difesa di casta) di qualsiasi proposta tesa a migliorare precedenti meccanismi, da tempo collaudati, che, sebbene avessero talora prodotto evidenti forme di distorsione, avevano tuttavia dalla loro un sistema didattico e di ricerca consolidato, che aveva costituito, per alcuni periodi, un punto di riferimento anche per ordinamenti stranieri. Ricercatori scientifici, tecnici di elevatissima qualificazione e capacità, giuristi, economisti e altri, usciti dalle poche università italiane, incontravano riconoscimento professionale sia in ambito nazionale che estero.

Forse erano altri tempi: la scuola italiana funzionava, l'università produceva scienza e formava coscienze libere e responsabili, il Paese cresceva e le condizioni di vita miglioravano: l'opinione pubblica, dunque, nutriva profondo rispetto della intera filiera della istruzione e della formazione.

Eppure, sulla base di molteplici fenomeni sociali, economici, politici e culturali, che non mi è dato qui ripercorrere, è poi accaduto nel corso degli ultimi trenta anni che la considerazione dell'università sia andata via via decadendo, accompagnata da un diffuso sentimento di disaffezione e persino di disprezzo. Ciò è avvenuto anche da parte di altre istituzioni dello Stato, se è vero che non pochi fra i Ministri preposti a codesto ambito nei vari Governi dell'ultimo decennio hanno trattato il sistema università con diffidenza e pubblico ludibrio, talora per incompetenza, tal'altra per porsi in linea con il diffuso sentimento popolare di discredito del settore.

Anche sulla spinta di *inputs* provenienti dall'Unione Europea, l'università, priva di un meditato e condiviso progetto di fondo a carattere culturale e sociale, ha visto calarsi addosso abiti nuovi o rappezzi che finivano con l'impattare su forme di organizzazione e attori impreparati sul piano culturale a cogliere il senso anche positivo delle novità. Da qui il diffuso arroccamento su una difesa strenua di un modello che non aveva più possibilità di sopravvivenza, con uno stentato e ancora troppo lento adeguamento alle nuove ragioni.

Invero, l'interesse del legislatore, ancora una volta condizionato da approssimativi miti universitari estero-fili che poco avevano a che fare con il nostro si-

stema in quanto operanti in contesti socio-economici, culturali ed occupazionali molto diversi dai nostri, si esprimeva quasi esclusivamente in termini di efficienza, affidando a questo termine una connotazione di tipo per lo più finanziario.

La maggiore preoccupazione, insomma, non risultava quella di definire un progetto università al servizio del Paese, consapevole della storia e anche dei pregi di un sistema, né tantomeno di investire nella ricerca quale risorsa indispensabile allo sviluppo. Prevalevano invece, nel legislatore, da un lato, i problemi di contenimento della spesa pubblica e dunque di razionalizzazione della stessa; dall'altro, l'esigenza di sottoporre a forme di vigilanza, controllo e valutazione gli atenei e l'attività dei loro attori, in un contesto che peraltro aveva appena finito di assistere al fenomeno della moltiplicazione delle sedi universitarie, con l'avallo degli organi dello Stato, anche in questo caso in assenza di un reale piano strategico nazionale. Spinte localistiche avevano finito col costringere gli organi centrali ad accondiscendere ad esigenze del tutto prive di qualsiasi logica sistematica.

In quella prospettiva, prendendo magari a riferimento ancora modelli organizzativi di altri Paesi, senza tuttavia trarne fino in fondo le conseguenze del caso anche in termini di differenziazione dell'offerta formativa e di abbandono di quel vero e proprio dogma del valore legale del titolo di studio, si finiva col tradire il disegno costituzionale, il cui impianto colloca l'università a cavallo fra le libertà e i servizi, le prime notoriamente incompressibili, anzi il cui esercizio andrebbe sostenuto da parte dei poteri pubblici, i secondi, finanziariamente condizionati, sebbene nel rispetto di livelli essenziali minimi, ormai di rango costituzionale, ma sinora mai definiti.

Come illustrano gli studi che oggi presentiamo, la risposta del legislatore è consistita tra l'altro in: riforme c.d. a costo zero; incremento esponenziale dell'impegno burocratico richiesto alla fascia docente; mancata riconversione professionale del personale amministrativo chiamato a svolgere nuovi delicati ruoli di attività non più a carattere autoritativo, ma di servizio; incertezza dei dati normativi di riferimento (come ampiamente illustra la prof. Colombini); profonda discrasia tra modello di riferimento costituzionale e modello attuativo, quest'ultimo connotato da evidente rigidità e omogeneità strutturale e funzionale, a fronte della altrettanto evidente eterogeneità dei contesti territoriali e socio-economici di riferimento nonché delle strutture presenti all'interno di ciascun ateneo (mi riferisco, in modo particolare, alle università munite di policlinici, che presentano peculiarità e problematiche assolutamente differenti).

A qualsiasi sede universitaria, a prescindere dalle sue connotazioni, il legislatore ha imposto infatti rigida omogeneità organizzativa e normativa, con ambiti molto ristretti di autonomia, persino statutaria: su tutto questo disegno incombeva la preoccupazione della probabile *mala gestio* che avrebbe potuto produrre il riconoscimento di maggiori spazi di autonomia. Solo che a tale preoccupazione, anziché reagire con l'implementazione di forme di auto-responsabilità, si reagiva con manovre accentratrici di tipo dirigitico.

È vero che qualsiasi discorso in termini di riconoscimento delle diversità del sistema avrebbe comportato il coraggio di andare lontano, spingendosi sino alla riconsiderazione del valore legale del titolo di studio (tanto caro al collega della Cananea, come risulta anche negli atti che si presentano), in ordine al quale timori e persistenti pregiudizi di ordine ideologico più o meno condivisibili hanno indotto ad analisi parziali e a rimedi organizzativi poco efficaci, persino di dubbia legittimità che, lungi dal definire e riconoscere spazi di libertà responsabile, propri dei contesti universitari, hanno invece imposto logiche aberranti di tipo formalistico, addirittura con efficacia retroattiva (mi riferisco alla discutibile pagina della classificazione delle riviste scientifiche nel contesto delle scienze non sperimentali). Logiche politiche hanno imposto la creazione di una classe di *supervisors* non legittimati dalle comunità scientifiche, ma da decisioni ministeriali. Il tutto in un contesto di scelte che immotivatamente non ha tenuto conto delle indicazioni e delle sollecitazioni provenienti da organi istituzionali (la CRUI, il CUN) e di auto-governo (le associazioni nazionali dei professori appartenenti ai diversi settori scientifico-disciplinari).

Da parte degli ultimi Governi vi è stato insomma il reiterato tentativo di dar vita ad un fenomeno di c.d. aziendalizzazione delle università al fine di implementarne produttività ed efficienza. Tentativo che in un recente passato ha visto anche l'evocazione di modelli originali (mi riferisco alla trasformazione delle università in fondazioni) che non hanno rinvenuto attuazione per ragioni varie (Roversi-Monaco).

È in questo contesto di sostanziale disconoscimento di spazi di autonomia responsabile che si sono imposti i nuovi bilanci di ateneo (c.d. bilancio economico unico), in una a nuovi sistemi di valutazione delle strutture accademiche e di quanti al loro interno prestano la propria opera. Un'operazione che se, da un lato, si rivela ancora una volta di tipo dirigistico, motivata dalla manifesta incapacità di molte università di dar vita ad una più responsabile e coerente gestione dell'autonomia, dall'altro risulta anche contraddittoria rispetto all'incentivazione, legislativamente sancita, a fare dei Dipartimenti autonomi soggetti di mercato.

2. *Bilancio di Ateneo e ruolo sociale e culturale delle università.*

Il lavoro di Giovanna Colombini e di quanti hanno preso parte allo studio offre uno spaccato quanto mai preciso dei punti di forza (invero non molti) e di debolezza (prevalenti) che emergono dall'analisi dell'attuale sistema economico e di valutazione universitario. Numerosi sono gli interventi critici al riguardo, nella pur condivisa consapevolezza della necessità di abbandono di improduttive logiche autoreferenziali, che pure a lungo hanno connotato vaste aree del mondo della ricerca universitaria. Sono invero le modalità applicative delle innovazioni introdotte, non tanto queste ultime in quanto tali, a suscitare maggiori

perplessità, a risultare inadeguate sotto il profilo organizzativo, per il contesto di riferimento.

Una particolare riflessione merita, poi, la vicenda del c.d. FFO (fondo di finanziamento ordinario): essa è quanto mai emblematica e la sua duplice composizione, basata da un lato sulla spesa storica, dall'altro sulla quota di premialità (quest'ultima incrementata nel tempo), evidenzia l'intento del legislatore, teso, opportunamente, a dar spazio crescente a logiche di produttività.

Ma appare persino banale rilevare che anche quelle logiche hanno un senso assolutamente parziale laddove, come accade, siano rapportate a contesti e condizioni di base di per sé neanche lontanamente comparabili, con risultati inevitabilmente fuorvianti.

Ciò che manca è una impostazione, dunque una lettura, anche sociale del bilancio dei singoli atenei. Circostanza quanto meno improvvida se è vero – come insegnano gli economisti – che il bilancio sociale è ormai proprio anche di soggetti che perseguono puri scopi di profitto, quali le società multinazionali. Eppure ciò non accade nel sistema universitario ove invece l'unico obiettivo ragionevole è dato dalla crescita della ricerca e della formazione, entrambi fattori nei quali profili di ordine sociale quanto meno si affiancano a logiche di tipo economico.

Si badi, con ciò non intendo evocare desuete forme di assistenzialismo di tipo parassitario né invocare la difesa di c.d. rendite di posizione, al di fuori di modelli di valutazione oggettiva. Ritengo piuttosto necessario che nella valutazione dei bilanci degli atenei si tenga conto di tutti i fattori delle specifiche realtà, umani e strutturali, sui quali quei soggetti operano.

Insomma, la circostanza che l'università sia un'istituzione che svolge un decisivo ruolo sociale e culturale non può essere un fattore misconosciuto né tantomeno disatteso dagli organi di Stato. Come emerge dagli atti che si presentano, ciò si evidenzia non solo in ragione dell'attività didattica e formativa che gli atenei pongono in essere con le giovani generazioni – contribuendo ad elevarne in misura sostanziale il livello di cultura, il tasso di civiltà, oltre che di conoscenza – ma anche in ragione della stessa attività di ricerca che, oltre al progresso tecnico-scientifico al quale può dar luogo, diviene strumento privilegiato di maturazione e di promozione socio-professionale per docenti e studenti, infondendo in tutti speranze e motivazioni, fattori che ormai sempre più paiono latitare in un contesto universitario schiacciato su logiche prevalentemente contabili. Negazione, questa, dello stesso concetto di servizio pubblico. E se portassimo alle estreme conseguenze, forse in termini paradossali e provocatori, il ragionamento qui proposto, dovremmo pervenire alla conseguenza della inutilità del sistema universitario pubblico che non ha ragione di essere in un contesto che disconosce a quella organizzazione, una prevalente valenza socio-culturale, non sempre traducibile in termini di entrata e uscita di bilanci puramente economici.

3. *I principali “nodi” del sistema: la valutazione della ricerca e l’accesso alla carriera universitaria.*

Sappiamo ormai tutti che oggi è difficile “trattenere” un bravo ricercatore nelle nostre aule, nei nostri laboratori, nelle nostre biblioteche. È molto difficile riuscire a cooptare (e non uso a caso questo termine) un giovane capace, infondendo in lui il senso profondo, appassionante e persino socialmente doveroso dell’impegno nella ricerca universitaria e nella formazione universitaria.

Questa condizione aberrante sintetizza la tristezza del declino di un’istituzione nella quale molti di noi abbiamo ambito ad entrare per realizzare un sogno: liberi di pensare, liberi di esprimere idee, liberi di confrontarci nel rispetto delle diversità, liberi di ricercare, liberi di insegnare, liberi di crescere e di far crescere i nostri allievi nell’ambito di un rapporto intergenerazionale che dava il senso di un impegno personale prima ancora che professionale e che sovente dava anche il senso del proprio essere in gratificazioni inesprimibili, di certo non comprensibili da parte di chi non condivide la stessa esperienza.

Tutto ciò deve aver luogo in un contesto che risulti premiante per chi davvero opera e sanzionatorio per chi si sottrae ai suoi obblighi, ma i metodi di verifica non possono che essere affidati innanzitutto alla stessa comunità scientifica nelle diversificate articolazioni di cui si compone, non a organi di stampo più o meno burocratico, rispondenti a logiche ministeriali. La valutazione della ricerca dei docenti va infatti rimessa alla comunità scientifica di riferimento; la valutazione della didattica, alla comunità accademica locale, in tutte le sue componenti; la valutazione sul funzionamento degli atenei, al Ministero. Se non si ha fiducia nelle prime due componenti indicate, appare scorretto parlare di università. Meglio, forse, ricorrere al termine “scuole di formazione”.

Sotto altro profilo, occorre anche osservare che tutto ciò che produce il sistema università impatta su un territorio, ridonda su di esso e da esso trae anche nuova linfa.

Certo *universitas* è sinonimo di universalità, universalità della conoscenza, tanto più in un sistema globale fatto non solo di scambi, ma di cogestione, di cointeressi, di cooperazione a tutti i livelli.

Ma, nel tornare alla nostra realtà italiana, è anche oggettivamente vero che il fenomeno di proliferazione degli atenei, proprio degli anni ’80 e ’90, se ha contribuito ad ampliare la platea universitaria in termini assoluti, ha anche ristretto fortemente gli ambiti di riferimento territoriale propri di ciascun ateneo o almeno di molti fra essi. Il fenomeno dei c.d. studenti fuori-sede si è andato restringendo in molti atenei, con riprovevole contrazione della opportunità di incontro tra generazioni di diversa origine territoriale.

A questo fenomeno avrebbe dovuto corrispondere una politica di differenziazione, di implementazione delle vocazioni locali, di maggiore considerazio-

ne delle esigenze dei diversi territori. Ma ciò non è stato: come noto, logiche generaliste e omogeneizzanti, autonomamente assunte dai nuovi atenei, hanno trasformato, in molti casi, l'opportunità espansiva in inutili duplicazioni di offerte formative già presenti e consolidate. Ciò, peraltro, ha anche spinto o costretto (per ragioni di *budget*) il governo dei maggiori, storici atenei a logiche di chiusura all'accesso di nuove generazioni di docenti, per lo più dislocati in altre sedi. Da qui l'inesorabile invecchiamento della fascia docente dei primi e la diminuzione della loro capacità di rigenerazione. Talvolta con scompensi davvero paradossali, considerato che, a causa delle difficoltà di dar luogo a trasferimenti, si assiste ormai alla presenza di insegnamenti anche fondamentali del tutto privi di copertura interna.

Il mito dello svecchiamento forzato dell'università, non accompagnato da una reale possibilità di ricambio e dall'offerta di prospettive di stabilità e neanche di progressione per i giovani (mi riferisco, tra l'altro, alla incerta sorte che si prospetta alle generazioni dei ricercatori a tempo determinato), con un costante mutamento e implementazione delle regole proprie delle procedure di accesso ai ruoli della fascia docente, mostra ormai tutti i suoi limiti ed evidenza, piuttosto, gli errori di valutazione sui quali si fonda. La costante tendenza ad accomunare il ruolo docente a quello di altre categorie dell'impiego presso pubbliche amministrazioni è ben noto, e anche gli interventi di senso contrario della Corte Costituzionale (pure di recente intervenuta a proposito dell'abolizione del divieto di trattenimento in servizio dei docenti di prima fascia oltre i 70 anni) si infrangono sulle "tagliole" di ordine finanziario con le quali gli organi centrali dello Stato di fatto tengono "sotto scacco" gli spazi di autonomia, il governo stesso dei singoli atenei.

4. *Conclusioni.*

Orbene, le riforme legislative degli ultimi anni, in particolare la legge n. 240/2010 e i decreti legislativi che l'hanno seguita, impongono il ricorso a nuovi interventi di pari rango in assenza dei quali, evidentemente, ben poco, se non nullo, è lo spazio riservato non solo agli atenei, ma persino allo stesso Ministero dell'Università di poter agire con un margine di manovra adeguato.

I risultati di ciò sono tutti presenti nel recente decreto di assegnazione dei c.d. punti organico agli atenei, mentre la chiusura della prima tornata dei giudizi di idoneità nazionale, privi di numero programmato e ricadenti in diffuse condizioni di difficoltà finanziaria e di carenza di punti organico degli atenei, rischia di formare una generazione di studiosi in attesa: come il ten. Giovanni Drogo nel Deserto dei Tartari, essi attenderanno probabilmente ulteriori concorsi che mai (o quasi mai) arriveranno, con conseguente frustrazione e indignazione nei confronti di un sistema che si ostina a dar luogo a procedure comparative di

valutazione piuttosto che offrire concrete prospettive di impegno e di carriera.

Un'ulteriore considerazione mi sia consentita in ordine alle entrate delle università. Esse, come noto, sono costituite anche dalla tassazione imposta agli studenti. Orbene, nei territori a più bassa produzione di reddito, tale imposizione sta facendo sì che il numero di iscrizioni universitarie si stia contraendo, fattore che induce al conseguimento di un risultato che va nella direzione esattamente opposta a quella perseguita dallo stesso legislatore per rispettare i parametri europei, ossia l'ampliamento dell'istruzione universitaria.

Né a diverse considerazioni consente di pervenire la “stramba” gestione del diritto allo studio, come noto materia di competenza regionale. Anche al riguardo rinvio alle probanti riflessioni di Giovanna Colombini. Mi limito solo ad osservare che la politica del diritto allo studio non può che costituire parte integrante del più ampio piano universitario, non può essere scisso dallo stesso se non con la pretesa di veder condizionati servizi e opportunità per lo studente, ben al di sotto di plausibili livelli minimi, soprattutto in quelle Regioni a più basso reddito, con ciò incentivando ancora una volta fenomeni di contrazione della domanda universitaria proprio in sedi ove la crescita del tasso di istruzione sarebbe particolarmente importante sul piano sociale e occupazionale.

Mi sia in ultimo consentito spendere una rapida riflessione sulla ricerca nelle discipline socio-umanistiche, per lo più connotate da attività che non rinvergono sul mercato condizioni di attrattività.

È ben noto che il conto-terzi (sul quale sarebbe quanto mai opportuno intervenisse il legislatore anche recependo i più recenti orientamenti della giurisprudenza europea, infrangendo il dogma della distinzione tra professori a tempo pieno e tempo definito) costituisce una delle risorse di finanziamento per l'università nel suo complesso. Quest'attività è giuridicamente equiparata all'attività professionale di tipo contrattuale, ancorché non risultano definiti i suoi possibili contenuti e i confini rispetto all'esercizio di attività libero-professionale (con l'inevitabile instaurazione di giudizi che vedono sovente contrapposti università e ordini professionali).

Dunque, il conto terzi non rinviene – per le evidenti, accennate ragioni – spazio significativo per quasi tutte le facoltà (mi ostino a chiamarle così) a carattere socio-umanistico.

In questa situazione, ben potrebbe e dovrebbe intervenire la mano regolatrice, in senso compensativo, del Ministero. Accade invece che i pesanti tagli alla ricerca pubblica (i PRIN, *in primis*) – come noto – si abbattono inesorabili proprio su questi ambiti di ricerca: eppure la pubblicazione dei risultati dello studio guidato dalla prof. Colombini dimostrano l'importanza che tali lavori possono rivestire anche ai fini di un più giusto ed equilibrato assetto del sistema istituzionale universitario. Né le ancora timide aperture dei programmi europei (penso ad Horizon 2020) alle discipline sociali ed economiche sembrano lasciare, al momento, più fondate speranze.

SOME REFLECTIONS ON THE ACADEMIC SYSTEM

by Mario R. Spasiano

Abstract

This paper takes as its starting point the analysis of the main reasons behind the decline which affected the Italian academic system over the last 30 years. Several endemic factors led to register a serious decrease of the importance of the university role in the society, also in consideration of the general disaffection of the public opinion. The author points out how, in this context, recent legislative reforms do not appear suitable to generate substantial changes to overcome the current situation of academic crisis.

After focusing on several aspects of the legislation (public funds assignment system; budget rules; academic recruitment procedures; research and teaching evaluation criteria) the paper highlights the risk of a further decrease of the social and cultural role of Universities: Italian legislation does not define a new and competitive academic project for the future, but, rather, aims to limiting public spending and subject Universities activity to heavier (...) processes of evaluation and control.



La legge regionale siciliana di istituzione dei “liberi Consorzi comunali”:
breve note critiche sul processo di riforma dell’ordinamento
degli Enti locali (e di governo territoriale) della Regione siciliana

di Roberto Di Maria

SOMMARIO: 1. Breve premessa metodologica – 2.1. Cronologia ed (a)sistematicità dei recenti provvedimenti legislativi regionali in materia di ordinamento degli Enti locali – 2.2. Le concorrenti considerazioni, in materia, della giurisprudenza amministrativa e di quella costituzionale – 3. La legge regionale istitutiva dei “liberi consorzi di Comuni”: sintesi dei contenuti e (potenziali) criticità – 4. Considerazioni di sintesi.

1. *Breve premessa metodologica.*

Con l’entrata in vigore della legge regionale 24 marzo 2014, n. 8, rubricata «Istituzione dei liberi Consorzi comunali e delle Città metropolitane», il Legislatore siciliano ha portato infine a compimento un percorso di riforma dell’assetto ordinamentale degli Enti locali – nonché, conseguentemente, del complessivo sistema di governo del territorio regionale – che si è articolato lungo ben due legislature ed ha indi impegnato due Governi, peraltro di opposto orientamento politico, così anticipando – almeno potenzialmente – determinazioni simili elaborate, ma ancora soltanto parzialmente asseverate, a livello statale¹.

¹ Il principale riferimento è ai d.d.l. cost. approvati dal Consiglio dei Ministri – rispettivamente – il 5 luglio ed il 2 agosto 2013, attraverso i quali il Governo ha previsto la espunzione delle Province dalla Costituzione; nonché al d.d.l. c.d. “Delrio” – approvato nella seduta del C.d.M. del 26 luglio 2013 – finalizzato a trasferire le funzioni provinciali ai Comuni ed alle Regioni, in attesa appunto della approvazione definitiva della riforma costituzionale (cfr. *infra*, §2.2). In precedenza, si considerino invece le disposizioni di cui al d.l. 201/2011 ed, in specie, l’art. 23, dal co. 14 al co. 20 *bis*, ai sensi del quale «spettano alla Provincia *esclusivamente* le funzioni di indirizzo politico e di coordinamento delle attività dei Comuni nelle materie e nei limiti indicati con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze» e che, fatte salve le suddette, «lo Stato e le Regioni, con propria legge, secondo le rispettive competenze, provvedono a trasferire ai Comuni, entro il 30 aprile 2012, le funzioni conferite dalla normativa vigente alle Province, salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, le stesse siano acquisite dalle Regioni, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza»; sotto il profilo istituzionale o ordinamentale, poi, «sono organi di governo della Provincia il Consiglio provinciale ed il Presidente

Nel presente lavoro si intende dunque rassegnare il contenuto normativo del summenzionato provvedimento legislativo – altresì comparandone le disposizioni con quelle già licenziate dall'Assemblea Regionale Siciliana, sulla medesima materia, nel precedente biennio – valutandone sia la conformità rispetto alle previsioni statutarie, sia la coerenza rispetto a quelle costituzionali, così come interpretate – anche recentemente – tanto dal Giudice amministrativo quanto da quello costituzionale.

In tal senso – si precisa – oggetto di scrutinio sarà soltanto l'articolato legislativo avente espressamente ad oggetto la istituzione, la composizione e le funzioni dei «liberi Consorzi comunali» e non anche quello relativo alla «Città

della Provincia [che] durano in carica cinque anni»; ed infine, sotto il profilo elettorale «il Consiglio provinciale è composto da non più di dieci componenti *eletti dagli organi elettivi dei Comuni* ricadenti nel territorio della Provincia. Le modalità di elezione sono stabilite con legge dello Stato entro il 30 aprile 2012. Il Presidente della Provincia è *eletto dal Consiglio provinciale* tra i suoi componenti» (il co. 18 prevedeva anche che «in caso di mancato trasferimento delle funzioni da parte delle Regioni entro il 30 aprile 2012, si provvede in via sostitutiva, ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, con legge dello Stato» ed il successivo co. 19 che «lo Stato e le Regioni, secondo le rispettive competenze, provvedono altresì al trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali per l'esercizio delle funzioni trasferite, assicurando nell'ambito delle medesime risorse il necessario supporto di segreteria per l'operatività degli organi della provincia»). Deve rilevarsi – sul punto – che il co. 20 *bis*, introdotto in sede di conversione, avesse stabilito espressamente che «le Regioni a statuto speciale adeguano i propri ordinamenti alle disposizioni di cui ai commi da 14 a 20 entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del [...] decreto»). Ugualmente cfr. d.l. 138/2011 convertito, con modificazioni, dalla l. 148/2011, ai sensi del quale «in attesa della complessiva revisione della disciplina costituzionale del livello di governo provinciale», si stabiliva intanto la soppressione delle «Province diverse da quelle la cui popolazione rilevata al censimento generale della popolazione del 2011 sia superiore a 300.000 abitanti o la cui superficie complessiva sia superiore a 3000 chilometri quadrati»; le funzioni esercitate dalle Province soppresse sarebbero state indi trasferite alle Regioni, che avrebbero potuto attribuirle «anche in parte» ai Comuni compresi nelle circoscrizioni delle Province soppresse o «alle Province limitrofe a quelle soppresse», con conseguente trasferimento alla Regione, con decreto del Ministro dell'Interno, di «personale, beni, strumenti operativi e risorse finanziarie adeguati». In ogni caso il d.l. escludeva l'istituzione di Province «in Regioni con popolazione inferiore a 500.000 abitanti» e stabiliva che «a decorrere dal primo rinnovo degli organi di governo delle Province successivo alla [sua] data di entrata in vigore [...] il numero dei consiglieri provinciali e degli assessori provinciali previsto dalla legislazione vigente [...] è ridotto della metà» (art. 15). Infine, il d.l. 95/2012, il quale stabiliva che «al fine di contribuire al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica imposti dagli obblighi europei necessari al raggiungimento del pareggio di bilancio», e prevedeva il «riordino» di «tutte le Province delle Regioni a statuto ordinario» mediante la determinazione dei «requisiti minimi da individuarsi nella dimensione territoriale e nella popolazione residente in ciascuna Provincia» nonché il trasferimento «ai Comuni» delle «funzioni amministrative conferite alle province con legge [statale] e rientranti nelle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato» (cfr. art. 17). Deve rilevarsi, incidentalmente, come il co. 5 del medesimo articolo avesse sancito che «le Regioni a statuto speciale, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, adeguano i propri ordinamenti ai principi di cui al presente articolo, che costituiscono principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica nonché principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica».

metropolitane», per la disciplina normativa delle quali si rinvia, invece, ad altri contributi specialistici².

Ciò anche al fine di licenziare alcune considerazioni conclusive – e di sintesi – sulla (presunta) abolizione delle Province regionali, ovvero sulla definitiva soppressione – in Sicilia – del c.d. “Ente intermedio di governo del territorio”.

2.1. *Cronologia ed (a)sistematicità dei recenti provvedimenti legislativi regionali in materia di ordinamento degli Enti locali.*

Nel corso delle ultime due legislature (i.e. la XV e la XVI) – ed ancor prima della approvazione della summenzionata l. r. Sicilia 8/2014 – l’Assemblea Regionale Siciliana aveva già licenziato due leggi aventi ad oggetto, *ex professo*, il riordino dell’Ente locale intermedio: la legge regionale 8 marzo 2012, n. 14, e la legge regionale 23 marzo 2013, n. 7, rispettivamente rubricate «Norme concernenti le funzioni e gli organi di governo delle province regionali» e «Norme transitorie per l’istituzione dei liberi Consorzi comunali»³.

Pare indi utile rassegnare, seppur brevemente, il tenore delle disposizioni che – nelle suddette leggi regionali – disciplinavano la materia inerente alla riforma degli Enti territoriali di governo.

Nell’ambito delle previsioni della l. r. Sicilia 14/2012, gli artt. 1 e 2 stabilivano che «nel quadro di un *riassetto complessivo delle funzioni amministrative*, spettano alle Province regionali *funzioni di indirizzo e di coordinamento delle attività dei Comuni* nelle materie e nei limiti indicati con legge regionale entro il 31 dicembre 2012», che tale legge avrebbe dovuto altresì individuare «gli organi di governo della Provincia regionale [nonché] disciplina[re] composizione e modalità di elezione» e che essa avrebbe dovuto indi determinare il «riordino degli organi di governo delle province regionali, assicurando che da tali disposizioni derivino *significativi risparmi di spese per il loro funzionamento* [corsi aggiunti, ndr.]». È nel suddetto combinato disposto che paiono risiedere, pertanto, *ratio* e finalità del provvedimento *de quo*: il Legislatore regionale richiamava infatti, espressamente, l’esigenza di un «riassetto complessivo delle funzioni amministrative» con lo scopo, ulteriore e principale, di perseguire il contenimento – ovvero

² Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni di cui al Capo I della l. r. Sicilia 8/2014, artt. 1-6, nonché alle previsioni di cui all’art. 10. La legge in oggetto è pubblicata sulla GURS n. 13 del 28/03/2014. In materia di “Città metropolitane” si rinvia a AA.VV., *Il governo delle aree metropolitane: il ruolo delle Province*, FORMEZ, 2005; E. ROTELLI, *Le aree metropolitane in Italia: un questione istituzionale insoluta*, in *La dimensione metropolitana*, a cura di G. MARTINOTTI, Bologna, 1999; W. TORTORELLA e M. ALLULLI, *Città Metropolitane. La lunga attesa*, Venezia, 2014; P. URBANI, *Governi metropolitani e interessi nazionali*, Padova, 1988.

³ Cfr. GURS n. 11 del 16 marzo 2012 e n. 16 del 29/03/2013.

la razionalizzazione – della spesa pubblica (locale), sì come può testualmente evincersi dall'inciso sui «significativi risparmi» assicurati dalle disposizioni aventi ad oggetto il «riordino» dell'ordinamento provinciale e delle relative funzioni.

E tuttavia, la natura del suddetto provvedimento sembra meramente programmatica – o “di indirizzo” – essendo stata poi rimessa alla approvazione di una legge successiva la concreta ed effettiva determinazione sia delle funzioni, sia della composizione dell'Ente: «la composizione degli organi collegiali è determinata in rapporto alla popolazione residente e comunque in misura tale da garantire una riduzione di almeno il 20 per cento rispetto ai limiti previsti dalla legislazione vigente» (cfr. art. 1, co. 2); «agli organi provinciali che devono essere rinnovati entro il 31 dicembre 2012, fatta eccezione per quelli in carica la cui scadenza naturale è prevista in data successiva, si applica, sino al 31 marzo 2013, l'articolo 145 dell'ordinamento amministrativo degli enti locali [...] Gli organi provinciali che devono essere rinnovati successivamente al 31 dicembre 2012 restano in carica fino alla scadenza naturale. Decorsi i termini di cui al primo periodo e al secondo periodo, si procede all'elezione dei nuovi organi provinciali» (cfr. art. 1, co. 3).

In attesa del successivo – ed attuativo – intervento normativo, cui lo stesso Legislatore regionale s'era vincolato, la XV legislatura si sarebbe però conclusa anticipatamente; e la seguente XVI legislatura sarebbe stata invece inaugurata dalla entrata in vigore della, nuova e molto diversa, l. r. Sicilia 7/2013.

Il contenuto precettivo di tale legge – composta da appena due articoli, il secondo dei quali peraltro è soltanto una «norma finale» – può essere sinteticamente analizzato distinguendo, da un lato, le disposizioni finalizzate al riordino istituzionale e funzionale e, d'altro lato, quelle inerenti alla disciplina elettorale: in ordine al primo dei suddetti profili, si prevedeva che «entro il 31 dicembre 2013 la Regione, con propria legge, in attuazione dell'articolo 15 dello statuto speciale della Regione siciliana, disciplina l'istituzione dei liberi consorzi comunali per l'esercizio delle funzioni di governo di area vasta, *in sostituzione delle Province regionali* [corsivo aggiunto, ndr.]»; in ordine al secondo elemento, poi, si stabiliva che «gli organi di governo dei liberi Consorzi comunali sono *eletti con sistema indiretto di secondo grado*» e che «le modalità di elezione, la composizione e le funzioni degli organi suddetti» sarebbero state disciplinate, appunto, con la richiamata legge regionale⁴.

⁴ Cfr. art. 1, co. 1. In indiretta correlazione con la precedente l. r. Sicilia 14/2012 – ed in specie, con il summenzionato co. 3, art. 1 – il Legislatore stabiliva poi che «al fine di consentire la riforma della rappresentanza locale secondo quanto previsto al comma 1, è sospeso il rinnovo degli organi provinciali. Agli organi delle Province regionali che cessano per scadenza naturale o anticipata nel corso del 2013, si applica, sino al 31 dicembre 2013, la disciplina prevista dall'articolo 145 dell'ordinamento amministrativo degli enti locali nella Regione siciliana (decreto legislativo presidenziale 29

In entrambe le leggi, dunque, il Legislatore esprimeva l'intenzione di avviare una radicale riforma del sistema di governo territoriale siciliano; nella prima, però, tale riforma ineriva essenzialmente al relativo profilo funzionale e strutturale laddove invece, nella seconda, si chiamava in causa un dato addirittura "ordinamentale", ovvero sia la *soppressione – recte «sostituzione»* – delle Province regionali con i liberi Consorzi comunali. In entrambi i casi, però, il Legislatore si limitava a rinviare ad un successivo provvedimento legislativo la materiale e concreta attuazione dei principi – invero alquanto evanescenti, soprattutto nella l. r. Sicilia 7/2013 – intanto deliberati dalla Assemblea; così implicitamente denunciando – potrebbe altresì inferirsi – la fragilità, ovvero la disomogeneità, dell'indirizzo politico posto a sostegno della correlativa iniziativa parlamentare⁵.

ottobre 1955, n. 6) approvato con legge regionale 15 marzo 1963, n. 16 e successive modificazioni e integrazioni. Per gli organi delle Province regionali già sottoposti a commissariamento, i poteri e le funzioni dei commissari straordinari in carica cessano a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge e si applica, sino al 31 dicembre 2013, la disciplina di cui all'articolo 145 dell'ordinamento amministrativo degli enti locali nella Regione siciliana (decreto legislativo presidenziale 29 ottobre 1955, n. 6) approvato con legge regionale 15 marzo 1963, n. 16 e successive modificazioni e integrazioni» (cfr. co. 3 e 4, art. 1).

⁵ Sul punto basti considerare l'assai complesso e travagliato *iter* parlamentare seguito dai numerosi e diversi d.d.l. reg. elaborati e progressivamente stratificatisi in Commissione – prima della effettiva presentazione in Aula – al fine di approdare ad un testo definitivo ed eventualmente sostenuto da una sufficiente maggioranza parlamentare. Si veda, ad esempio, M. E. BUCALO, *L'abolizione delle Province in Sicilia e la riduzione dei consiglieri e degli assessori comunali*, in dirittiregionali.org, ove si rassegna ed analizza il testo del d.d.l. reg. 812/2011, presentato in Assemblea su iniziativa della Giunta. Tale testo aveva originariamente previsto «la aggregazione di almeno 10 comuni, espressioni delle comunità operanti in territori sovracomunali storicamente ed economicamente integrate o suscettibili di integrazioni intorno ad «un unico polo di direzione», al fine di consentire l'organizzazione delle strutture e dei servizi connessi allo sviluppo delle relative aree e di assicurare il più alto livello di efficienza ed economicità dei suddetti servizi»; ai sensi dell'art. 8 le funzioni amministrative avrebbero riguardato «servizi sociali e culturali [...] sviluppo economico [...] organizzazione del territorio e [...] tutela dell'ambiente» nonché, *ex art. 7*, l'adozione dei «piani territoriali relativi alla rete delle principali vie di comunicazione stradali e alla localizzazione di opere ed impianti d'interesse sovracomunale»; il procedimento di istituzione – e successiva, eventuale, modificazione dei liberi Consorzi comunali – era definito dagli art. 9-12: la costituzione sarebbe stata promossa da uno o più Comuni «entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della legge, mediante delibera dei rispettivi Consigli comunali, che indichino l'ambito territoriale del Consorzio, avente le caratteristiche di continuità territoriale e non meno di 250.000 abitanti. La Giunta regionale entro ulteriori novanta giorni dallo spirare del suddetto termine, prende atto delle delibere e laddove ne ravvisi i presupposti delibera la presentazione all'Assemblea regionale siciliana di un disegno di legge per la costituzione dei Consorzi, il quale stabilirà anche le modalità di successione degli stessi alle Province»; l'organizzazione dei Consorzi era disciplinata, poi, dai successivi art. 13 e 14: organi del Consorzio sarebbero dovuti essere «il Presidente, la giunta e l'Assemblea» quest'ultima «composta da tutti i Sindaci dei Comuni che compongono il Consorzio; il Presidente è eletto dai Consiglieri comunali fra i sindaci dei Comuni consorziati, attraverso il metodo del voto ponderato pari al rapporto tra popolazione del comune di appartenenza e numero dei componenti del Consiglio comunale. Il presidente nomina la Giunta tra i componenti della Assemblea o dei Consigli comunali e

Pur senza svolgere una disamina analitica delle superiori previsioni – per ciò rinviando semmai ad altri, e precedenti, contributi dottrinali⁶ – al fine di illustrare la asserita asistematicità del processo di riforma, pare comunque utile rassegnare delle considerazioni di massima su alcuni, specifici, profili critici del menzionato ordito normativo; rinviando poi *infra*, §4, le ulteriori osservazioni relative, in specie, alla supposta incompetenza del Legislatore regionale siciliano in materia di “ordinamento degli Enti locali” – altresì filtrate da alcune recenti sentenze dei Giudici amministrativo e costituzionale (cfr. *infra*, §2.2) – è possibile intanto interrogarsi sulla coerenza del disposto legislativo sotto un duplice profilo: quello della disciplina elettorale e quello economico-finanziario.

Quanto al primo dei suddetti profili, possono sommariamente evidenziarsi alcuni dubbi sulla intrinseca coerenza – se non, addirittura, sulla legittimità costituzionale – della previsione per cui gli organi di governo dei “liberi Consorzi comunali” sono eletti «con sistema indiretto di secondo grado» (cfr. l. r. Sicilia 7/2013, art. 1, co. 1); se infatti, sul punto, il Legislatore regionale pareva essersi allineato, invero, alle disposizioni già contenute nel d. l. 201/2011 – sebbene la corrispondente disciplina statale avesse ad oggetto, specificamente, il Presidente ed il Consiglio provinciale rispettivamente eletti dal Consiglio, fra i propri membri, e dagli «organi elettivi dei Comuni» compresi nel territorio provinciale (cfr. artt. 15-17) – in argomento risuona ancora un antico, ma quanto mai attuale, ammonimento della Corte costituzionale: pronunciandosi sulla legge regionale siciliana per la elezione dei Consigli delle Province siciliane (i.e. legge regionale 15 marzo 1957, n. 16) il Giudice delle leggi aveva sancito, infatti, che la Regione avrebbe dovuto assicurare «il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo degli enti territoriali» in quanto tale “carattere” costituiva «strumento essenziale dell'autonomia» oltreché «principio generale dell'ordinamento» – ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 Cost. e, quindi, espressione di principio fondamentale dell'ordinamento repubblicano – al quale, anche alla luce degli «artt. 14 e 15 dello

la presiede; le Giunte sono composte da un numero di componenti stabilito in modo aritmetico dagli Statuti ed entro i limiti massimi previsti dallo stesso d.d.l. reg. al co. 5 dell'art. 14».

⁶ Sia consentito rinviare, in argomento, a R. DI MARIA, *La legge regionali siciliana sui “consorzi di Comuni”*, in *Amministrare*, 3/2013, p. 431 e ss. In argomento si vedano anche A. SAITTA, *Città metropolitane e Consorzi di Comuni in Sicilia. Sette note sulla L. r. n. 8 del 2014*, in www.federalismi.it; M. GRECO, *Anche la Sicilia avvia il riordino delle proprie “Province regionali”*, in *Rass. Amm. Sic.*, 2/2012, p. 484 e ss; G. BOGGERO e D. SERVETTI, *Riordino delle Province: decadenza del decreto-legge n. 188/2012 e “congelamento” della riforma*, in dirittiregionali.org. ed ID, *Profili costituzionali del commissariamento delle Province nelle more di una riforma ordinamentale dell'Ente intermedio*, in www.federalismi.it Per una utile ed ampia ricostruzione del modello siciliano di governo del territorio, si suggerisce la lettura di AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, a cura di A. RUGGERI e G. VERDE, Torino, 2012, e – più specificamente in materia di Enti locali – AA.VV., *La dirigenza locale*, a cura di A. CONTIERI e M. IMMORDINO, Napoli, 2012.

Statuto siciliano, la Regione deve [dunque] uniformarsi»⁷; sebbene fosse stata la stessa Consulta ad ipotizzare, ivi, che i premessi principi «possano osservarsi, anche in caso di elezioni di secondo grado» – non escludendo pertanto, in linea di principio, la «possibilità di siffatte elezioni» – è proprio l'evidente scostamento fra il modello attualmente previsto a livello statale e quello invece attuando a livello regionale (siciliano) che induce – giusto il raffronto fra gli artt. 14 e 15 St. e l'art. 114 Cost. – alcune perplessità sotto il profilo sistematico (cfr. *infra*, §2.2).

Quanto invece al secondo profilo deve ribadirsi, *in primis*, come il “contenimento della spesa pubblica” abbia costituito minimo comune denominatore delle summenzionate leggi regionali, dunque *ratio* omogenea ed univocamente sottesa ad entrambe le iniziative di riforma⁸; *in secundis*, deve però rilevarsi come – rispetto a tale *intentio* – sembrasse emergere una intrinseca contraddizione fra il contenuto delle norme finalizzate al riassetto amministrativo e funzionale – ritenuto parte di un più ampio progetto di riforma istituzionale – e gli effetti delle medesime sul processo di complessiva ed organica razionalizzazione del sistema di autonomia finanziaria: l'obiettivo mancava, sia nella l. r. Sicilia 14/2012 sia nella l. r. Sicilia 7/2013, di una concreta ed analitica individuazione delle funzioni c.d. “di area vasta” – ovverosia di quelle astrattamente conferite, appunto, ai “liberi Consorzi comunali” quale espressione del nuovo livello “intermedio” di governo del territorio regionale – rendeva infatti difficile una credibile stima degli eventuali risparmi di spesa, conseguenti alla attuazione della indicata riforma (regionale) dell'ordinamento degli Enti locali.

La suddetta lacunosità potrebbe eventualmente imputarsi alla, già asserita, natura meramente programmatica o “di indirizzo” di entrambe le leggi regionali; e tuttavia la confluenza fra riforma istituzionale e razionalizzazione della spesa pubblica nella medesima *ratio legis* avrebbe dovuto comunque suggerire, al Legislatore regionale, l'adozione di un indirizzo politico-normativo tale da garantire – espressamente ed immediatamente – «un minimo di uniformità rispetto a quanto previsto a livello nazionale» in relazione sia alla configurazione della corrispondente disciplina statale alla stregua di “principi di coordinamento della finanza pubblica”, sia alla attuazione delle previsioni di cui agli artt. 1, co. 6, e 5, l. cost. 20 marzo 2012, n. 1, sì come compendiate nella l. 24 dicembre 2012, n. 243, in specie Capi II-IV⁹.

⁷ Virgolettati tutti tratti da CORTE COST., SENT. 96/1968.

⁸ Ciò emergeva con evidenza dallo stesso testo legislativo, nel caso della l. r. Sicilia 14/2012, in specie laddove si faceva riferimento ai «significativi risparmi di spese» che sarebbero dovuti derivare dalle disposizioni in materia di riordino delle funzioni amministrative degli Enti locali regionali (cfr. art. 1, co. 1 e 2); e con uguale evidenza, dai lavori preparatori e dalle relazioni di accompagnamento della successiva l. r. Sicilia 7/2013, sebbene poi non espressi nel testo della medesima.

⁹ Cfr. rispettivamente le disposizioni relative alle «modalità attraverso le quali i Comuni, le Province, le Città metropolitane, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano concorrono alla sostenibilità

Prima di verificare se ed in che modo la l. r. Sicilia 8/2014 abbia effettivamente colmato l'illustrato vuoto normativo, pare utile interpolare delle sintetiche considerazioni a margine di alcune pronunce in materia di riforma degli Enti locali – intervenute *medio tempore* – in sede amministrativa e costituzionale.

2.2. *Le concorrenti considerazioni, in materia, della giurisprudenza amministrativa e di quella costituzionale.*

Tra la approvazione delle l. r. Sicilia 14/2012 e 7/2013, da un lato, e la successiva entrata in vigore della l. r. Sicilia 8/2014, d'altro lato, sono state pronunciate alcune sentenze aventi ad oggetto – *lato sensu* – il profilo procedimentale nonché quello contenutistico della riforma dell'ordinamento degli Enti locali, altresì parzialmente afferenti ai profili critici evidenziati *supra*, §2.1, in relazione alle previsioni di cui alle summenzionate leggi regionali; ragioni di congruità materiale – e soprattutto, di sintesi – suggeriscono invero di limitare la trattazione analitica, in questa sede, soltanto a due delle su richiamate sentenze: quella della Corte costituzionale del 24 luglio 2013, n. 220, e quella del TAR Palermo del 9 gennaio 2014, n. 17.

Con la sentenza 220/2013 la Corte costituzionale accoglieva, parzialmente, alcune impugnative regionali proposte nei confronti di diverse disposizioni di cui ai d. l. 201/2011 e 95/2012: in ordine al tema in esame, di speciale interesse appaiono le argomentazioni svolte in merito a quelle aventi ad oggetto il c.d. “riordino” delle Province nonché, vieppiù, di particolare pregio la premessa logico-giuridica alle medesime, in ragione della quale la Corte avrebbe appunto dichiarato l'illegittimità costituzionale del complesso di norme attinenti alla revisione strutturale dell'Ente territoriale “intermedio”¹⁰.

del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni» nonché quelle dedicate all'equilibrio dei bilanci ed alla sostenibilità del debito delle amministrazioni pubbliche, ai correlativi meccanismi di correzione nonché, specificamente, all'equilibrio dei bilanci degli enti territoriali ed al loro concorso nel conseguimento di un debito pubblico sostenibile. In relazione a tale punto, si sarebbe potuto inferire un successivo intervento “attuativo” del Legislatore regionale, basato sul criterio di c.d. “dimensionamento” delle funzioni: il conferimento all'Ente intermedio – Provincia o Consorzio comunale – della gestione politico-amministrativa di quelle c.d. “di area vasta” in ragione della maggiore efficienza con cui tale livello di governo del territorio è in grado di esercitarle; ed anzi – come giustamente rilevato in dottrina – in concomitanza con la definizione di tale dimensione funzionale “ottima”, un effettivo risparmio di spesa potrebbe semmai discendere dall'omogeneo conferimento, al medesimo livello di governo, delle competenze attualmente frammentate invece fra Ato, consorzi di bonifica, società ed agenzie – variamente partecipate dalla Regione – la cui eliminazione garantirebbe, indi, una concreta riduzione degli sprechi e renderebbe, peraltro, molto più snello ed efficace l'assetto degli enti locali. In argomento si veda S. MANGIAMELI, *Introduzione. Sistemi decentrati e assetto delle competenze: profili istituzionali e funzionali*, in *Province e funzioni di area vasta. Dal processo storico di formazione alla ristrutturazione istituzionale*, a cura di ID., Roma, 2012.

¹⁰ In specie – considerato che le regioni Piemonte, Lombardia, Veneto, Molise, Lazio e Campania

La Consulta osservava, infatti, come l'art. 117, co. 2, lett. p), Cost. attribuisca alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la disciplina di «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane»; e come la normativa oggetto della premessa competenza materiale abbia indi natura “ordinamentale”, non potendo pertanto «essere interamente condizionate dalla contingenza, sino al punto da costringere il dibattito parlamentare sulle stesse nei ristretti limiti tracciati dal secondo e terzo comma dell'art. 77 Cost., concepiti dal legislatore costituente per interventi specifici e puntuali (cfr. “casi straordinari di necessità e d'urgenza”)¹¹. E sebbene la Consulta avesse avuto cura di affermare che le superiori «considerazioni non incidono nel merito delle scelte compiute dal legislatore, né portano alla conclusione che sull'ordinamento degli enti locali si possa intervenire solo con legge costituzionale» tuttavia non essa non avrebbe mancato di precisare, altresì, come quest'ultima fonte fosse comunque «indispensabile [...] *se si intenda sopprimere uno degli enti previsti dall'art. 114 Cost.*, o comunque si voglia togliere allo stesso la garanzia costituzionale [corsivo aggiunto, ndr.]¹².

e le Regioni autonome Valle d'Aosta, Sardegna e Friuli-Venezia Giulia avevano promosso questioni di legittimità costituzionale di numerose disposizioni contenute nei summenzionati decreti – il Giudice delle leggi forniva preliminarmente un'ampia ricostruzione “in fatto” del quadro normativo di riferimento e delle dettagliate censure regionali, analizzate partitamente, confinando le questioni che investivano la normativa inerente il c.d. “riordino” delle Province soltanto alle censure sollevate contro i co. 4, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 20 *bis*, 21 e 22, dell'art. 23, d.l. 201/2011, e contro gli artt. 17 e 18, d.l. 95/2012, per l'asserita violazione degli artt. 1, 2, 3, 5, 72, 77, 97, 114, 117, 118, 119, 120 e 138 Cost., nonché di diverse disposizioni dei relativi Statuti di autonomia speciale, e del principio di leale collaborazione. Per un commento più analitico della pronuncia in oggetto, sia consentito rinviare a R. DI MARIA, *La Corte costituzionale “suggerisce” (sommessamente) il percorso formale da seguire per procedere alle riforme istituzionali in materia di ordinamento degli Enti territoriali [nota a Corte cost., sent. 220/2013]*, in dirittiregionali.org.

¹¹ Era peraltro la stessa Corte a notare, ivi, come anche il Legislatore avesse implicitamente confermato la suddetta contraddizione allorquando – con l'art. 1, co. 115, l. 228/2012 – aveva sospeso per un anno (i.e. fino al 31 dicembre 2013) l'efficacia delle norme del d.l. 201/2011: «tale ambiguità conferma la palese inadeguatezza dello strumento del decreto-legge a realizzare una riforma organica e di sistema, che non solo trova le sue motivazioni in esigenze manifestatesi da non breve periodo, ma richiede processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, rinvii e sistematizzazioni progressive, che mal si conciliano con l'immediatezza di effetti connaturata al decreto-legge, secondo il disegno costituzionale»; se è vero che la decretazione d'urgenza potrebbe essere comunque adottata per incidere «su singole funzioni degli enti locali, su singoli aspetti della legislazione elettorale o su specifici profili della struttura e composizione degli organi di governo, secondo valutazioni di opportunità politica del Governo sottoposte al vaglio successivo del Parlamento» *a contrario* la trasformazione per decreto legge dell'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale, previsto e garantito dalla Costituzione, è logicamente e giuridicamente incompatibile con il dettato costituzionale «trattandosi di una trasformazione radicale dell'intero sistema» (cfr. CORTE COST., SENT. 220/2013).

¹² E, vicepiù, «non è utilizzabile il decreto-legge per introdurre nuovi assetti ordinamentali che superino i limiti di misure meramente organizzative»; cfr. *ibidem*.

In tal senso appare evidente, indi, il nesso fra l'aspetto formale – o procedimentale – della iniziativa di riforma, e quello sostanziale: in specie, nell'ambito della procedura costituzionale per la modificazione delle singole circoscrizioni provinciali (cfr. art. 133, co. 1, Cost.) sia l'iniziativa dei Comuni interessati – che deve necessariamente precedere l'iniziativa legislativa in senso stretto – sia il parere (non vincolante) della Regione erano invero ritenute il «frutto di iniziative nascenti dalle popolazioni interessate, tramite i loro più immediati enti esponenziali» e non, invece, il «portato di decisioni politiche imposte dall'alto»; dal che, l'ulteriore incompatibilità logico-giuridica tra il decreto legge «che presuppone che si verifichino casi straordinari di necessità e urgenza» e la necessaria iniziativa dei Comuni «che certamente non può identificarsi con le suddette situazioni di fatto, se non altro perché l'iniziativa non può che essere frutto di una maturazione e di una concertazione tra enti non suscettibile di assumere la veste della straordinarietà, ma piuttosto quella dell'*esercizio ordinario di una facoltà prevista dalla Costituzione*, in relazione a bisogni e interessi già manifestatisi nelle popolazioni locali [corsivo aggiunto, ndr.]»¹³.

È per effetto della superiore pronuncia, insieme alla 219, che la sovrastruttura normativa elaborata dal Governo-Legislatore nell'ultima fase della XVI Legislatura è infatti venuta meno; e che è stato resettato, vieppiù, il corso delle riforme istituzionali per l'attuazione del piano di razionalizzazione del sistema economico-finanziario – centrale e periferico – elevate infine al rango di interventi di revisione costituzionale¹⁴.

Ed è in conseguenza delle argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale – si ritiene – che pare assumere altresì particolare rilievo, appunto nella prospettiva di intervento del Legislatore regionale siciliano, il rapporto fra l'art. 114 Cost. e gli artt. 14 e 15 St.; ovvero sia il bilanciamento fra prerogative asseritamente derivanti dalla autonomia speciale siciliana, rispetto alla esigenza di una omogenea organizzazione dell'ordinamento territoriale repubblicano.

Proprio tale ultimo profilo problematico è stato affrontato, *ex professo*, dal Giudice amministrativo siciliano di primo grado nella richiamata sentenza 17/2014, conseguente ad un ricorso presentato dall'Unione delle Province d'Italia (UPI) e dall'Unione delle Province Regionali Siciliane (URPS) avverso il decreto del Presidente della Regione siciliana con cui si disponeva il commissariamento della Provincia regionale di Caltanissetta in applicazione, appunto, dell'articolo unico della l. r. Sicilia 7/2013¹⁵.

¹³ Sempre *ibidem*.

¹⁴ È infatti nel C.d.M. del 5 luglio, che è stato presentato il d.d.l. cost. per l'abolizione delle Province, stavolta mediante la modifica dell'art. 114 Cost., asseverando dunque il «valore costituzionale» della relativa riforma. A questo sarebbe seguito, poi, quello presentato il 12 marzo 2014, per una analisi sui contenuti del quale si rinvia a R. BIN, *Il problema non sono le regioni (e il Titolo V), ma il governo (e la sua burocrazia). Note alla riforma costituzionale del 12 marzo 2014*, in www.forumcostituzionale.it ed a I. NICOTRA, *Note a margine del ddl costituzionale deliberato dal CdM in data 31 marzo 2014*, in www.federalismi.it.

¹⁵ Le ricorrenti assumevano, incidentalmente, l'illegittimità costituzionale della relativa norma di

Attraverso la diretta censura della disposizione che stabiliva, tra l'altro, la sospensione del rinnovo degli organi provinciali nonché la proroga, sino al 31 dicembre 2013, dei poteri e delle funzioni dei commissari straordinari già in carica alla data di entrata in vigore della medesima legge regionale – ciò al fine di consentire, *medio tempore*, l'istituzione dei liberi Consorzi comunali – i summenzionati ricorrenti opinavano, in effetti, circa la legittimità costituzionale non soltanto del provvedimento legislativo in sé ma, in un'ottica sistematica, finanche del modello ordinamentale delineato dall'art. 15 St.

Nel dichiarare tuttavia manifestamente infondata la proposta questione di legittimità costituzionale, il TAR Palermo si pronunciava – pur indirettamente – anche sul richiamato raccordo fra Costituzione e Statuto regionale¹⁶: ed invero

legge regionale e – per essa – dell'art. 15 St., di cui la stessa avrebbe costituito dichiarata attuazione; il testo è riportato integralmente *supra*, nota 4.

¹⁶ In relazione alla censura inerente al rapporto fra la disciplina statutaria e quella costituzionale in materia di Enti locali – ed in specie, di Province regionali – alquanto singolare appare la contumelia rivolta dal Giudice amministrativo al ricorrente: il primo non condivideva, infatti, la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di «province siciliane» – operata, nel ricorso, dal secondo – contestando che da essa potesse ricavarsi la natura, o la definizione, di “Ente territoriale” delle medesime nel contesto ordinamentale siciliano; in specie il Collegio riteneva che l'enunciato dedotto dalla sentenza 96/1968 – e riportato, in atti, nei seguenti termini: «la provincia è, per sua natura ente territoriale e tale è anche la provincia siciliana» – fosse incompleto e, pertanto, distorsivo del reale significato inteso dalla Consulta, se non integrato dal suo seguito: «la quale [provincia siciliana, ndr.] sia pure con l'attuale regime di “amministrazione straordinaria”, sopravvive fino a quando verranno creati i liberi consorzi tra comuni». Premesso che il superiore enunciato – pur ove letto nella sua formulazione integrale – non pare escludere affatto la natura di Ente territoriale della “Provincia regionale siciliana” – peraltro *illo tempore* ancora non regolamentata legislativamente (cfr. l'inciso «amministrazione straordinaria») – e che i richiamati “liberi consorzi di Comuni” sono proprio gli Enti territoriali cui la (successiva) l. r. 9/1986 avrebbe appunto conferito la denominazione di “Province regionali”, deve altresì notarsi che il richiamato enunciato ulteriormente prosegue: «il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo degli enti territoriali è strumento essenziale dell'autonomia, cui hanno riguardo gli artt. 5 e 128 della Costituzione. Inoltre, *la elettività di tali organi è principio generale dell'ordinamento*, al quale, per l'art. 128 della Costituzione e per gli artt. 14 e 15 dello Statuto siciliano, la Regione deve uniformarsi [corsivi aggiunti, ndr.]». Appare quantomeno curioso, allora, che il Giudice amministrativo abbia – invero opportunamente – richiamato il ricorrente ad una più corretta «metodica di citazione» e poi, però, Egli stesso abbia ommesso di completare – nella propria citazione – il ragionamento articolato dalla Consulta in materia; vieppiù se da tale integrazione si ricavano argomenti che – proseguendo nella lettura della sentenza – sembrano ostare alle motivazioni licenziate dal medesimo in materia di autonomia degli Enti locali ed elettività dei loro organi. Ci si riferisce, in particolare, alla affermazione del TAR per cui «non si può [...] sostenere l'esistenza di una equazione elettività-democraticità ed elettività-autonomia, in quanto l'elettività costituisce solo un modo per conferire la titolarità di un ufficio, e non coincide con l'autonomia, la quale si atteggia, nel quadro costituzionale, come complesso di istituti atti a garantire la libertà di scelta ordinamentale nel quadro delle attribuzioni conferite *ex lege*, ma non già a presidiare le stesse fin dal momento della formazione dell'ente o dell'organo che della stessa autonomia usa», la quale pare in aperta contraddizione con quanto asserato dalla Corte costituzionale circa il «carattere rappresentativo ed elettivo degli organi

– come si è già sostenuto *aliunde* – la protestata incompatibilità “strutturale” fra l’art. 15 St. e l’art. 114 Cost. non potrebbe che essere risolta stabilendo, in concreto, quale delle due norme debba prevalere sull’altra «non potendo semplicemente invocarsi la “specialità siciliana” in materia, a meno di non considerare la norma regionale “speciale” (appunto) rispetto a quella statale [...] e dunque derogatoria alla medesima» così come sostenuto ed argomentato, invece, dal TAR «implicitamente ammettendo però [e paradossalmente] che la Regione siciliana non [sia] un “ente costitutivo della Repubblica” alla stregua di tutti gli altri, essendo possibile – sul territorio della medesima – una diversa ed alternativa configurazione del [...] “sistema di governo multilivello”» delineato in Costituzione¹⁷.

Rispetto al superiore orientamento ermeneutico, pare più coerente con l’attuale modello costituzionale la risoluzione della evocata “incompatibilità strutturale” in chiave piuttosto gerarchica, ovvero sia considerando l’art. 114 Cost. come «espressivo di un principio generale, inerente appunto all’assetto dell’ordinamento territoriale della Repubblica, a cui dunque anche una norma statutaria speciale deve essere conforme»¹⁸.

In tal senso sembra deporre, peraltro, quanto affermato dalla Corte costituzionale proprio nella già richiamata sentenza 220/2013: in materia di ordinamento degli Enti locali, infatti, un intervento con legge costituzionale è ritenuto «indispensabile solo se si intenda sopprimere uno degli enti previsti dall’art. 114 Cost., o comunque si voglia togliere allo stesso la garanzia costituzionale»¹⁹; il che – per un verso – conferma il carattere indefettibile della relativa elencazione e – per altro verso – consente altresì di confutare e superare la tesi del TAR sulla presunta ed eventuale utilizzabilità del c.d. “criterio cronologico”, atteso che la formulazione dell’art. 114 Cost. è successiva non soltanto – ed ovviamente – a quella dell’art. 15 St., bensì anche alle disposizioni di cui alla legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2.

di governo degli enti territoriali» inteso, invero, quale «strumento essenziale dell’autonomia»; sul punto, peraltro, il Collegio osservava come non sia «dato rinvenire nella Carta fondamentale un principio cogente sulla indefettibilità del metodo diretto di elezione; consentendosi, in linea di principio, al Legislatore – nel caso, regionale – di scegliere tra il metodo diretto e quello indiretto, ovviamente fuori dai casi in cui, espressamente, la Costituzione prevede l’elezione diretta da parte del popolo (artt. 56 e 58 Cost.)»; e tuttavia – poche righe innanzi – lo stesso Collegio aveva definito i Comuni «enti sicuramente e imprescindibilmente a elezione diretta» laddove, invece, la Costituzione prevede espressamente l’elezione diretta a suffragio universale – oltretutto per il Parlamento nazionale – soltanto per il «Presidente della Giunta regionale» e comunque «salvo che lo statuto regionale disponga diversamente» (cfr. art. 123 Cost.). Se dunque – come afferma il TAR – «la diretta elettività degli organi della provincia non è [...] munita di copertura costituzionale» lo stesso dovrebbe valere anche per i Comuni. Sul punto si tornerà, criticamente, *funditus infra*, §4.

¹⁷ Virgolettati tratti da R. DI MARIA, *La Sicilia è o non è un “Ente costitutivo della Repubblica”?* Prime osservazioni su TAR Palermo, sent. 17/2014, in dirittiregionali.org.

¹⁸ Cfr. sempre *ibidem*.

¹⁹ Letteralmente CORTE COST., SENT. 220/2013.

A corollario delle premesse considerazioni, peraltro, può aggiungersi quanto già univocamente asserito dalla Consulta nelle sentenze 286/1997, 288/2007 e 143/2010, ossia che l'esercizio – da parte della Regione siciliana – della «potestà legislativa di tipo primario [deve] svolgersi in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica» e che la concreta enucleazione dei premessi limiti è disposta anche a tutela «della esigenza di uniformità in tutto il territorio nazionale discendente dall'identità di interessi che Comuni e Province rappresentano riguardo alle rispettive comunità locali, *quale che sia la Regione di appartenenza*»²⁰.

Pare dunque di doversi ribadire, sul punto, quanto già affermato: «o l'art. 114 Cost. è un “principio generale” dell'ordinamento repubblicano – ed allora la sua modifica è possibile soltanto con legge costituzionale ma, fino ad allora, la sua coerenza vincola uniformemente Regioni ordinarie e speciali – oppure non lo è; in tale ultimo caso dovrebbe indi valutarsi se la sua modifica nel 2001 abbia implicitamente abrogato l'art. 15 St. – secondo il criterio cronologico – o se tale norma regionale debba considerarsi “speciale” rispetto a quella “generale” statale (appunto, il 114 Cost.) nel qual caso, però, ad essere incostituzionale sarebbe la l. r. 9/1986»²¹; ed ulteriormente, che la formale abolizione dell'ente “Provincia” – ovvero la sua sostituzione, *ex lege*, con i “consorzi di Comuni” – non pare comunque rientrare nella speciale competenza riservata alla Regione *ex art. 15 St.*, né essere coerente con la piattaforma costituzionale che disciplina – fin dalla entrata in vigore della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 – l'ordinamento territoriale della Repubblica²².

²⁰ Cfr. Corte cost., sentt. 288/2007, 143/2010 e 286/1997 (corsivo aggiunto).

²¹ Sempre R. DI MARIA, *La Sicilia è o non è un “Ente costitutivo della Repubblica”?*, cit. Ivi si concludeva, osservando come «il Giudice amministrativo avrebbe dovuto perseguire fino in fondo il proprio mandato ermeneutico, investendo la Corte costituzionale della questione di legittimità della l. r. 9/1986 per violazione dell'art. 15 St.; così eventualmente consentendo al Giudice delle leggi di chiarire anche il permanente equivoco sulla asserita competenza “speciale” del Legislatore siciliano in materia di ordinamento degli Enti locali definendone – una volta per tutte – i confini, altresì rispetto alla previsione di cui all'art. 114 Cost.» e rilevando, altresì, come l'interpretazione della specialità statutaria asseverata dal TAR Palermo, sembrasse collocare la Regione siciliana «al di fuori del contesto ordinamentale (costituzionale) nazionale».

²² Sul punto sia consentito richiamare, ancora una volta, R. DI MARIA, *La legge regionali siciliana sui “consorzi di Comuni”*, cit., p. 432-436. In tal senso si giustificano i richiami al combinato disposto dagli artt. 5 e 114 Cost., quali principi non derogabili dal Legislatore regionale siciliano in relazione, quantomeno, alla necessaria “esistenza” (i.e. ontologia) del corrispondente “livello di governo del territorio” ed alla connessa attribuzione, al medesimo, di una “quota” di funzioni amministrative locali coerente con le sue dimensioni; non a caso il Legislatore statale aveva definito le disposizioni, in materia, contenute nel d.l. 95/2012 come «principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica nonché principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica» cui anche le Regioni a statuto speciale avrebbero dovuto adeguarsi (cfr. art. 17, co. 5); ed identica clausola di adeguamento era stata prevista, poi, nel co. 20 *bis* – aggiunto in sede di conversione – dell'art. 23, d.l. 201/2012).

È nell'apparente distonia fra i suddetti orientamenti ermeneutici – ed in mancanza di un sicuro indirizzo dottrinale e giurisprudenziale – che si innesta la approvazione, infine, della l. r. Sicilia 8/2014.

3. *La legge regionale istitutiva dei “liberi consorzi di Comuni”: sintesi dei contenuti e (potenziali) criticità.*

La *ratio* sottesa alla “sostituzione” delle Province regionali con i liberi Consorzi comunali è chiarita, *expressis verbis*, nell'*incipit* dell'art. 1, l. r. 8/2014 (i.e. «al fine di razionalizzare l'erogazione dei servizi al cittadino e di conseguire riduzioni dei costi della pubblica amministrazione») così come ivi è analiticamente richiamato, altresì, il fondamento normativo – statutario-costituzionale – del medesimo provvedimento legislativo (i.e. «in ossequio ai principi sanciti dall'articolo 15 dello Statuto della Regione siciliana ed in attuazione della legge regionale 27 marzo 2013, n. 7») finalizzato ad assicurare, per il tramite dei nuovi Enti, «l'esercizio delle funzioni di governo di area vasta»²³.

Pare indi utile rassegnare i contenuti della relativa disciplina normativa distinguendo, da un lato, quella relativa al profilo ordinamentale e, d'altro lato, quella relativa invece al profilo funzionale.

Quanto al primo dei suddetti profili, la legge dispone che «entro sei mesi dalla data di entrata in vigore [...] i Comuni, con deliberazione del Consiglio comunale adottata a maggioranza di due terzi dei componenti, possono esprimere la volontà di costituire [...] ulteriori liberi Consorzi che abbiano i seguenti requisiti: a) continuità territoriale tra i comuni aderenti; b) popolazione non inferiore a 180.000 abitanti» e che entro il medesimo termine «ciascun Comune appartenente ad un libero Consorzio [...] con deliberazione del Consiglio comunale adottata a maggioranza di due terzi dei componenti [e subordinata all'esito favorevole di un referendum confermativo, ndr.] può aderire ad altro libero Consorzio [...] che abbia continuità territoriale con il Comune interessato»; tale fase transitoria – di natura, indi, meramente costitutiva – si chiuderà definitivamente decorso il predetto termine semestrale, allorquando «il Governo della Regione presenta all'Assemblea regionale siciliana il disegno di legge che individua i territori dei liberi Consorzi»²⁴.

²³ Sotto il profilo strutturale, poi, si prevede che i liberi Consorzi «in sede di prima applicazione e fino all'approvazione della legge di cui all'articolo 2 coincid[a]no con le Province regionali di Agrigento, Caltanissetta, Catania, Enna, Messina, Palermo, Ragusa, Siracusa e Trapani, costituite ai sensi della legge regionale 6 marzo 1986, n. 9 e della legge regionale 12 agosto 1989, n. 17, le quali assumono la denominazione di “liberi Consorzi comunali”» e che «ciascuno dei nove liberi Consorzi di cui al comma 1 è composto dai Comuni appartenenti alla corrispondente provincia regionale» (art. 1, co. 1 e 2, l. r. 8/2014).

²⁴ Cfr. art. 2, co. 1-7. L'accertamento sulla sussistenza dei suddetti requisiti spetta all'Assessorato regionale delle autonomie locali e della funzione pubblica; nel caso di costituzione di ulteriori liberi

L'assetto di governo del nuovo Ente locale è poi delineato negli articoli 3, 4, 5 e 6, laddove sono elencati gli organi di cui si compone l'ordinamento del medesimo, nonché indicato il ruolo istituzionale di ciascuno: in specie «sono organi dei liberi Consorzi: a) l'Assemblea del libero Consorzio; b) il Presidente del libero Consorzio; c) la Giunta del libero Consorzio»; la prima – composta dai «sindaci dei Comuni del libero Consorzio» – è riconosciuta quale «organo di indirizzo politico-amministrativo»; il secondo – che è «eletto dai consiglieri comunali e dai sindaci dei Comuni aderenti allo stesso, a maggioranza assoluta dei voti, fra i sindaci dei Comuni appartenenti al libero Consorzio» – è invece organo di rappresentanza dell'Ente nonché, verosimilmente, di indirizzo e coordinamento politico; la terza infine – costituita «dal Presidente e da un numero massimo di otto assessori, nominati dal Presidente fra i componenti dell'Assemblea del libero Consorzio» – è definita espressamente «organo esecutivo».

In termini strutturali si ripropone, indi, lo stesso schema “piramidale” già previsto per il governo dell'Ente territoriale intermedio; le maggiori – e più rilevanti – differenze ineriscono, semmai, alle modalità di composizione degli organi collegiali (i.e. Assemblea e Giunta) nonché a quelle di nomina – *recte*, di elezione – ed eventuale revoca del Presidente.

La prima e macroscopica novità, infatti, è che quelli del libero Consorzio sono tutti organi «di secondo livello» – ovverosia composti dai sindaci già eletti nei Comuni appartenenti al Consorzio – e che, dunque, «la cessazione dalla carica ricoperta nel Comune di appartenenza comporta la cessazione dalla carica ricoperta nel libero Consorzio»²⁵; ciò con l'ovvia eccezione del ruolo di Presidente per il quale – in caso di decorrenza della carica di sindaco, ancora pendente il mandato presidenziale – deve invece essere indetta la nuova elezione «entro sessanta giorni dalla data di cessazione»²⁶.

Proprio in merito alla relativa disciplina elettorale c.d. “di secondo grado” – ed in specie, alla determinazione dell'elettorato attivo e passivo – la legge stabilisce, poi, che «il Presidente del libero Consorzio è eletto dai consiglieri comunali

Consorzi, il Comune con il maggior numero di abitanti assume il ruolo di “capofila” del libero Consorzio. A queste disposizioni devono aggiungersi, poi, quelle «transitorie e finali» relative alle «condizioni per il distacco dal libero Consorzio» (i.e. art. 12) ai sensi delle quali «non è ammessa la costituzione di un libero Consorzio [o] l'adesione di un Comune ad altro libero Consorzio [...] qualora, per effetto del distacco, nel libero Consorzio di provenienza la popolazione risulti inferiore a 150.000 abitanti ovvero si interrompa la continuità territoriale tra i Comuni che ne fanno parte».

²⁵ Cfr. art. 3, co. 2. In particolare l'art. 6, co. 1, prevede poi che la Giunta del libero Consorzio sia composta – oltretutto dal Presidente – «da un numero massimo di otto assessori, nominati dal Presidente [appunto] fra i componenti dell'Assemblea».

²⁶ Nel caso di cessazione anticipata dalla carica comunale, per l'Assemblea è previsto un *interim* commissariale (straordinario) fino al rinnovo della carica stessa; per la Giunta, invece, è previsto che il Presidente provveda alla sostituzione del cessato, entro trenta giorni dalla data di cessazione, subentrando *medio tempore* nel ruolo (cfr. art. 4, co. 3, e 6, co. 2).

e dai sindaci dei Comuni aderenti allo stesso, a maggioranza assoluta dei voti, fra i sindaci dei Comuni appartenenti al libero Consorzio»; ove non si raggiungesse la premessa soglia, è previsto il ballottaggio tra i due sindaci più votati e – quindi – l’elezione del candidato che abbia ottenuto il maggior numero di voti oppure, in caso di parità, la proclamazione di quello «più anziano per età»²⁷; simmetricamente è prevista, altresì, la possibilità di rimuovere il Presidente mediante la approvazione – a maggioranza assoluta dei consiglieri comunali e dei sindaci dei Comuni consorziati – di una mozione di sfiducia motivata e presentata da almeno un quinto dei componenti dell’Assemblea. Anche in questo caso deve procedersi all’elezione del nuovo Presidente, entro sessanta giorni²⁸.

Quanto al profilo funzionale, deve innanzitutto menzionarsi quanto specificato dal Legislatore regionale – anche in correlazione al su richiamato *incipit* “teleologico” – ovverosia che «al fine di determinare l’incremento dei livelli di efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa, i liberi Consorzi possono esercitare in forma unitaria funzioni e servizi dei Comuni che vi appartengono» e che «al fine dell’ottimale allocazione delle risorse, è prevista la interazione funzionale fra le piante organiche dei Comuni appartenenti al libero Consorzio»; un combinato disposto dal quale pare potersi ricavare, intanto, la sostanziale continuità (funzionale) fra i Comuni ed il Consorzio che indi appare – *prima facie* – mero “contenitore” organico dei medesimi²⁹.

Tanto premesso – in aperta, ma auspicabilmente soltanto temporanea, contraddizione con la superiore specificazione – si prevede, poi, che «nelle more dell’approvazione della legge di cui all’articolo 2 [i.e. la legge «che individua i territori dei liberi Consorzi», ndr.] i liberi Consorzi continuano ad esercitare le funzioni già attribuite alle Province regionali mantenendo la titolarità dei relativi rapporti giuridici», che «i liberi Consorzi di Palermo, Catania e Messina continuano ad esercitare le funzioni già attribuite alle Province regionali» nonché, infine, che i «liberi Consorzi continuano ad utilizzare le risorse finanziarie, materiali e umane già di spettanza delle corrispondenti Province regionali [e] si avvalgono delle sedi già in uso»; a fronte della espressa e diretta “derivazione” comunale dei Consorzi, in tali disposizioni – pur transitorie – sembra invero ridondare la formula originariamente utilizzata nella legge regionale 6 marzo 1986, n. 9 – in

²⁷ Cfr. art. 5, co. 2.

²⁸ La superiore mozione non può essere presentata prima di due anni dall’elezione del Presidente, e comunque per non più di due volte – a distanza di un anno – durante il medesimo mandato. La mozione è messa in discussione dopo almeno tre giorni dalla sua presentazione. In caso di rimozione, fino alla nuova elezione, le funzioni presidenziali sono esercitate da un commissario nominato dall’Assessore regionale per le autonomie locali e per la funzione pubblica (cfr. art. 5, co. 7-9).

²⁹ Cfr. art. 5, co. 5-8. È ivi espressamente stabilito, peraltro, che il suddetto «esercizio associato di funzioni e servizi comunali [...] deve risultare da apposito piano da approvare con deliberazione dei Consigli comunali [ed] è svolto utilizzando le risorse finanziarie, materiali e umane già di spettanza dei Comuni»; il che suggerisce, *a fortiori*, la diretta “derivazione” – ovvero “dipendenza” – comunale del Consorzio.

specie, agli artt. 3 e 4 (i.e. rispettivamente «Ordinamento degli Enti locali territoriali» e «Natura e compiti delle Province regionali»)³⁰ – e successivamente abiurata, proprio al fine di superare l'equivoco ermeneutico sorto in relazione alla (corretta) attuazione dell'articolo 15 St., così però ulteriormente procrastinando la (indebita) sovrapposizione funzionale fra Province e Consorzi³¹.

Aldilà di tali enunciazioni – di natura eminentemente metodologica – la legge regionale non prevede poi alcun elenco di funzioni, conferite o da conferire ai liberi Consorzi comunali; piuttosto, il primo comma dell'articolo 10 rinvia alla «legge istitutiva» dei nuovi Enti – già più volte menzionata – per una complessiva ridefinizione delle funzioni di tutti gli Enti territoriali³²; il secondo comma del medesimo articolo, invece, attribuisce univocamente ai liberi Consorzi ed alle Città metropolitane «funzioni di coordinamento, pianificazione, programmazione e controllo in materia territoriale, ambientale, di trasporti e di sviluppo economico» ancora una volta – dunque – parafrasando la rammentata l. r. Sicilia 9/1986, ed in specie gli articoli 9 e 12 in materia, rispettivamente, di «programmazione economico-sociale» e di «pianificazione territoriale» nonché rinviando – implicitamente – alle «funzioni amministrative» provinciali altresì elencate all'articolo 13 della medesima legge³³.

Coagulando le superiori indicazioni ed enunciazioni normative – prima di licenziare alcune, sintetiche, considerazioni conclusive e problematiche – può intanto notarsi come il Legislatore sia stato particolarmente accurato nella determinazione della procedura di istituzione, composizione ed eventuale ricomposizione dei liberi Consorzi comunali, invero utilizzando l'esistente piattaforma territoriale costituita – tanto geograficamente, quanto amministrativamente – dalle esistenti Province regionali; non altrettanto accurata sembra, invece, la predeterminazione della piattaforma funzionale – da definire analiticamente con

³⁰ Ai sensi dell'art. 3, l. 9/1986, «l'amministrazione locale territoriale nella Regione Siciliana è articolata [...] in Comuni ed in liberi consorzi di Comuni denominati "Province regionali"»; ai sensi del successivo art. 4 «le Province regionali, costituite dalla aggregazione dei Comuni siciliani in liberi Consorzi, sono dotate della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria [...] La Provincia regionale, Ente pubblico territoriale, realizza l'autogoverno della comunità consortile e sovrintende, nel quadro della programmazione regionale, all'ordinato sviluppo economico e sociale della comunità medesima. Essa è titolare di funzioni proprie ed esercita le funzioni delegate dallo Stato o dalla Regione. Per le funzioni statali o regionali ad essa non delegate, la Provincia regionale svolge compiti di proposta. Il territorio della Provincia regionale può costituire circoscrizione di decentramento statale».

³¹ Sovrapposizione viepiù alimentata – ovvero necessitata – anche dalla ricollocazione del personale; ed infatti – ai sensi dell'art. 1, co. 8 – «al personale dei liberi Consorzi è confermato lo *status* giuridico-economico già in godimento presso le Province regionali».

³² Letteralmente «con la legge istitutiva di cui al comma 6 dell'articolo sono ridefinite le funzioni da attribuire ai liberi Consorzi, alle Città metropolitane, ai Comuni, alla Regione o agli Enti regionali».

³³ Cfr. «nell'ambito delle funzioni di programmazione, di indirizzo e di coordinamento spettanti alla Regione, la Provincia regionale provvede sulle seguenti materie: 1) servizi sociali e culturali [...] 2) sviluppo economico [...] 3) organizzazione del territorio e tutela dell'ambiente».

una successiva legge regionale *ad hoc* – soprattutto rispetto alla futura allocazione, comunale o regionale, delle competenze amministrative attualmente esercitate (ancora) a livello provinciale, laddove non ulteriormente devolute però – in sede di attuazione – all’Ente territoriale intermedio.

Ed è proprio tale, perdurante, incertezza sul piano delle attribuzioni materiali che alimenta alcune perplessità sulla effettiva coerenza e conducenza dell’elaborato modello istituzionale, rispetto alle espresse finalità perseguite dal Legislatore regionale: la razionalizzazione delle modalità di erogazione dei servizi pubblici locali; il contenimento dei costi della pubblica amministrazione locale; la conseguente – e complessiva – riduzione della spesa pubblica regionale.

Invariabilmente, dunque, è al contenuto della legge regionale – adottando *ex art. 2, co. 6, l. r. Sicilia 8/2014* – che deve rinviarsi, per poter sciogliere i nodi relativi alla concreta funzionalità del modello territoriale, intanto delineato soltanto in astratto dal Legislatore siciliano.

4. *Considerazioni di sintesi.*

Ai sensi dell’articolo 13 della legge regionale in esame «nelle more dell’approvazione della legge istitutiva di cui al comma 6 dell’articolo 2, le funzioni dei liberi Consorzi di cui al comma 6 dell’articolo 1 continuano ad essere esercitate, fino all’insediamento degli organi dei predetti liberi Consorzi e delle Città metropolitane e, comunque, non oltre il 31 ottobre 2014, da commissari straordinari»; al momento, dunque, la fase transitoria di riforma dell’ordinamento territoriale siciliano non si è ancora conclusa, né sul piano strutturale né su quello funzionale.

Vero è che la l. 8/2014 rappresenta – rispetto alle precedenti (ed evanescenti) l. r. 14/2012 e 7/2013 – una ulteriore tappa nel percorso di avvicinamento alla definitiva revisione del sistema di governo (regionale) del territorio; è ugualmente vero, però, che anche tale provvedimento legislativo è connotato da un elevato tasso di alea, in specie per quanto concerne il (delicato) aspetto della riorganizzazione funzionale ed amministrativa, dal quale soprattutto dipende – si ritiene – l’effettivo conseguimento dell’obiettivo politico posto dal Legislatore alla base del suddetto percorso di riforma – e sempre ribadito, in tutti i susseguenti provvedimenti – ovvero sia la razionalizzazione ed il contenimento della spesa pubblica.

In sede di (sintetiche) considerazioni conclusive, dunque, sembra di dover riproporre le stesse notazioni critiche già espresse – in argomento – a commento delle precedenti l. r. 14/2012 e 7/2013; in specie distinguendo, da un lato, quelle inerenti al profilo “competenziale” e, d’altro lato, quelle inerenti piuttosto al profilo “teleologico”³⁴.

³⁴ Il riferimento è agli argomenti utilizzati in Cfr. R. DI MARIA, *La legge regionali siciliana sui “consorzi di Comuni”*, cit., cui sommestamente si rinvia.

Con riferimento al primo ordine di critiche, si richiamano sommariamente i rilievi avanzati – *illo tempore* – nei confronti della iniziativa di riforma autonomamente assunta del Legislatore siciliano, soprattutto rispetto alla competenza “speciale” della Regione in materia di Enti locali sì come – asseritamente – deducibile dal combinato disposto dagli articoli 14 e 15 St., nonché 117 Cost., secondo comma, lettera p): dal raccordo fra tali disposizioni costituzionali e statutarie, infatti, sembra potersi ricavare la competenza (esclusiva) del Legislatore costituzionale a disciplinare il dato c.d. “ontologico”, «ovverosia l’esistenza stessa della Provincia, in quanto ente costitutivo della Repubblica, *ex art. 114 Cost.*» residuando così – in capo al Legislatore regionale siciliano – una competenza piena, esclusiva ed eventualmente derogatoria – rispetto alla corrispondente disciplina stabilita a livello statale *ex art. 117, co. 2, lett. p)*, per le Regioni “ordinarie” – sul dato invece c.d. “organizzativo” (interno) degli Enti territoriali siciliani³⁵.

Le superiori considerazioni parrebbero peraltro confermate – in sede di giurisprudenza costituzionale – sia dall’espreso divieto di istituzione di altri Enti (territoriali) «dotati di organi eletti a suffragio universale diretto» che potessero sovrapporsi a Regioni, Province o Comuni, sia dalla interpretazione in senso “residuale” della «portata normativa» dell’articolo 15 St. rispetto agli articoli 114, 128 e 129 Cost. «i quali sanciscono *l’obbligatorietà della Provincia* sia come ente autonomo che come ripartizione territoriale ed amministrativa dello Stato e della Regione»³⁶; non-

³⁵ Cfr. R. DI MARIA, *La legge regionali siciliana sui “consorzi di Comuni”*, cit., p. 432-433. Con specifico riferimento alla sopravvivenza di una condizione giuridica “differenziata” fra Enti territoriali ed alla sua compatibilità con lo spirito di una riforma volta ad implementare – in modo omogeneo e tendenzialmente paritario – il principio di decentramento territoriale, pare opportuno rammentare quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 2/2004: «gli statuti regionali, anche nelle materie riservate alla potestà normativa esclusiva delle Regioni, non possono mai porsi in contrasto né con le norme della Costituzione, né con i principi da esse ricavabili». Deve però rilevarsi, altresì, come la prospettiva ermeneutica più diffusamente adottata – anche in dottrina – sia stata quella individuata dal principio enunciato nell’art. 10, l. cost. 3/2001, relativo alla attribuzione alle Regioni a statuto speciale comunque delle “forme di autonomia più ampie” rispetto a quelle già attribuite dagli stessi statuti, piuttosto che dal testo costituzionale novellato; per una breve sintesi in materia, si rinvia a G. PITRUZZELLA, *C’è un futuro per la specialità della Regione siciliana?*, in *Le Regioni*, 3/2001, p. 499 e ss.

³⁶ In tal senso Corte cost., sentt. 107/1976, 307/1983 e 876/1988 (corsivo aggiunto). Altresì favore del principio di tassatività, in dottrina, cfr. U. POTOTSCHNIG, *Decentramento e partecipazione nella riforma del comune in Italia*, in *Atti del convegno nazionale sul decentramento amministrativo urbano*, Roma, 15-16 maggio 1971, p. 40-41; L. MANNELLI, *Commento all’art. 13 della legge 142/90*, supplemento al commento dell’art. 128 Cost., in *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1996, p. 194; F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, IV ed., Padova 1993, p. 330-332. Ed invero sempre la Corte costituzionale ha osservato come l’ambito di applicazione dell’art. 114 Cost. sia tassativamente riferito – e limitato – ai soli Enti nel medesimo menzionati con l’esclusione, pertanto, di eventuali altri Enti locali; e che, nel rapporto fra legislazione statale e regionale, può essere riconosciuto a quella regionale soltanto «l’organizzazione e lo svolgimento delle funzioni conferite agli enti locali, purché sussistano *specifiche esigenze unitarie* che possano giustificare tale riserva assoluta di legge regionale»

ché – dopo l’entrata in vigore della l. cost. 3/2001 e l’abrogazione degli artt. 128 e 129 Cost. – dalla permanente inapplicabilità delle norme statutarie contrastanti con le «norme costituzionali inderogabili», ovverosia dal vincolo alla applicazione dello Statuto «con le modifiche di quella parte in cui [esso] contrasta con la sopravvenuta Costituzione», in ragione della sua originaria «costituzionalizzazione [...] ai sensi e per gli effetti dell’art. 116 Cost.» e con l’ulteriore effetto, quindi, di rendere «la presenza delle Province in Sicilia [...] obbligatoria come in tutte le altre regioni d’Italia»³⁷.

Se dunque – in virtù della sostanziale equiparazione fra la previsione di cui agli artt. 14 e 15 St. e quella di cui all’art. 117 Cost., co. 2, lett. p), declinabile *sub* art. 10, l. cost. 3/2001 – può ritenersi pertinente alla competenza (esclusiva) del Legislatore siciliano la disciplina inerente sia all’organizzazione sia alle funzioni delle Province, essendo in tal caso la legge regionale abile a surrogare la summenzionata riserva di legge (statale) e non operando nei confronti della medesima il limite della sua “residualità” rispetto alla legge statale ed alle fonti di autonomia locale – invece imposto al Legislatore regionale “ordinario” – alcuni dubbi permangono in merito alla estensione di tale competenza anche al relativo dato ontologico, ovverosia alla possibile – *rectius* ammissibile – abolizione *de plano* dell’Ente locale “intermedio” o della sua natura rappresentativa, che paiono piuttosto potersi qualificare alla stregua di (insuperabili) «limiti di sistema»³⁸.

Sul punto, soltanto un breve cenno merita la scelta – operata dal Legislatore già nella l. r. Sicilia 7/2013 e poi declinata, tecnicamente, nella l. r. 8/2014 – relativa alla elezione di “secondo grado” degli organi dei liberi Consorzi comunali: anche in argomento devono rinnovarsi, infatti, le perplessità inerenti alla adozione

(CORTE COST., SENTT. 372/2004; 244 e 456/2005). Sul punto cfr. anche C. MAINARDIS, *Art. 114*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE e R. BIN, p. 1038-1039.

³⁷ Virgolettati tratti da C. L. KUSTERMAN, *Autonomia comunale, tassatività degli enti territoriali e istituzione delle aree metropolitane in Sicilia*, in *Giur. cost.*, 4/1997, p. 2610 e ss. (corsivo aggiunto). Nella medesima Rivista, cfr. anche F. DELLO SBARBA, *Organizzazione funzionale o strutturale delle aree metropolitane: modelli a confronto innanzi alla Corte costituzionale*, p. 2603 e ss. Per un’analisi dei rapporti tra Costituzione e statuto siciliano si rinvia ad G. PITRUZZELLA, *Lo Statuto siciliano, lezione per il federalismo*, in *L’alba della Sicilia*, Palermo, 1996; AA.VV., *Lo statuto siciliano dopo 40 anni*, Padova, 1990, ed *ivi*, in particolare A. D’ATENA, *Dalla costituzionalizzazione alla dissoluzione dello statuto siciliano*, p. 23-41.

³⁸ L’espressione è mutuata da A. CARIOLA e F. LEOTTA, *Art. 116*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Milano, 2006, p. 2188. Sul punto è sufficiente rammentare che anche «le norme statutarie speciali trovano [...] una serie di limiti impliciti ricavabili sia dal principio fondamentale dell’unità della Repubblica sia dalle specifiche norme costituzionali che prevedono per le Regioni differenziate forme e condizioni particolari di autonomia» (letteralmente F. Benelli, *Art. 116*, in *Commentario breve*, cit., p. 1042). Sui c.d. “limiti di sistema” si richiamano CORTE COST., SENTT. 288/2007, 143/2010 e 286/1997 mentre, con particolare riferimento alla Regione siciliana ed ai limiti alla applicazione del suo Statuto, si veda anche CORTE COST., SENT. 6/1970. Più analiticamente, sempre in R. DI MARIA, *La legge regionali siciliana sui “consorzi di Comuni”*, cit., p. 435-436.

di un modello di governo territoriale nell'ambito del quale non sia riconosciuta e garantita (direttamente) la rappresentatività democratica del livello intermedio di governo del territorio; più opportuno sarebbe stato, forse, l'adattamento della disciplina di attuazione della l. r. Sicilia 7/2013 alle indicazioni univocamente ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale, nell'attesa di una eventuale ed organica revisione dell'ordinamento territoriale³⁹.

Con riferimento invece al secondo ordine di critiche, basti rievocare quanto già asserito *supra*, §3, ovvero sia che rispetto al previsto avvicendamento fra le Province regionali ed i liberi Consorzi comunali, per l'esercizio delle funzioni di "area vasta", la normativa regionale è attualmente carente di una concreta ed analitica individuazione delle medesime; ed è proprio la mancanza di una classificazione – seppur induttiva – delle competenze riservate al nuovo livello "intermedio" di governo del territorio regionale che rende difficile – se non, allo stato, impossibile – calcolare gli eventuali risparmi di spesa conseguenti alla attuazione della indicata riforma (regionale) dell'ordinamento degli Enti locali.

Come è già stato sostenuto, pare potersi dedurre una intrinseca contraddizione fra il contenuto delle norme finalizzate al riassetto amministrativo e funzionale – inteso quale parte di un più ampio progetto di riforma istituzionale – e gli effetti delle medesime sul processo di complessiva ed organica razionalizzazione del sistema di autonomia finanziaria: «se la revisione del modello (regionale) di governo del territorio è – in effetti – strumentale al contenimento strutturale della spesa pubblica locale, allora la ragionevolezza delle relative previsioni normative dev'essere valutata in relazione alla coerenza del suddetto modello – ed in specie, dei meccanismi di funzionamento del medesimo – con una reale ottimizzazione delle risorse disponibili per l'erogazione dei servizi di pubblico interesse»; in tal senso, dunque, l'intervento del Legislatore regionale – perlomeno in sede di attuazione – «dovrebbe basarsi sul menzionato criterio di "dimensionamento" delle funzioni» conferendo al Consorzio comunale, indi, la «gestione politico-amministrativa di quelle c.d. "di area vasta", proprio in ragione della maggiore efficienza con cui tale livello di governo del territorio è in grado di esercitarle»⁴⁰.

³⁹ Per tutte, cfr. CORTE COST., SENT. 96/1968. Sul punto – volendo – sempre R. DI MARIA, *La legge regionali siciliana sui "consorzi di Comuni"*, cit., ed ID., *La Sicilia è o non è un "Ente costitutivo della Repubblica"*, cit. È appena il caso di notare come, a livello sia statale sia regionale, l'approvazione della disciplina di generale riordino delle Province si sia accompagnata a specifiche disposizioni funzionali a sospendere l'ordinario processo elettorale per il rinnovo dei relativi organi rappresentativi (cfr. art. 2, l. r. Sicilia 7/2013; art. 1, co. 115, l. 228/2012; ed ora, art. 13, l. r. Sicilia 8/2014). Queste ultime non possono che essere considerate, però, come norme aventi natura straordinaria; né possono ritenersi certamente prorogabili senza il rischio di incorrere, ragionevolmente, in una censura di incostituzionalità. Sul punto si rinvia alla nota di D. TRABUCCO, *I tentennamenti della Corte costituzionale sulle Province*, in *dirittiregionali.org*.

⁴⁰ Cfr. R. DI MARIA, *La legge regionali siciliana sui "consorzi di Comuni"*, cit., p. 451-452. Come giustamente rilevato in dottrina, in concomitanza con la definizione di tale dimensione funzionale "ottima",

Volendo infine sintetizzare le superiori notazioni critiche in un'unica considerazione conclusiva, pare di potersi convenire – ancora una volta – con chi ha rilevato che «il nodo fondamentale del sistema delle autonomie, quello che impedisce alle nostre istituzioni di funzionare correttamente, non è giuridico, ma politico»; la maggiore o minore difendibilità – in punto di diritto, soprattutto, costituzionale – delle scelte operate dal Legislatore regionale siciliano pare essere, infatti, un elemento finanche recessivo rispetto a quello che si ritiene, invece, primario: «ripensare alle ragioni della specialità regionale, perché la realtà delle Regioni differenziate è profondamente cambiata a causa del miglioramento economico, l'eliminazione dei confini e l'integrazione europea»⁴¹.

Rispetto ad una premessa metodologica che non pare, ormai, più eludibile – i.e. «inutile insistere sulle modifiche dei cataloghi delle competenze, perché non sono poche etichette a governare processi complessi come quelli richiesti oggi da un sistema di governo multilivello» – l'auspicio sarebbe stato, per il passato, che il Legislatore regionale siciliano avesse espresso maggiore capacità di coordinamento con quello statale, privilegiando – rispetto a propagandistiche “fughe in avanti” – una attenta analisi del modello di governo del territorio, tanto conferente con le esigenze locali quanto omogeneo con quello elaborato a livello nazionale; nonché, per il futuro, una definizione e distribuzione delle funzioni amministrative – da innestare sul corrente, ancorché astratto, ordinamento territoriale – davvero coerente con le superiori, e non meramente regionali, esigenze di razionalizzazione dei servizi e della spesa pubblica.

un effettivo risparmio di spesa potrebbe semmai discendere dall'omogeneo conferimento, al medesimo livello di governo, delle competenze attualmente frammentate invece fra «Ato, consorzi di bonifica, società ed agenzie» – variamente partecipate dalla Regione – la cui eliminazione indi «comporterebbe una concreta riduzione degli sprechi [...] e renderebbe molto più snello ed efficace l'assetto degli enti locali» (cfr. T. FORTUNA, *La misura dell'autonomia delle Province dall'Unità d'Italia ad oggi*, in *Province e funzioni di area vasta*, cit., p. 144). Sul punto ancora troppo evanescente appaiono, per esempio, le previsioni di cui alla l. r. Sicilia 8/2014 in materia di «Soppressione di enti», ai sensi della quale la Regione «procede alla razionalizzazione, accorpamento o soppressione degli enti, agenzie od organismi, comunque denominati, che esercitano funzioni in tutto o in parte coincidenti con quelle attribuite ai liberi Consorzi e alle Città metropolitane» e pone, altresì, il divieto di «istituire nuovi enti, agenzie o organismi, comunque denominati, per lo svolgimento di funzioni in tutto o in parte coincidenti con quelle attribuite ai liberi Consorzi e alle Città metropolitane» ma rinvia però, ancora una volta, alla relativa legge istitutiva la individuazione delle «relative risorse finanziarie, materiali e umane da trasferire ai liberi Consorzi e alle Città metropolitane» (cfr. art. 11).

⁴¹ Virgolettati tratti da R. BIN, *Relazione conclusiva al Convegno “In vista della revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione: Quale ruolo per le Autonomie speciali?”*, in www.forumcostituzionale.it.

**THE SICILIAN LAW REGARDING THE CREATION
OF THE “LIBERI CONSORZI COMUNALI”:
A SHORT CRITIC ON THE PROCESS OF REFORM
OF THE SICILIAN LOCAL BODIES OF GOVERNMENT
(AND OF THE LOCAL GOVERNMENT AS WELL)**

by Roberto Di Maria

Abstract

The Sicilian Parliament has recently approved a text named «Istituzione dei liberi Consorzi comunali e delle Città metropolitane.». Coming after other two laws, regarding the same subject matter – that is modifying, or else abolishing the intermediate level of government: the “Province” – such text takes place, on one side, among the legislative measures bound to pursue the rationalization of public expenses and, on the other side, aims to improve the responsibility of the Institutions on guaranteeing both civil rights and public services. This Sicilian legislative initiative – or better, the whole process of institutional reform – is the occasion, then, to analyze both the financial topics connected to the “spending review” and the more general questions, regarding the revision of the Italian multilevel system of government. Finally, it may be assumed a synthesis on role and functions of the “Province”, and on the opportunity of their abolishment as well.



Populismo: un vocabolo ed (almeno) cinque accezioni

di Lucia Corso

SOMMARIO: 1. Populismo fuori e dentro il linguaggio scientifico. – 2. Politica da pub. – 3. Populismo ed antipolitica. – 4. Populismo ed ideologia. – 5. Noi e loro. – 6. Populismo e logica della politica: Ernesto Laclau. – 7. Populismo ed ottimismo anti-elitario: Jeffrey Bell e Richard Parker. – 8. Conclusioni.

1. *Populismo fuori e dentro il linguaggio scientifico*

Populismo evoca l'idea del potere politico affidato direttamente al popolo, idea che stuzzica alcuni (pochissimi), è liquidata come ingenua da altri (pochi), è ritenuta un pericolo da altri ancora (molti), appare incongrua ed incoerente ai più (moltissimi). Cosa significa infatti l'auspicio che il popolo governi senza la mediazione di rappresentanti politici che prima o poi finiscono per costituire una élite chiusa e sorda? A quale parte della popolazione ci si riferisce quando si fa un'invozione simile? E come fa il popolo a dettar legge senza che sia già previsto un reticolo di regole ed istituzioni che consentano che possa anche semplicemente ipotizzarsi un governo? Insomma, se presa alla lettera, l'idea cui il populismo si ispira è al meglio vaga ed incoerente, al peggio incomprensibile: un'idea di cui si dovrebbe fare a meno.

Eppure a dispetto della sua incongruenza quello di populismo è uno dei termini più ricorrenti del lessico politico degli ultimi anni. Uscito dalle frontiere del linguaggio specialistico¹, a partire dagli anni Novanta il termine populismo appartiene piuttosto allo spazio polemico occupato dagli attori politici, dai giornalisti e dagli intellettuali mediatici. Tale spostamento non solo ne ha consentito l'uso puramente peggiorativo², ma ha altresì condizionato la letteratura scientifica sul tema che quasi unanimemente deplora il fenomeno e lo stigmatizza come una minaccia della democrazia. La Francia è in prima linea. Nel 1994, Jacques Julliard

¹ M. TARCHI, *Il Populismo e la Scienza Politica. Come liberarsi dal complesso di Cenerentola*, in *Filosofia Politica*, XVIII, 3, 2004, pp. 411-429.

² P. TAGUIEFF, *L'illusione populista*, Milano, 2003, p. 20.

scrive: “Nel sistema moderno ed imbastardito del termine, il populismo non è nient’altro che la demagogia, l’adulazione sistematica della folla accompagnata all’appello ai suoi istinti più bassi”³. Alain Minc paragona il populismo al fluire delle passioni e delle pulsioni del popolo⁴. Bourdieu, riferendosi al movimento di sinistra di Lutte Ouvrière (Lo) e alla sua leader Arlette Laguiller, parla di settarismo, populismo miserabilista e compassionevole⁵. Bernard Henry Lévy vi associa il nazionalismo, il razzismo, la xenofobia, l’antisemitismo⁶. Alain Touraine ne identifica il carattere essenziale nel rifiuto di qualsiasi istituzione: sicché il terrorismo costituirebbe una forma estrema di populismo⁷.

Le cose non vanno meglio in Italia. Già nel 2003, in un intero numero di *Democrazia e Diritto* dedicato al tema *Democrazia e populismo*, il populismo non viene descritto con toni lusinghieri. Ferrajoli parla di organicismo para-democratico per indicare quel fenomeno storico politico che si fonda su due fallacie: l’idea che la volontà della maggioranza dei rappresentanti corrisponda o rifletta la volontà unitaria – che non esiste – della maggioranza dei rappresentati; e l’idea che la volontà dell’eletto, cioè del singolo rappresentante, s’identifichi, o anche solo rifletta la volontà unitaria – che neppure esiste – dei suoi elettori⁸. Il populismo implica un’autosacralizzazione del ceto politico ed una boria rappresentativa⁹.

Alfonso Di Giovine¹⁰ e Nicolao Merker¹¹ lo accostano al tribalismo¹². Il politologo Mario Caciagli, cui si deve il conio dell’espressione “telepopulismo”, ha scritto qualche anno fa che il cammino dell’Italia è stato lineare: dalla democrazia referendaria a quella plebiscitaria, poi a quella demagogica¹³. In quest’ultimo stadio si collocherebbe il populismo. Alfio Mastropaolo identifica il populismo con le cd. nuove destre nascenti in tutta Europa, che si caratterizzerebbero per il piglio protestatario ed anti istituzionale, per la chiusura nei confronti dello stra-

³ *Ibidem*.

⁴ A. MINC [1994]. *La communauté virtuelle, Emission «Grands débats contemporains» diffusée par France Culture*, conferenza registrata il 9 e il 10 novembre 2004 all’Académie Universelle des Cultures.

⁵ P. BOURDIEU, *La Misère du monde*, Seuil, 2007.

⁶ B. HENRY LEVY, *La Pureté dangereuse*, Paris, 1994; TAGUIEFF, *L’illusionne populista*, cit., p. 21.

⁷ A. TOURAINE, *Can We Live Together?: Equality and Difference*, Stanford, Calif., 2000, p. 53.

⁸ L. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e organicismo para-democratico*, in *Democrazia e diritto*, numero speciale dedicato *Democrazia e populismo*, 2003, 3: 57-62.

⁹ *Ibidem*: 61.

¹⁰ A. DI GIOVINE - A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007.

¹¹ N. MERKER, *Le filosofie del populismo*. Bari-Roma, 2009.

¹² Questa connotazione è piuttosto ricorrente. Fra gli altri M. MAFFESOLI [2002]. *La transfiguration du politique: la tribalisation du monde postmoderne*, Paris; trad. it. *La trasfigurazione del politico. L’effervescenza dell’immaginario postmoderno*, Milano, 2009.

¹³ M. CACIAGLI - P. CORBETTA, *Le ragioni dell’elettore*, Bologna, 2002.

niero e soprattutto per l'antipolitica¹⁴. Nadia Urbinati individua una relazione inversa fra democrazia e populismo e sostiene che a dispetto del nome e delle prese di posizione esplicite il populismo non sia affatto antielitario: al contrario si tratterebbe di una forma di elitismo surrettizia e per questo molto più insidiosa¹⁵. Valentina Pazè esorta a smascherare l'ipocrisia che si nasconde dietro l'idea della democrazia pura, dichiarando candidamente che il popolo, nelle sue varie declinazioni di plebe, demos, o di complesso di individui stupidi e subalterni, non è troppo promettente per il funzionamento delle istituzioni democratiche¹⁶.

La ricusazione del populismo si inserisce nel quadro della concezione evolucionistica del progresso¹⁷, applicata all'ordine politico. Così concepito, il populismo rappresenta una deplorabile interruzione della crescente e globale razionalizzazione che si suppone all'opera della storia. Il populismo è una rivolta contro la modernità. Una patologia della democrazia¹⁸. Un ritorno al passato.

Tuttavia negli Stati Uniti le cose vanno diversamente. Qualche anno fa, in occasione della campagna per il secondo mandato presidenziale, Michael Kazin, direttore della prestigiosa *Dissent Magazine*, ha esortato Obama ad essere più populista, esortazione questa che lascerebbe allibito qualsiasi elettore europeo. La storiografia nordamericana poi abbonda di elogi per il populismo, fenomeno che non viene semplicemente identificato con l'ideologia del Partito del Popolo – che fece la sua comparsa a cavallo fra l'Ottocento e il Novecento in America –, ma che viene descritto come la quintessenza dell'indole belligerante ed antiautoritaria del popolo americano¹⁹, come il linguaggio dei *dispirited*²⁰, e che viene collocato alla radice dello spirito democratico²¹. Sebbene anche negli Stati Uniti non manchino i detrattori del fenomeno, atteggiamenti comunemente associati al populismo, come la diffidenza nei confronti delle élite, ivi incluse quelle intellettuali, la fiducia nell'uomo comune²², *avarage and ordinary*, estraneo ai gangli del potere,

¹⁴ A. MASTROPAOLO, *Antipolitica. All'origine della crisi politica italiana*, Napoli, 2000.

¹⁵ N. URBINATI, *Democracy and Populism*, in *Constellations*, 1998, n. 5, pp. 110-124; per una simile impostazione, A. E. VAN NIEKERK, *Populism and Political Development in Latin America*, Rotterdam, 1974 il quale sostiene che il populismo sia attecchito in America Latina perché l'humus culturale latino americano è profondamente elitista.

¹⁶ V. PAZÈ, *In nome del Popolo. Il problema democratico*, Bari Roma, 2011.

¹⁷ TAGUIEFF, *L'illusione populista*, cit., p. 79

¹⁸ A. MASTROPAOLO, *La mucca pazza della democrazia. Nuove destre, populismo, anti-politica*, Torino, 2005; P. FLORES D'ARCAIS, *Il ventennio populista. Da Craxi a Berlusconi (passando per D'alema?)*, Roma, 2006.

¹⁹ R. HOFSTADTER, *The Age of Reform, From Bryan to F.D.R.*, New York, 1955.

²⁰ M. KAZIN, *The Populist Persuasion: An American History*. New York, 1995.

²¹ L. GOODWYN, *Democratic Promise: The Populist Moment in America*. New York, 1976; Id., *The Populist Moment. A Short History of the Agrarian Revolt*, New York, London, 1978.

²² N. POLLACK, *The Populist Mind*, Indianapolis, 1967.

la difesa della cultura pop anche da parte dei costituzionalisti²³ sono piuttosto diffusi anche fra scienziati politici e giuristi. Mentre in Italia²⁴, ma in genere in Europa²⁵, il populismo è definito in antitesi al costituzionalismo, negli Stati Uniti da più di vent'anni le università di Yale ed Harvard auspicano un diritto costituzionale populista.

Questo saggio non si propone di offrire né una definizione corretta di populismo, né tanto meno una trattazione esauriente del fenomeno. Piuttosto, muovendosi sul solco della contrapposizione fra posizioni nordamericane e quelle tipicamente europee, nelle pagine che seguono si proveranno ad individuare le accezioni del populismo più ricorrenti nel dibattito per comprendere, seppure in parte, come sia possibile che ad uno stesso termine si associno reazioni così differenti.

2. *Politica da pub*

Nel linguaggio corrente il populismo viene associato ad un discorso politico semplicistico, colmo di carica emotiva e diretto ai desideri più profondi della gente (*gut feeling*)²⁶. I populisti, in questa accezione, propongono soluzioni semplici per problemi complessi ed assecondano le richieste dell'elettorato, *acquistando* il voto anziché guadagnarsi la fiducia degli elettori attraverso programmi politici razionali ispirati all'interesse del paese. Esempi sarebbero l'abbassamento delle tasse poco prima delle elezioni, finanziamenti indiscriminati, programmi di estensione della spesa pubblica non accompagnati da costi aggiuntivi per i contribuenti ed in genere promesse che non possono essere mantenute²⁷.

Secondo questa prima versione, il populismo non è un'ideologia. Al contrario, si tratta di un discorso politico che manca di valori centrali, che esprime dilemmi fortemente contraddittori e che in modo camaleontico adotta quello che vuole l'ambiente circostante²⁸.

²³ J. BALKIN, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, in *Yale Law Journal* 1995, pp. 104:1935.

²⁴ C. PINELLI, *La sfida populistica allo stato costituzionale*, in *Parolechiave*, 2010, pp. 43: 154; A. SPADARO, *Costituzionalismo versus Populismo ((Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in P. VERONESI, G. BRUNELLI e A. PUGIOTTO (a cura di), *Scritti in onore di Lorenzo Carlassare. Il diritto costituzionale come regole e come limite al potere*, Napoli, 2009, vol. V: 2007-2042.

²⁵ Y. PAPADOPOULOS, *Populism, the Democratic Question, and Contemporary Governance*; in Y. MENY & Y. SUREL (eds). *Democracies and the Populist Challenge*. New York, 2002.

²⁶ C. MUDDE, *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, 2004: 541-563.

²⁷ H. BERGSDORF, *Rhetorik des Populismus am Beispiel rechtsextremer und rechtspopulistischer Parteien wie der "Republikaner", der FPÖ und des "Front National"*, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2000, 31, 3: 624.

²⁸ P. TAGGART, *Populism*. Buckingham PA, 2000; trad. it. *Populismo*, Troina, 2002; cfr. anche I. BERLIN, R. HOFSTADTER, and D. MACRAE, *To define populism*, in *Government and Opposition*, 1968, 3:137-179.

Edward Shils contrappone il populismo / demagogia alla “politica civile”. La politica civile designa un modello ideale di interazione politica in cui gli attori apprezzano valori quali il compromesso, la tolleranza, la moderazione, l’idea del bene comune²⁹. I demagoghi pervertono le premesse della politica civile sfruttando con qualsiasi mezzo simbolico l’opportunità di acquisire un vantaggio sui rivali. Sebbene, come ci spiega Luciano Canfora, il termine demagogia all’inizio abbia solo il significato neutro di attività politica, esso ha finito con l’indicare una forma di attività degenerata³⁰. Il passaggio, a dire di Aristofane, è segnato da un mutamento nel personale politico, dai “bene educati e per bene” agli “ignoranti e gli schifosi”. Nel celebre passo dei Cavalieri (213-219) il Servo A incita il Salsiccio a fare *demagogia*: “Conquista il popolo con gustosi manicaretti di parole; tutti gli altri requisiti per la δημαγωγία li hai: una voce repugnante, origini basse, volgarità; hai tutto quello che ti serve per fare politica (πρὸς πολιτείαν)”. Anche Aristotele ripercorre la parabola della demagogia: “In principio erano le persone perbene che facevano i demagoghi” (Costituzione Ateniese, 28, 2). Se in origine si poteva avere δημαγωγία anche all’interno delle oligarchie, “a partire da Cleofonte la δημαγωγία fu esclusivamente nelle mani degli sfacciati desiderosi solo di compiacere la massa” (28, 3). C’è dunque, per Aristotele, una parabola discendente dall’ottima demagogia dell’età arcaica (fino a Pericle incluso) alla totalmente pessima demagogia da Cleofonte in avanti.

Come nello *Stammtisch*, nel pub, la retorica populistica si ispirerebbe alla faziosità, alla tifoseria, alla partigianeria fondata su basi puramente irrazionali o al più affettive³¹. Le tinte razziste o giustizialiste che può assumere questo discorso non hanno natura ideologica – come non ha natura ideologica la scelta di un club calcistico piuttosto che un altro – ma non sono nient’altro che la pallida espressione di sentimenti rancorosi e vendicativi verso obiettivi confusi. Il populismo come retorica dello *Stammtisch* si presenta in due varianti. La prima ha il sapore psicoanalitico e identifica nel fenomeno la capacità di intercettare ed alimentare i desideri inconsci – e quindi impronunciabili normalmente – della popolazione. In questo senso i *gut feelings* sarebbero centrali in una politica di tal fatta. La seconda variante è più civile sebbene non sempre più promettente e fa sostanzialmente coincidere il populismo con la politica opportunistica. Per esempio, Peter Maier³² definisce il populismo come uno strumento per legare un elettorato sempre più

²⁹ E. SHILS, *The Torment of Secrecy: The Background and Consequences of American Security Policies*. London: William Heinemann, 1956; Id., *Le buone maniere e il bene comune*, in *Biblioteca della libertà*, 1990, XXV: 3-36; cfr. anche G. FEDEL, *Il concetto di demagogia nella scienza politica*, in *Demagogia*, ad vocem *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, 1992.

³⁰ L. CANFORA, *Demagogia*, ad vocem, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, 1992.

³¹ ID., *Critica della retorica democratica*. Roma-Bari, 2011.

³² P. MAIER, *Partyless Democracy*, in *New Left Review*, 2000, 2(2):21-35.

indifferenziato e depoliticizzato ad un sistema di governo largamente neutrale e indipendente dal sistema dei partiti. Se colto in questa luce, il populismo designa una dimensione dell'azione e del discorso politico che è compatibile con qualsiasi forma di leader, di movimento o di partito. Governi di ispirazione social democratica, come Tony Blair in Gran Bretagna o Gerhard Schröder in Germania sono esempi di uno stile politico populista in cui l'azione di governo è stata mossa molto più dai sondaggi e dagli analisti politici che dai partiti.

3. *Populismo e anti-politica*

Se nel linguaggio comune il populismo coincide con la demagogia o con la politica opportunistica, nella letteratura politologica il populismo viene definito attraverso il concetto di anti-politica.

La distinzione linguistica in “noi” e “loro” operata dai populistici diventa come una profezia che si auto avvera in quanto le forze istituzionali spesso si chiudono nel tentativo di creare un *cordone sanitario* intorno ai populistici. Ma ancor peggio, il populismo ha l'effetto di chiudere qualsiasi conversazione, ovvero di ridurla ad una alternativa binaria. Da qui la tendenza ad invocare una politica “plebiscitaria” e referendum – e spesso a celebrare leader assolutamente fuori dal comune per rappresentare gente ordinaria. La personalizzazione della politica è un modo di bypassare molte difficoltà connesse alla complessità delle questioni e dei processi. Ed in questo senso il populismo sbarra la strada alla funzione iterativa della politica rappresentativa. Il populismo nutre l'anti-politica che riduce la politica ad attività ed in più coltiva il sospetto nella complessità della politica³³.

Paul Taggart, autore del passo citato, esemplifica questa posizione³⁴. In questa accezione, il populismo si contraddistingue innanzitutto per l'ostilità nei confronti di forme e pratiche della politica rappresentativa.

Gli autori che identificano il populismo con l'anti-politica segnalano che i populistici mostrano una certa ambivalenza nei confronti della politica: da un lato collocano il “popolo” al centro della politica, allo stesso tempo, però, mostrano ostilità nei confronti della politica corrotta, e delle élite economiche e culturali, che non consentono la centralità del popolo. Il populismo può nascere, infatti, solo quando il popolo fa ingresso nella scena politica: solo in quanto particolare declinazione del concetto di sovranità del popolo. Come ricorda Paolo Pombeni,

³³ TAGGART, *Populismo*, cit., p. 170.

³⁴ ID., *Populism and the pathology of representative Politics*, in Y. MENY & Y. SUREL (EDS), *Democracies and the Populist Challenge*. New York, 2002, pp. 62-80.

il populismo entra in scena con la politica moderna: “in modo imperfetto ed incompleto con la gloriosa rivoluzione, in modo trionfante ma sospetto con la rivoluzione americana del 1787, in modo radicale ma caotico e contraddittorio con la rivoluzione francese del 1789 che non riuscirà a istituzionalizzare in modo stabile ed efficiente la delicata questione della sovranità popolare e degli ordinamenti istituzionali che ne deriveranno”³⁵.

L'errore del populismo spiega Pombeni consiste nella reificazione del concetto di popolo. E tuttavia la debolezza di questa sequenza è che essa tralascia un elemento fondativo dei sistemi politici moderni, che è la rappresentanza. I sistemi costituzionali europei del XIX e XX secolo non sono infatti fondati solo sulla sovranità attribuita al popolo, ma al tempo stesso sulla convinzione che questo popolo non sia una entità «fisica» bensì il prodotto di un meccanismo rappresentativo. Sicché, continua Pombeni, il populismo non è la pretesa del popolo di riappropriarsi della sua sovranità, ma piuttosto la negazione che quella sovranità debba necessariamente passare per il meccanismo della rappresentanza previsto ed espresso dalla costituzione. Detto in termini più crudi: la costituzione rappresentativa tenderebbe a dire che il popolo non esiste se non come prodotto della rappresentazione che ne fornisce il meccanismo di determinazione e funzionamento delle articolazioni del potere; il populismo tende invece ad affermare che il popolo è impedito ad esistere come realtà proprio da quei meccanismi e che invece «qualcuno» può richiamarlo in vita esattamente negando la legittimità di quei meccanismi³⁶. Questa intuizione sembrerebbe confermata dalla diffidenza che i populistici nutrono nei confronti dei canali politici tradizionali e specialmente i partiti politici e dalla opzione per nuove forme spettacolari³⁷.

Gli autori si dividono nella valutazione degli affetti della vis anti-istituzionale sui sistemi democratici. Taluni, la maggioranza, ritengono il populismo un pericolo per la democrazia. Taggart ad esempio esprime l'opinione che il discorso populista con la radicale dicotomizzazione della questioni socio-politiche tenda ad impedire qualsiasi comunicazione e a far degenerare il dibattito politico in un violento ed inconcludente antagonismo³⁸. Sarebbe dunque il populismo alla base della virulenza dello scontro politico e ancor peggio dell'incomunicabilità fra posizioni opposte. Sulla stessa scia si pone una fitta schiera di autori: da Nadia

³⁵ P. POMBENI, *La Ragione e La Passione. Le forme della politica nell'Europa contemporanea*, Bologna, 2010, p. 11.

³⁶ *Ibidem*, cfr. anche ID., *Typologie des populismes en Europe*, in J.P. Rioux (eds.), *Les populismes*, Paris, 2007, pp. 85-129.

³⁷ TAGGART, *Populism and Representative Politics in Contemporary Europe*, in *Journal of Political Ideologies*, 9(3). October 2004, pp. 269-288.

³⁸ TAGGART, *Populism*, cit., p. 9.

Urbinati, a Mario Caciagli, ad Alfonso Di Giovine, ad Alfio Mastropaolo, tanto per citarne alcuni.

Margaret Canovan capeggia al contrario la schiera di coloro che riconoscono nel populismo una qualche funzione riformatrice dei processi democratici. In particolare, l'autrice sostiene che il populismo segnala che nelle democrazie l'aspetto pragmatico sia eccessivamente prevalso su quello salvifico o utopico (implicito nell'idea della sovranità popolare). Il populismo può contribuire a riequilibrare la distanza fra questi due aspetti. Sulla stessa scia, si pone Blokker. Analizzando i neo-populismi sorti negli stati europei dell'Europa Orientale dopo il crollo del blocco sovietico, Blokker ravvisa la genesi delle pratiche populiste nell'incapacità delle istituzioni sociali di confinare e regolare i soggetti politici in un ordine sociale relativamente stabile. Il populismo è il linguaggio della politica quando la politica non funziona come dovrebbe. È un appello politico che cerca di utilizzare un nuovo stile discorsivo, articolando nuove forme di relazione sociale³⁹. Che il populismo sia endemico alla democrazia era già stato intuito da Max Weber (*La Politica come Vocazione*), che nel descrivere la politica inglese di fine Ottocento, ne segnala la possibile svolta plebiscitaria (un leader carismatico e il parlamento composto da *yes men*).

Altri ancora vedono nell'emergere del populismo un sintomo di malessere della democrazia⁴⁰. Come dice Panizza, il populismo rende visibili i problemi delle istituzioni democratiche, sebbene non sia capace di porvi rimedio. Il populismo è lo specchio della democrazia: non è dunque l'aspetto deteriore della democrazia, né il suo opposto. Si tratta piuttosto dell'impietoso specchio del nodo più controverso della democrazia che risiede nell'inevitabile distanza fra governanti e governati. L'emergere del populismo segnala che la distanza si è troppo allungata⁴¹.

Anche ammettendo che i movimenti populistici possano costituire un'opportunità di rigenerazione delle istituzioni politiche, non vanno sottovalutati i problemi pratici cui essi vanno incontro. Innanzitutto, il populismo si trova invischiato in quello che viene definito un paradosso istituzionale. Il paradosso nasce dal duplice aspetto di opposizione al sistema istituzionale ma di utilizzo del medesimo per avanzare la protesta. Succede di frequente che una volta al potere i movimenti populistici perdono l'appoggio dell'elettorato: fenomeno questo catturato sotto l'etichetta di "*success in opposition – failure in government*". Si pensi al rapido declino del *Freiheitliche Partei Österreichs* negli anni Novanta fino all'implosione nel 2002 (dopo essere salito al potere nel 2000).

³⁹ P. BLOKKER, *Populist Nationalism, Anti-Europeanism, Post-Nationalism, and the East-West Distinction*, in *German Law Journal*, 2005, 6: 371-389.

⁴⁰ Y. MÉNY & Y. SUREL, *The Constitutive Ambiguity of Populism*, in ID. (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*. cit., 1-20; F. PANIZZA, *Introduction*, in ID. (eds.), *Populism and the Mirror of Democracy*, London, New York: 2005, pp. 1-31; M. TARCHI, *Populism Italian Style*, in MÉNY & SUREL, *Democracies and the Populist Challenge*, pp. 120-138.

⁴¹ F. PANIZZA, *Introduction*, cit., pp. 12-14.

Un altro meccanismo di annientamento dei movimenti populistici è dato dalla capacità della politica istituzionale di appropriarsi delle istanze fatte proprie dai gruppi minori. Ci spiega Hofstadter che i partiti maggiori vivono più di patronati che di principi. Il loro obiettivo è di tenere insieme una coalizione sufficientemente larga per conquistare il potere; ed una volta al potere, il principale sforzo è teso a mediare fra i vari interessi in gioco. I partiti minori invece di norma si focalizzano su un'idea: non funzionano per vincere, ma per agitare, iniettare nuove idee nel sistema, per educare. Sono come le api: una volta che pungono, muoiono⁴². Ecco cosa scrivono Meny & Surel.

Il populismo appare per testimoniare gli inevitabili sussulti che caratterizzano il sistema democratico. Lo testimonia la storia, innanzitutto. I movimenti populistici hanno vita breve: nessun populismo si insedia in modo stabile, perché trae successo dal fatto di essere *overpromising*. Questo significa che una volta al potere o mantiene le sue promesse ed è quindi destinato al fallimento, ovvero mantiene viva la speranza confidando nel fatto che gli elettori hanno memoria corta. Del resto il populismo, sebbene riesca a far vacillare una vecchia élite in nome di una certa spontaneità popolare, è comunque costretto a riconoscere la necessità di affidarsi alla competenza e capacità professionale. Sia rivoluzionari che populistici devono passare attraverso le forche caudine della real Politik⁴³.

In sintesi, se identificato con l'anti-politica e con l'attacco ai partiti tradizionali, il populismo al peggio può aprire le porte al collasso delle istituzioni democratiche, al meglio è una forza di poco conto. Come movimento anti-istituzionale cade nel paradosso di rimanere invischiato nelle dinamiche istituzionali. Per di più ha vita breve, è inconcludente ed illusorio.

⁴² HOFSTADTER segnala che spesso i partiti minori hanno successo nel far trionfare le proprie idee. Con riferimento alla politica americana fra fine Ottocento e primi del Novecento, l'autore ricorda come il *Liberty and Free Soil Party* antecedente alla guerra civile riuscì a far affermare l'idea dell'abolizione della schiavitù. Il *Socialist Party* vide riconosciute alcune delle sue idee nel *Progressivism*. Lo stesso avvenne per il *People's Party*. Esempi del successo del Populismo americano a dispetto della sua scomparsa sono: la regolamentazione delle ferrovie, la tassa sul reddito, gli interventi sulla moneta e sul credito, l'elezione diretta dei Senatori, le iniziative e referendum, i libretti di deposito postali. Naturalmente i leader dei movimenti populistici non devono avere la percezione della transitorietà del movimento. Altrimenti mancherebbero di motivazione. E tuttavia, essendo per lo più inesperti finiscono per venire schiacciati dagli anti-corpi dei partiti tradizionali. R. HOFSTADTER, *The Age of Reform: From Bryan to F.D.R.* New York, 1955.

⁴³ Y. MÉNY & Y. SUREL, *The Constitutive Ambiguity of Populism*, cit., trad. it., *La Costitutiva Ambiguità del Populismo*, in Id., *Populismo e Democrazia*, Bologna, 2000, 35-38.

4. *Populismo ed ideologia*

Le due accezioni sopra discusse identificano nel populismo innanzitutto uno stile: o lo stile retorico di chi vuole conquistare e mantenere il potere lusingando l'elettorato, ovvero lo stile naif o addirittura virulento di chi pretende di governare senza la mediazione di istituzioni rappresentative.

Nella terza accezione il populismo non è semplicemente un fenomeno di affabulazione delle masse, ma è piuttosto un'ideologia da cui le masse sono pervase e di cui un leader – furbo, capace e specialmente intuitivo – riesce a farsi interprete.

Questo approccio comincia a circolare negli Stati Uniti negli anni '50 ma, proprio quando negli Stati Uniti questa nozione gradualmente tramonta, raggiunge la sua espressione più compiuta in Europa nel celebre lavoro collattaneo sul populismo di Ionescu e Gellner del 1969⁴⁴.

Occorre chiarire quale differenza corra fra il populismo come politica da pub e il populismo come ideologia. L'elettorato catturato da un leader affabulatore e irresponsabile non ha alcuna visione del mondo. Il qualunquismo si radica su sentimenti rancorosi e su desideri di soddisfazione immediata ma non prende forma in un'idea compiuta della realtà. Se poi il leader “salsicciaio” è capace di portare la massa dalla sua parte o addirittura di imporre la propria ideologia (come è successo nei totalitarismi), è questa ideologia particolare (lo stalinismo, il nazismo, il fascismo) che viene comunicata alla società: cosa che non trasforma il populismo (e cioè il fenomeno di comunicazione dal leader alla massa) in ideologia, a meno di non voler identificare il populismo con le varie ideologie cui esso si accompagnerebbe (nazismo, fascismo, nazionalismo, etc.)⁴⁵.

Se invece si assume un punto di vista diverso, e cioè che il populismo non è semplicemente un fenomeno di trasmissione *irrazionale* di sentimenti dal leader alla massa, ma che si tratta piuttosto di un'ideologia autonoma da quella del leader, allora si deve ribaltare la prospettiva rispetto alla prima ipotesi – quella della coincidenza fra populismo e demagogia. L'ideologia populista non può essere semplicemente la visione del mondo di un leader carismatico né può tanto meno coincidere con i trucchetti che questi pone in essere per accattivarsi le simpatie della gente e conquistarsi il potere. L'ideologia populista deve essere già presente nella società prima ancora che il salsicciaio riesca ad affermarsi.

Siccome qui si scarcerà la tesi marxista secondo cui l'ideologia non è che l'effetto più o meno inconscio di sovrastrutture esterne all'agente e si assumerà piuttosto che l'ideologia è un sistema di credenze totalizzanti orientato all'azione

⁴⁴ G. IONESCU, and E. GELLNER. *Introduction*, Id. (eds.) *Populism – Its Meanings and National Characteristics*, London, 1969.

⁴⁵ P. MILZA, *Mussolini entre fascisme et populisme*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1997, 56: 115-120.

che implica una qualche forma di intenzionalità⁴⁶, cogliere nell'ideologia l'essenza del populismo significa riconoscere un sia pur limitato ruolo attivo alla massa di cittadini che aderisce a movimenti populistici. In altri termini, identificando il populismo con il qualunquismo o con la demagogia si deve assumere che l'elettorato che esprime un leader populista non è che la parte deteriore della società: una massa informe che non può che essere manipolata⁴⁷. Se al contrario si definisce il populismo un'ideologia, pur con i limiti che l'ideologia presenta nella capacità di cogliere la realtà, si deve tuttavia ammettere già una certa inclinazione *attiva* nell'elettorato che non si riduca alla richiesta del mero soddisfacimento di bisogni primari e all'adesione a logiche politiche miopi e autolesionistiche.

Che significa, tuttavia, che in una data società cominci a serpeggiare una visione del mondo populista? Richard Hofstadter è uno dei primi ad avanzare qualche proposta. Lo storico prende a pretesto l'analisi del Partito Populista americano per confezionare un'idea dello spirito populista che tuttavia trascende la manifestazione storica del *People's Party*. Scrivendo negli anni del Maccartismo, lo storico spiega gli avvenimenti a cui assiste anche attraverso lo spirito populistico di cui la cultura americana sarebbe intrisa e che di tanto in tanto si afferma su altre tendenze antagoniste, fra cui quella liberale⁴⁸: spirito – di cui il *People's Party* sarebbe solo l'espressione più manifesta – che non si identifica semplicemente con un certo risentimento provinciale, con una riottosità democratica e con una forma di sospettosità ma prende anche forma intorno ad alcuni contenuti che si proverà a riassumere nei seguenti cinque punti.

a) *Idealizzazione del passato*. Innanzitutto i populistici idealizzano il passato e difendono il mito della società agraria. Proprio quando l'America della fine dell'Ottocento sta velocemente diventando una società industriale, i populistici si trincerano nella protesta contro le innovazioni tecnologiche. Questo spirito antimoderno sarebbe sopravvissuto anche alla fine del Partito Populista. L'identificazione dell'età agraria con l'età dell'oro e della perfetta armonia fra uomo e natura, non solo riecheggia temi già cari alla cultura americana, da Jefferson a Jackson, ma richiama il topos rousseauiano dell'uomo naturale, ignorante, solitario ma eguale agli altri e felice⁴⁹. Come Rousseau, che alla civilizzata Parigi aveva contrapposto le ruspanti società corsa e svizzera, i Populisti americani inneggiano alla semplicità della vita agreste e tuonano contro la corrotta New York,

⁴⁶ D. BELL, *The End of Ideology: On the Exhaustion of Political Ideas in the Fifties*, Cambridge, Mass., 1962.

⁴⁷ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, London, 1967, Trad. it. *Le Origini del totalitarismo*. Torino, 2009.

⁴⁸ R. HOFSTADTER, *The Age of Reform*: cit. p. 30.

⁴⁹ J.J. ROUSSEAU, Rousseau, Jean Jacques. [1755] *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, trad. it. *Discorso sull'origine e i fondamenti dell'ineguaglianza fra gli uomini*, Roma, Editori Riuniti, 2006.

descritta da Ignatius Donnelly come un luogo di perdizione, in mano al Consiglio dei Plutocrati⁵⁰. L'intreccio fra antimodernismo e cultura agraria sarebbe ancor oggi un tratto distintivo del populismo: presente non solo in quei movimenti che indirizzano i loro strali contro il processo di globalizzazione e l'economia dell'alta finanza, ma anche nelle critiche nei confronti del progresso, ad esempio, di Christopher Lash⁵¹.

Nadia Urbinati descrive questo atteggiamento segnalando l'ostilità dei populistici nei confronti dell'artificiosità di certi rapporti sociali, rispetto ad un'idea di natura pre-civile e moralmente superiore⁵².

b) *Semplicismo*. La seconda caratteristica dell'ideologia populista è, a dire di Hofstadter, il semplicismo. Il programma del Partito Populista ruotava intorno ad un solo punto e cioè il passaggio dal monometallismo al doppio standard dell'oro e dell'argento. Tutto il resto sarebbe venuto dopo. Per i populistici una riforma è sufficiente a spazzare via tutti i problemi: una volta fatti fuori i vecchi partiti, con le loro rendite di posizione e la loro indole parassitaria, la giustizia sarebbe trionfata⁵³. Oggi questo atteggiamento si ritrova nei movimenti giustizialisti che assegnano un ruolo preminente – se non esclusivo – alla funzione punitiva, diretta per lo più contro i politici corrotti, cui si affida il compito di rigenerare la politica. Un altro esempio può essere dato dall'idea che combattendo l'evasione fiscale, i problemi di finanza pubblica vengano tutti risolti.

Poi, Hofstadter individua altri due tratti del populismo: un atteggiamento paranoico che si esprime nella concezione della storia come cospirazione⁵⁴ ed un forte anti-intellettualismo⁵⁵.

c) *Stile Paranoico*. La Piattaforma Populista del 1892 recitava “Una vasta cospirazione contro l'umanità è stata organizzata nei due Continenti e sta rapidamente prendendo possesso del mondo. Se non fermata e vinta essa condurrà ad una terribile convulsione sociale, alla distruzione della civiltà, o allo stabilirsi del dispotismo”⁵⁶. Un manifesto del 1895 affermava che “Già a partire dal 1865-1866 una cospirazione orchestrata dagli speculatori dell'oro d'Europa e d'America ha fatto in modo che la gente discutesse di questioni poco importanti mentre essi persegui-

⁵⁰ I. DONNELLY [1890], *Ceaser's Column. A Story of the Twentieth Century*, New York, 2004.

⁵¹ C. LASCH, *The True and Only Heaven: Progress and its Critics*. New York – London, 1991; ID., *The Revolt of the Élités and the Betrayal of Democracy*. New York – London, 1995. Per una critica a Lash, cfr. fra gli altri, S. HOLMES, *The Anatomy of Antiliberalism*. Cambridge, Mass., 1993, p. 122.

⁵² URBINATI, *Populism and Democracy*, cit., p. 110; ID., *Dalla democrazia dei partiti al plebiscite audience*, in *Parolechiave*, 2012, 47: 12-13.

⁵³ W.A. PEPPER, [1891], *The Farmer's Side. His Troubles and Their Remedies*, New York, 2010.

⁵⁴ HOFSTADTER, *The Paranoid Style of the American Politics and Other Essays*, Cambridge, Mass., 1996.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ ID., *The Age of Reform*, cit., p. 74.

vano senza sosta il loro scopo centrale⁵⁷. Nel romanzo fantascientifico di Ignatius Donnelly intitolato *Caesar's Column*, molto popolare fra gli ambienti populistici, viene descritta una New York ambientata nel 1988 caduta in mano ad un Consiglio di Plutocrati e poi distrutta dalla Fratellanza del Massacro. Entrambe sono associazioni segrete. In un libro dal significativo titolo, *Seven Financial Conspiracies which have enslaved the American People*⁵⁸, scritto nel 1887 e con larga circolazione specialmente nel Kansas populista, si sostiene la tesi che durante la guerra civile i profittatori di Wall Street introdussero una serie di misure (solo in parte contrastate da Lincoln) per contrarre la moneta ed aumentare il prezzo dell'oro.

L'atteggiamento paranoico, sostiene Hofstadter, è sopravvissuto al Partito Populista americano nell'atteggiamento populista appunto, che non è mai venuto meno. Secondo questa lettura, la dietrologia e le teorie della cospirazione invocate per qualsiasi spiegazione storica sarebbero manifestazioni di populismo. Egualmente populista sarebbe la interpretazione della politica come il risultato di forze oscure e dei cosiddetti poteri occulti. Si noti che sebbene possa capitare che le teorie della cospirazione vengano fabbricate a tavolino per fini politici (ne sono esempi il falso dei Protocolli dei Savi di Sion ovvero nel periodo stalinista l'invenzione del Centro *Troztiska-Bukhanarite-Zinovievite*), non è infrequente che esse germoglino anche fra individui in perfetta buona fede. L'atteggiamento paranoico può prendere direzioni opposte: può orientarsi contro gli immigrati ritenuti la fonte dei problemi economici, ma anche contro i cosiddetti poteri forti, quali l'alta finanza, ovvero può mescolarsi dando origine ad un cocktail di razzismo ed anti-elitismo (si pensi ai famigerati attacchi contro la presunta finanza ebraica).

d) *Anti-intellettualismo*. Altro ingrediente dell'ideologia populista contenuto nella lista di Hofstadter è l'anti-intellettualismo. Sebbene la relazione fra cultura e populismo sia piuttosto controversa⁵⁹, è vero che la difesa dell'uomo comune e della sua naturale saggezza va spesso di pari passo al disprezzo nei confronti degli intellettuali. L'anti-intellettualismo si esprime nella celebrazione del senso comune dell'uomo ordinario ritenuto portatore di virtù semplici contrapposte a quelle sofisticate dell'élite corrotta. Questa tendenza è piuttosto marcata negli Stati Uniti dove un elettorato democratico, emancipato da sentimenti di deferenza nei confronti di superiori sociali e culturali è stato fin dalle origini oggetto di plauso e celebrato come depositario della moralità ordinaria⁶⁰. Come nel mito

⁵⁷ F. MCVEY, *The Populist Movement*, London, 1896, pp. 201-202.

⁵⁸ S. EMERY, [1894], *Seven Financial Conspiracies which have enslaved the American People*, Westport, Ct., 1975; G. CLARK, *Shylock: as Banker, Bondholder, Corruptionist, Conspirator*, Washington, D.C., 1894.

⁵⁹ M. CANOVAN, *Populism*, New York, 1981, p. 231.

⁶⁰ *Ibidem*: 233; HOFSTADTER, *The Age of Reform*, cit. p. 77.

della società agraria, anche qui si avvertono echi rousseauiani. Leitmotiv dell'*Emile* è che gli studenti non devono ricevere un'educazione accademica. Anziché sprecare la propria infanzia nello studio della geografia, della storia, del latino, del greco, i ragazzi dovrebbero piuttosto fare esercizio fisico ed acquistare abilità pratiche⁶¹. “Ricorda, lettore”, ammonisce Rousseau, “che colui che parla non è né un maestro né un filosofo, ma un uomo semplice che amava la verità” e che utilizza ogni opportunità per attaccare ciò che passa per “illuminismo”. Continua: “Odio i libri, ci insegnano solo a parlare di cose di cui non sappiamo nulla”⁶².

e) *Dualismo*. Quella che Hofstadter – e molti dopo di lui – ritengono la caratteristica centrale del populismo è una quinta caratteristica non ancora menzionata sebbene strettamente connessa alle prime quattro: essa consiste in una visione dualista della società. “Da una parte i ci stanno i ladri, dall'altra i derubati” tuonò Sockless Jerry Simpson⁶³. “Da una parte ci stano le grosse società, i monopoli, le ferrovie, il potere monetario, dall'altra coloro che producono ricchezza, gli agricoltori, i lavoratori, i mercanti, e tutti coloro che producono e che sono sottoposti al peso della tassazione. Fra queste due classi non c'è via di mezzo”⁶⁴. “Da un lato”, disse Bryan nel suo famoso discorso contro l'abrogazione dello *Sherman Silver Purchase Act*, “ci stanno gli interessi economici degli Stati Uniti, gli interessi finanziari, combinazione di ricchezze e capitali, imperanti, arroganti, privi di compassione... Dall'altro lato ci sta una massa imprecisata di individui, che hanno dato al Partito Democratico un nome per il quale parlare”⁶⁵.

5. *Noi e loro*

La visione dicotomica della società è un tema ricorrente nella letteratura sul populismo, tanto che si potrebbe affermare che si tratti della caratteristica centrale dell'atteggiamento populista. Se, tuttavia, il nocciolo del populismo, per molti autori, consiste proprio nell'antagonismo fra “il popolo (buono)” e l'élite (corrotta)”⁶⁶, non vi è accordo sulla natura di tale dicotomia. È

⁶¹ J. J. JACQUES ROUSSEAU, [1758], *Politics and the Arts: Letter to M. d'Alembert on the Theatre*, Glencoe, 1960, p. 60.

⁶² J. J. JACQUES ROUSSEAU, [1762] *Emile*, London, 1963, pp. 74, 147.

⁶³ E. BARR, *The Populist Uprising*, in W.E. CONNELLY (eds.), *A Standard History of Kansas and Kansans*, vol. II, Chicago – New York, 1918, p. 1170.

⁶⁴ R. A. BILLINGTON, *Westward Expansion*, New York, 1949, p. 741.

⁶⁵ A. NEVINS, *Grover Cleveland. A Study in Courage* New York, 1933, p. 540.

⁶⁶ CANOVAN, *Populism*, cit., ID. *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, 1999, 47:2-16; Id., *Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy*, in MÉNY AND SUREL (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, cit., pp. 22-44; Id., *The People*,

proprio su questo aspetto che la letteratura europea e quella nordamericana divergono.

Nella letteratura europea, la distinzione fra il noi, popolo, e loro è tipicamente associata ad una concezione densa del concetto di popolo: dall'idea che esso possa essere identificato in ragione dell'appartenenza ad un'area geografica (come nel caso della Lega Nord) o dell'appartenenza etnica (come nei cd. neopopulismi dell'Europa centro-orientale⁶⁷) o ad un'idea di patria idealizzata (la *heartland* di cui parla Taggart): “[...] *the construction of an ideal world but, unlike utopian conceptions, [...] constructed retrospectively*”⁶⁸. Per esempio molti dei saggi raccolti nel volume edito da Ionescu e Gellner segnalano una forte continuità fra populismo e nazionalismo. Donald MacRae⁶⁹ definisce il populismo un'ideologia che nasce come estremo tentativo di resistere all'industrializzazione e alla globalizzazione, etc. Su questa scia, Gino Germani identifica il populismo con un'ideologia che rifiuta la differenza fra destra e sinistra, che rifiuta altresì l'idea di classe e che si caratterizza per richieste contrastanti (dalla tutela della piccola proprietà alla eguaglianza sociale, nella forte componente nazionalista)⁷⁰. In uno studio sul Terzo Mondo pubblicato nel 1964, Peter Worsley sostiene che il populismo è l'ideologia caratteristica dei sistemi mono-partitici delle ex colonie in Asia ed Africa. Secondo Worsley, “i populistici affermano che non vi sono divisioni nella comunità, o se anche vi siano, non sono identificabili”. Così le divisioni in classi possono essere liquidate in quanto intrusioni *esterne* (“imperialiste”), aliene alla società. L'armonia sociale implica l'unità politica: “Poiché la società è indifferenziata, organica, indivisa, necessita di una sola organizzazione politica per esprimere gli interessi comuni, un solo partito [...]. Il partito non rappresenta il ristretto interesse di una fazione: ma rappresenta tutti”⁷¹. Peter Wiles suggerisce di vedere nel populismo quel credo o movimento fondato sull'idea che la virtù risieda nella gente semplice che costituisce la maggioranza e nelle tradizioni collettive⁷².

The Masses and the Mobilization of Power: the Paradox of Hannah Arendt's Populism in Social Research, 2002, vol. 69,2:403-422; E. LACLAU, *La ragione populista*. Bari Roma, 2008.

⁶⁷ H.G. BETZ, & S. IMMERFALL, (eds.) *The New Politics of the Right: Neo-Populist Parties and Movements in Established Democracies*. New York, 1998.

⁶⁸ TAGGART, “Populism and the pathology of representative Politics”, in MENY & SUREL, *Democracies and the Populist Challenge*, cit., pp. 62-80, 67.

⁶⁹ D. MACRAE, *Populism as an Ideology* in IONESCU AND GELLNER (eds), *Populism. Its Meaning And National Characteristics*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1969, pp. 153-165.

⁷⁰ G. GERMANI, *Authoritarianism, Fascism and National Populism*, New Brunswick, NJ, 1978, p. 88.

⁷¹ P. WORSLEY, *The Third World*, 2nd ed. London, 1967, pp. 165-166; ID., *The Concept of Populism*, in IONESCU & GELLNER, *Populism – Its Meanings and National Characteristics*, cit., pp. 212-250.

⁷² P. WILES, *A Syndrome, Not A Doctrine*, in IONESCU. & GELLNER, *Populism – Its Meanings and National Characteristics*, cit., pp. 180-196. Wiles vi aggiunge ventiquattro ingredienti che possono essere sintetizzati nel modo seguente: i populistici hanno un approccio morale sulla realtà piuttosto che un programma definito; hanno bisogno di leader in contatto mistico con la popolazione; e si aspettano che il

L'identificazione del populismo con un'ideologia fortemente illiberale, pervasa da un profondo anti-intellettualismo, riduzionista, anti-moderna e ispirata al manicheismo sociale fa sì che debbano essere definiti populistici molti fenomeni spesso presenti nei partiti tradizionali: dal giustizialismo, al semplicismo politico, al razzismo⁷³, al nazionalismo⁷⁴.

Sebbene negli Stati Uniti non manchino coloro che vedono nel populismo un'ideologia illiberale⁷⁵, la storiografia nordamericana ha offerto una descrizione differente del fenomeno. Il *people* cui si fa riferimento per identificare una parte della società non è individuato in ragione dell'appartenenza etnica, razziale o religiosa, ma piuttosto è la massa degli *ordinary men*. Il *people* è fatto dunque di *common people*. Nella distinzione proposta da William Jennings Bryan, candidato alla presidenza americana con i democratici e proveniente dalle fila dei Populisti, vi sarebbero due grandi gruppi all'interno della società: "da un lato gli interessi economici dei grandi potentati americani, gli interessi finanziari, del capitale e della ricchezza, imperiosi, arroganti, dall'altro un gruppo di gente senza volto"⁷⁶. Durante la campagna presidenziale di Jackson, a ragione ritenuto espressione dello spirito populistico americano, i suoi supporters ribadivano come punto a favore del candidato che costui "era sfuggito all'insegnamento della dialettica nelle scuole" e aveva dunque mantenuto "un giudizio limpido e non annebbiato dalle speculazioni visionarie degli accademici" e preservato dunque il suo pratico senso comune⁷⁷. Il parlamentare Davy Crockett, uomo della frontiera che militò nel partito di Jackson, descrisse nella propria autobiografia come avesse cercato di realizzare pace e giustizia pur in assenza di alcuna educazione: "Ho preso le mie decisioni seguendo i principi di giustizia comune e di onestà fra individuo ed individuo, ho fatto affidamento sul senso con cui siamo nati (*natural borne sense*) piuttosto che sulla legge [...]; infatti, non ho mai letto un rigo di un libro in tutta la vita"⁷⁸.

leader condivideva la loro visione di vita. Il populismo è un movimento piuttosto che un partito, anti-istituzionale e uno spazio per coloro che si sentono estranei al potere. Tuttavia non glorifica la lotta di classe né la violenza e, generalmente, è corrotto dal successo. È simpatetico nei confronti della piccola impresa, ostile ai finanziari, favorevole all'inflazione monetaria e alle organizzazioni cooperative. Non è contrario all'intervento pubblico nell'economia e all'eguaglianza, ma solo fino ad un certo punto. Spesso rurale, può anche essere un fenomeno urbano, religioso, ostile alla scienza e alla tecnologia e nostalgico del passato. È isolazionista ed anti-militarista e sebbene si riproponga di sgonfiare il razzismo, le sue performance morali sul tema non sono delle migliori. Muta a seconda che sia "pre-industriale, agricolo anti-industriale, pro-industriale".

⁷³ Per questa idea, riferita al populismo tedesco, cfr. P. AYÇOBERRY, *Populismus, Populistisch. La Versione Allemande*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1997, 56: 105-114.

⁷⁴ M. WINOCK, *Populismes Français*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n°56, octobre-décembre, 1997, pp. 77-91.

⁷⁵ M. S. LIPSET, *Political Man. The Social Bases of Politics*, New York, 1960.

⁷⁶ HOFSTADTER, *The Age of Reform*, cit., p. 64.

⁷⁷ CANOVAN, *Populism*, cit., p. 233.

⁷⁸ HOFSTADTER, *Anti-Intellectualism in American Life*, London: Jonathan Cape, 1964, pp. 159, 162; CANOVAN, *Populism*, cit., p. 233.

Questo spiega l'atteggiamento benevolente che di frequente si ritrova fra i politologi e giuristi americani nei confronti del populismo e di cui si parlerà al paragrafo 7.

6. *Populismo e logica della politica. Ernesto Laclau*

Ernesto Laclau prende le distanze da tutte le definizioni di populismo circolanti e, in esatta antitesi alla concezione che rinvia all'anti-politica, vede nel populismo la prima manifestazione del politico. Già nella prefazione a *La Ragione Populista*, esprime il sospetto che la liquidazione veloce del populismo nella letteratura corrente tradisca il rifiuto della politica *tout court*, nonché la speculare convinzione che l'amministrazione della comunità possa fare a meno dell'antagonismo politico per essere delegata ad esperti. Questa idea, sostiene il teorico, non è nuova: da Platone in poi è un tema ricorrente nella storia⁷⁹. Oggi sembra trionfare in molte concezioni europeiste che ventilano la fine della politica soppiantata dalle *policies* degli esperti di settore. Il populismo al contrario rimanda all'eccesso della massa. E tuttavia, è proprio quell'eccesso, sostiene Laclau, che sta alla base della costituzione di qualsiasi gruppo (come ha dimostrato Freud) ed è quindi inerente alla formazione di qualsiasi identità sociale. Populismo dunque non implica uno specifico fenomeno sociale: ma è piuttosto la logica che permea molti fenomeni diversi. Non è né demagogia, né ideologia, né anti-politica. È piuttosto il modo di costruire il politico.

Per corroborare la propria presa di distanza dalle teorie circolanti sul populismo, Laclau attribuisce lo stigma che accompagna la stragrande maggioranza della letteratura sul tema, non ai totalitarismi o alle dittature latino-americane (di cui peraltro è un profondo conoscitore date le sue origini argentine), ma piuttosto ad un pregiudizio scientifico che affonda le sue radici nella psicologia delle folle analizzata a partire dalla seconda metà dell'Ottocento. Sarebbero gli scritti di Le Bon⁸⁰, di Tarde⁸¹, o della scuola criminologica francese e torinese di fine Ottocento e non i totalitarismi del Novecento all'origine del discredito sul populismo.

L'autore definisce il populismo non come un *tipo di movimento* – identificabile con una certa base o con un certo orientamento ideologico – ma come una *logica politica*. Tutti i tentavi di definire il populismo in termini di una certa base (i contadini, i piccoli imprenditori) o per i contenuti (resistenza alla modernizzazione, manipolazione da parte di élite emarginate, etc.) sono destinati ad essere sommersi da una valanga di eccezioni.

⁷⁹ LACLAU, *La ragione populista*, cit..

⁸⁰ G. LE BON, [1895], *The Crowd*, New Brunswick and London, 1995.

⁸¹ G. TARDE, [1901], *Le foules e le sectes criminelles*, in Id., *L'Opinion et la foule*, Paris, 1989, p. 145.

Una logica sociale presuppone l'esistenza di una prassi che segue certe regole all'interno di un orizzonte in cui alcuni obiettivi sono rappresentabili ed altri sono esclusi (c'è la logica del regno; la logica del mercato; la logica degli scacchi). Nella logica politica il rispetto delle regole è legato ad istituzioni. Tali istituzioni non sono frutto di *fiat* improvvisi ma piuttosto il risultato di domande sociali. Ecco come Laclau spiega questo passaggio⁸². Nella politica ordinaria si segue la logica della differenza: i cittadini che vivono in un quartiere indirizzano una richiesta al comune, ad esempio, per avere un servizio di trasporto pubblico che li conduca al centro (o ai posti di lavoro) e la domanda viene accolta. Altri cittadini avanzano pretese diverse, ad esempio, un parco e la proposta viene accolta. Qui siamo nella logica della differenza. Le pretese sono distinte e distinti rimangono i gruppi che li avanzano: vi è una sostanziale rispondenza fra esigenze portate avanti e composizione dei gruppi che li portano avanti. Ma cosa succede se la richiesta dei cittadini che richiedono l'autobus rimane inascoltata? E se parimenti inascoltate sono le richieste di una scuola di quartiere, di verde pubblico, di servizi sociali, di asili nido, etc...? Può succedere (ora si vedrà a quali condizioni) che le richieste rimaste inevase si confondano e diano origine ad una nuova rivendicazione, più ampia e più confusa delle prime, in cui le singole istanze che la compongono perdono rilevanza: si passa dalla logica della differenza alla logica dell'equivalenza. Il gruppo che si fa portatore di una istanza così indifferenziata non può essere più identificato sulla base della richiesta ma sulla base di qualcos'altro. Si tratta dell'emersione di un soggetto popolare. Il corollario di quanto detto è che non si ha emersione di un soggetto popolare né emersione del populismo senza la costituzione di una frontiera interna (in genere, le istituzioni rimaste sorde). La catena di equivalenza divide dunque il discorso sociale in due: da una parte il potere, dall'altra l'*underdog*, il gruppo perdente. A questo punto la richiesta – che si contraddistingue per un contenuto meno specifico rispetto alle domande precedenti – diventa rivendicazione.

Gli ingredienti del populismo tuttavia non si limitano alla catena di equivalenza, all'emersione di un soggettività popolare e alla costruzione dicotomica della società attraverso l'utilizzo della frontiera interna. Altro ulteriore elemento è il leader. Perché la catena di equivalenze funzioni occorre che essa si costruisca come la totalità delle domande. Ciò avviene innanzitutto individuando un nemico comune (l'*ancien Regime*, l'establishment, la globalizzazione, la finanza, etc...) ma occorre un'altra condizione. Per esempio, nel caso di Solidarnosc la lotta politica di una classe di lavoratori si estese attraverso la catena di equivalenze a tutta la società oppressa. Ma quando le domande inevase sono fortemente differenti (meno tasse, più garanzie per i lavoratori, più snellezza burocratica, meno controllo pubblico), allora la catena funziona nella misura in cui la rivendicazione diventi vuota

⁸² LACLAU, *Populism: What's in a Name?* in Panizza (eds.). *Populism and the Mirror of Democracy* London, cit., pp. 32-49.

(*empty signifier*). La cosiddetta povertà dei simboli populistici è proprio il presupposto della loro efficacia. C'è un momento in cui la funzione di omogeneizzazione diventa così vuota da identificarsi in un solo elemento: nel suo leader.

Il populismo così descritto, precisa Laclau, si riferisce dunque essenzialmente ad una struttura formale: una forma di articolazione della politica a prescindere dal contenuto che viene avanzato. Ecco come riformulare le questioni: anziché chiedersi se un movimento sia o non sia populista occorre chiedersi in che misura lo sia, ovvero, in che misura sia dominato da una logica di equivalenza. Naturalmente gli estremi non esistono allo stato puro. Se ci fosse soltanto la pura logica della differenza, si avrebbe la semplice amministrazione ma senza politica (senza frontiera). Le domande rimarrebbero distinte e verrebbero evase o discusse dall'amministrazione senza la creazione di alcun soggetto politico né di alcuna frontiera politica. Parimenti la pura equivalenza farebbe dissolvere qualsiasi legame sociale da rendere impossibile anche la domanda portatrice di significato vuoto: si avrebbero le folle, dipinte da Taine, Le Bon, Sieghel. La logica dell'equivalenza non sopprime le differenze: sopprime solo l'articolazione distinta delle differenze: se alcuni vogliono meno tasse, altri meno burocrazia, altri più servizi sociali, e altri ancora più controllo sul territorio, la catena di equivalenza non sopprimerà queste distinte domande: solo che la rivendicazione sarà unitaria e non articolata.

Per arginare l'avanzata populista le strategie sono due. La prima è quella di rompere la catena di equivalenza soddisfacendo alcune delle domande. Questa è la proposta riformista di Gramsci o il tentativo di sostituire l'amministrazione alla politica. La seconda è quella di cambiare il segno politico della frontiera. Siccome la catena di equivalenza è sostanzialmente vuota essa può essere attratta anche sotto altre etichette. Così avvenne ad esempio negli Stati Uniti quando il radicalismo popolare che sotto il New Deal aveva un certo connotato di sinistra fu appropriato dalla nuova destra di George Wallace e dall'idea della maggioranza morale. Allo stesso modo il carattere tribunitio e giustizialista della sinistra francese è stato fagocitato dal Fronte Nazionale. Non si potrebbe comprendere il fascismo senza tener conto della riarticolazione di molte pretese che appartenevano alla politica rivoluzionaria.

Se populismo significa mettere in discussione l'ordine costituito e vedere nell'*underdog* l'agente della storia che propone un nuovo ordine, il populismo non finisce con il coincidere con la politica? Il populismo presuppone una società divisa, sebbene poi una fetta (l'*underdog*) si presenti come il rappresentante dell'interno. Se però concettualmente finisce la società divisa (come in Hobbes o in Marx) non solo finisce il populismo, ma finisce anche la politica.

Ecco qualche conseguenza: primo, il popolo non può emergere se non in presenza della percezione della società come divisa; secondo, il popolo emerge come rappresentazione unitaria di una parte della società; terzo, la rappresen-

tazione ha un ruolo di primaria importanza per la politica; quarto, il popolo è costituito attraverso la rappresentazione⁸³.

Seguendo questo schema anche la figura del leader va ripensata. Se nella letteratura corrente la centralità del leader populista viene comunemente spiegata ricorrendo alla *suggestione* (categoria che affonda le sue radici nella letteratura sulla psicologia della folla) e alla *manipolazione*, Laclau imposta la questione in termini differenti. La manipolazione può al più spiegare l'intenzione del leader ma nulla dice sulla condizione psicologica di coloro che lo seguono. Per comprendere invece la questione occorre ritornare alla catena di equivalenze, catturate da un significativo vuoto (la cui particolarità esprime una universalità) che non solo esprime qualcosa, ma al contempo *costituisce un'identità popolare*. Tanto più una società manca di un forte meccanismo istituzionale differenziale, tanto più funziona il significativo vuoto per costituire l'omogeneità del gruppo. Si pensi al ruolo unificante di Nelson Mandela (in questo senso, Laclau segue Freud nell'indicazione del ruolo formante del leader). Non è dunque il leader che crea il gruppo. Piuttosto, perché il *popolo* emerga occorre un passaggio – via equivalenze – da domande eterogenee a una domanda unica che implica la formazione di una frontiera politica nonché la costruzione di un potere antagonista. Tuttavia poiché tale passaggio non avviene in base a meccanismi logici né sull'analisi delle domande in vase, deve intervenire qualcosa di qualitativamente diverso. Questo *quid* è ciò che Laclau definisce *investimento radicale* che non può essere compreso se non a partire da un dimensione *affettiva*. Non si tratta di un affetto autonomo: ma dell'affetto presente in qualsiasi forma di associazione (inconscia). Questa caratteristica rende ancora più inappropriato deplorare l'aspetto emotivo dei movimenti populistici – come se vi potesse essere una razionalità pura del gruppo sociale.

Se una società fosse in grado di raggiungere un ordine istituzionale capace di dare soddisfazione e risposta a tutte le domande, non vi sarebbe populismo, ma non vi sarebbe neanche politica. La necessità di costituire un *popolo* nasce solo quando la pienezza non è raggiunta, e oggetti parziali all'interno della società vengono investiti col nome che riempie tale assenza.

La tesi di Laclau offre una prima forte riabilitazione del populismo: epurato dallo stigma riconducibile alla letteratura sulla psicologia delle folle di tardo Ottocento, il populismo viene prospettato come concetto neutro, che da un lato spiega il nascere del fenomeno politico ma che al ricorrere di certe circostanze può tramutarsi in una logica totalizzante e liberticida. Il populismo di Laclau, tuttavia, non viene definito in opposizione alla libertà (come nel caso del populismo /ideologia); né in opposizione alla politica civile (come nel caso del populismo demagogia). Piuttosto l'antitesi del populismo è la gestione degli affari pubblici affidata ai burocrati. In questo modo, ad esempio, Laclau spiega la fine della politica nei paesi del blocco sovietico. Animati dal sentimento populista che di-

⁸³ LACLAU, *La ragione populista*, cit..

scendeva dalle esperienze partigiane, i partiti comunisti europei a poco a poco si essiccarono. Intendendo subordinare tutte le esperienze nazionali al Komintern, persero ogni a chance di diventare partiti populistici. Non rimanendo spazio per le esperienze nazionali – la politica venne gradualmente sterilizzata.

7. *Populismo e ottimismo antielitario: Jeffrey Bell e Richard Parker*

Nella quinta accezione che ci accingiamo a descrivere il populismo viene individuato non in opposizione alla burocrazia ma all'elitismo. Si tratta di una definizione, che non a caso proviene dagli Stati Uniti, molto meno ambiziosa delle precedenti ma che tuttavia, nel solco della quarta appena discussa, si discosta dalla lettura *irrazionalista* del fenomeno per scorgervi al contrario uno *spirito* peculiare. Ecco come imposta la questione Jeffrey Bell: “*Populism is optimism about people’s ability to make decisions about their lives*”. “*Elitism is optimism about decision-making ability of one or more elites, acting on behalf of other people*”. E poi: *Populism implies pessimism about an elite’s ability to make decisions for the people affected. Elitism implies pessimism about the people’s ability to make decisions affecting themselves*.⁸⁴

Populismo ed elitismo piuttosto che strategie politiche sono due distinti punti di vista che in modo grossolano corrispondono a due visioni della società e delle capacità della gente comune: la prima è una visione ottimista e la seconda è una visione pessimista. Questa dicotomia, sostiene Bell, è più efficace di altre (destra, sinistra; progressisti conservatori) nello spiegare alcuni accadimenti politici. Essa spiega ad esempio come può una forte presidenza Repubblicana coesistere con un’amministrazione prevalentemente Democratica a tutti i livelli di governo per un’intera generazione. Ovvero come è riuscito Robert Kennedy a pescare nell’elettorato di George Wallace e Richard Nixon. O come hanno potuto due novizi come Woodrow Wilson e Ronald Reagan scavalcare politici ben navigati. Anche per la politica italiana, potrebbe offrire spunti di interesse.

Il populismo come visione del mondo presuppone sia un’antropologia che uno stile. L’antropologia pessimistica, predatrice, egoistica (di Tucidide, Hobbes, Nietzsche, Herbert Spencer) e antiegalitaria è tendenzialmente anti-populista. Sullo spettro opposto si colloca il *populismo fraterno* che trova i suoi rappresentanti in Lincoln e Gladstone. Lincoln si oppose alla invocazione di Douglas della sovranità popolare (e cioè rimettere alla maggioranza dei bianchi del Sud la questione della schiavitù) non contestandone l’appello, ma dubitando delle premesse antropologiche: nel 1854 Lincoln attaccò gli avversari Democratici per la loro “insistenza che non esiste altro principio d’azione che *l’interesse personale*”⁸⁵. Allo stesso

⁸⁴ J. BELL, *Populism and Elitism. Politics in the Age of Equality*. Washington, 1992.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 34.

modo nel 1862, Gladstone attaccò coloro che affermavano che “*the people cannot be trusted – that they are fit nothing except to earn daily bread – that you must not call them to the exercise of higher functions, or look to them for enlightened view*”. Per smentire questo assunto Gladstone offriva l’esempio degli impiegati dell’industria del cotone che pativano la disoccupazione quale sacrificio per la liberazione dalla schiavitù.

Questa versione di populismo radicata su un’idea romantica della gente comune ha forti radici in America e persiste anche oggi, come dimostrano i film di Frank Capra. Essa tuttavia ha subito attacchi frontali sia negli scritti di Charles Darwin – su cui fecero leva sia Marx che Herbert Spencer – che nelle tesi di Freud e Adler. Joseph Schumpeter ha fondato la moderna scienza politica sull’idea che la democrazia non fosse altro che una giungla dove le élite competono per accaparrarsi un elettorato egoista e con volontà debole.

Quanto allo stile, si tratta di uno modo di comunicazione semplice e diretto. Secondo gli storici Gordon Wood, Harry S. Stout e Alan Heimert, il Grande Revival di metà-Ottocento fu la prima autentica espressione del populismo democratico americano, una nuova forma di “comunicazione di massa, durante la quale, la gente era incoraggiata o addirittura obbligata a far sentire la propria voce”⁸⁶. Lo stile di Jonathan Edwards e dei suoi seguaci era diretto, imbevuto di simbologia religiosa, pieno di citazioni bibliche e non astratto e altisonante come quello dei liberali e dei repubblicani⁸⁷. Questo stile, anti-intellettualistico e pieno di patos transitò nella politica del *People’s Party*, e compare ancor oggi nel linguaggio politico degli Americani.

Anche Richard Parker riconduce la dicotomia fra populisti ed anti-populisti ad un diverso atteggiamento nei confronti dell’*energia politica della gente comune*.

In modo grossolano, vi sono due modi di immaginare l’energia politica della gente comune: o si immagina che essa costituisca un problema ovvero si ritiene che essa non costituisca alcun problema. [La prima posizione] ritiene che la pace politica sia un bene; la seconda si preoccupa che la pace possa essere un segno di passività popolare, presumibilmente un male. Per l’una il coinvolgimento attivo della gente comune non solo costituisce una minaccia per la pace, ma compromette anche la qualità del governo e ventila il rischio dell’oppressione. Per l’altro, non soltanto è un elemento fondamentale del governo, ma è anche il più efficace anticorpo contro l’oppressione⁸⁸.

⁸⁶ H. STOUT, *The New England Soul. Preaching and Religious Culture in Colonial New England*, New York-Oxford, 1986, pp. 193-194.

⁸⁷ A. HEIMERT, *Religion and the American Mind*, Cambridge, Mass., 1966, pp. 12-15.

⁸⁸ H. PARKER, “Here the People Rule”. *A Constitutional Manifesto*, 27 *Valparaiso University Law Review*, 1993, 531-584.

La prima posizione si identifica con l'anti-populismo, la seconda con il populismo. Parker precisa di non riferirsi né alle opinioni della gente, né alle teorie che gli individui possano avere. Il populismo, piuttosto, è una questione di *sensibilità* e non una teoria vera e propria.

È mio interesse descrivere niente di più o di meno che una sensibilità. È la sensibilità su come la gente comune agisce quando spinta ad agire, singolarmente o collettivamente, nelle questioni politiche. [Ma è anche] una sensibilità su come la gente comune si comporta quando si muove in virtù di quanto c'è di ordinario in essa, in quanto distinto da qualcosa di "superiore" o più "rifinito". E cioè, [si tratta di una sensibilità] su come si comporta la gente comune quando agisce in modo ordinario⁸⁹.

Poi Parker spiega che la sensibilità si manifesta nelle caratteristiche che vengono attribuite a questa ordinarietà. Di solito, continua l'autore, il comportamento ordinario viene stigmatizzato attraverso l'utilizzo di certi attributi, costruiti in relazione ai loro opposti. Esso viene definito emotivo, e quindi contrapposto al comportamento razionale; ignorante, contrapposto a quello informato; confuso, contrapposto ad analitico; semplicistico, contrapposto a quello complesso. Da questi attributi discenderebbe una naturale tendenza nell'azione ordinaria all'irresponsabilità. Anche qui le coppie antinomiche di attributi possono servire. L'azione ordinaria è dalla vista corta e opposta dunque all'azione lungimirante; è il frutto di una mente ristretta e opposta dunque ad una mente ampia; è ego-riferita e dunque non improntata all'interesse pubblico; è mutevole e dunque non stabile; è arbitraria e dunque sottratta al rispetto di regole e principi; è ispirata a standard di basso livello e dunque non a principi astratti ed universali. Da queste premesse discendono anche alcune caratterizzazioni di tipo psicologico. L'azione ordinaria è impulsiva e dunque antitetica al ragionamento deliberato. È perentoria e dunque antitetica al pensiero dialogico. Ma ancor peggio: è *influenzabile e manipolabile*, conformista, suggestionabile, volatile, priva di spirito critico. È scomposta, risentita (e contrapposta dunque all'atteggiamento magnanimo), arrabbiata (e contrapposta dunque all'atteggiamento pacato), astiosa e dunque restia al perdono e alla comprensione.

L'anti-populismo teme che le caratteristiche negative del comportamento ordinario possano infettare l'azione politica. L'agire politico diventa *caldo* (e non distaccato), impetuoso (e non deliberato), rude (e non corretto), volgare (e non civilizzato), imprudente, intossicato (e non sobrio), invadente (e non riguardevole), abusante (e non contenuto), moralistico (e non tollerante), pieno di pregiudizi (e non equo), tribale (e non cosmopolita). Queste coppie dicotomiche poi ven-

⁸⁹ *Ibidem*, p. 532.

gono riassunte in una: le prime – quelle deteriori – sono tipiche della massa; le seconde caratterizzano piuttosto l'azione delle istituzioni.

In un mondo in cui l'energia politica viene dipinta con tinte così negative, dice Parker, la risposta anti-populista può prendere due direzioni. La prima è il ritiro (*withdrawal*): la celebrazione della privacy e della pace in uno spazio isolato dalla politica. La seconda è la *trascendenza*: l'isolamento di una forma di partecipazione politica più raffinata, più alta, in un mondo più elevato, un mondo in cui sia possibile contenere o ritardare, o addirittura alterare o manipolare, le forze della politica ordinaria. Ciò che accomuna le due risposte anti-populiste è non soltanto la preoccupazione per i pericoli di una tale politica, ma anche il rifiuto di un coinvolgimento troppo intimo con la stessa. E tuttavia, sostiene Parker, la vera radice psicologica dell'anti-populismo non è nella paura (della massa, dell'ordinarietà, dell'impetuosità), ma piuttosto nella supponenza, nel guardare dall'alto in basso (*looking down*) non solo l'uomo come altro da noi ma anche gli aspetti meno lusinghieri che stanno in ciascuno di noi. È il disprezzo per la contaminazione, più che la paura per le suggestioni collettive, alla base dell'anti-populismo.

Se la sensibilità anti-populista è chiara, in cosa consiste la sensibilità opposta, quella populista? Si potrebbe pensare, sostiene Parker, che essa consista nel rovescio dell'anti-populismo; che ciò essa consista in una concezione romanziata dell'ordinarietà; che esalti l'uomo comune, ritenendolo ragionevole, orientato all'interesse pubblico, rispettoso, e che al contrario ritenga le élite volgari, interessate, abusanti, etc.. Questa concezione – che sembra essere quella descritta da Jeffrey Bell – tuttavia, afferma Parker, presenta gli stessi problemi dell'anti-populismo. Non solo è altamente irrealistica, ma al pari dell'anti-populismo, come sopra tratteggiato, presuppone una distinzione *qualitativa* fra le persone, e si fonda sull'assunto che soltanto alcuni siano tagliati per la vita politica. Piuttosto al cuore della sensibilità populista sta il rifiuto di guardare all'energia politica nei termini di qualità superiori ed inferiori, immaginate sullo schema degli anti-populisti. Al posto di quelle coordinate, ne mette altre due che sono intimamente connesse le une alle altre. Prese insieme essere producono un vero cambio di prospettiva, un nuovo orientamento della sensibilità⁹⁰.

Il populismo è in primo luogo sensibile all'energia politica della gente comune.

Da un lato, la sensibilità populista misura la quantità di energia espressa, [...] ed assume che l'espressione di tale energia è migliore rispetto alla passività o all'isolamento [...]. Questa attività è ritenuta superiore non perché è elevata o sofisticata, [...], ma per la vitalità di chi ne prende parte, collettivamente ed individualmente⁹¹.

⁹⁰ *Ibidem*: p. 552.

⁹¹ *Ibidem*: p. 556.

Al contrario, passività ed isolamento vengono visti con sospetto, in quanto causa di un temperamento negativo sia per l'individuo che per il gruppo. Non solo richiamano qualità negative (pusillanimità, rigidità, artificialità, solipsismo), ma vengono comunemente ritenuti il prodotto di qualche forma repressiva autoindotta ovvero sociale. Naturalmente l'inibizione ha un'indubbia funzione vitale e sociale. Invocarne il rilassamento equivale a legittimare un'esplosione di emozioni *ordinarie*, quali la rabbia e la prepotenza, ed altre forme di aggressività. Tuttavia, per la sensibilità populista, tali emozioni non sono l'unica sostanza dell'energia ordinaria. Ed in ogni caso, anche per il solo fatto che si tratta di effetti connessi all'espressione di energia ordinaria, non possono essere oggetto di stigma.

La sensibilità populista, secondo Parker, è aliena dal disprezzo che tipicamente investe le caratteristiche che traspaiono dall'energia politica della gente comune. È questo il suo secondo elemento.

È esattamente questo disprezzo che fa parte del secondo asse della sensibilità populista. [...]. Si tratta di un atteggiamento sbagliato in quanto implica il tagliarsi fuori dalla possibilità dell'impegno politico e promuove piuttosto il ritiro passivo. Ma ciò che è peggio, tale disprezzo – se disseminato ampiamente e solidificato nelle istituzioni che incidono sulla nostra esistenza quotidiana – può erodere l'autostima della gente ordinaria e metastatizzare la passività politica. E, ancora peggio, può nutrire l'arroganza delle élite a proporsi come coloro che trascendono l'ordinarietà, e così facendo si assicurano una posizione elevata da cui contenere, controllare o manipolare l'ordinaria energia politica⁹².

Parker segnala dunque la parabola ironica dell'anti-populismo: legittimando il ritiro dalla politica, sulla base di argomenti estetici ancor prima che morali, difonde e consolida una certa passività e alla fine apre la strada alla demagogia e alla manipolazione. Rispetto alla prima definizione di populismo qui la prospettiva è invertita. L'azione politica demagogica è profondamente anti-populista in quanto mossa dal sostanziale disprezzo per un elettorato da affabulare e poi fagocitare.

Ciò che colpisce è la relazione che le due [la sensibilità populista e quella anti-populista] intrattengono sulla politica ordinaria.[...]. Le due non sono soltanto distinte; non sono soltanto opposte; sono l'una la minaccia dell'altra. Entrambe risuonano nella maggior parte di noi. E entrambe combattono per dominare nelle nostre menti ed i nostri cuori⁹³.

⁹² *Ibidem*: p. 557.

⁹³ *Ibidem*: p. 557.

Il populismo è dunque quell'atteggiamento psicologico che non solo non disprezza ma plaude all'energia politica della gente comune: che ne accoglie gli aspetti – sia positivi che negativi – sul presupposto che la vitalità è preferibile alla passività e che il far sentire la propria voce è preferibile all'obbedienza incondizionata ovvero al ritiro.

Muovendo da queste premesse, non solo non c'è contraddizione fra populismo e democrazia, ma per dirla con Michael Kazin, il populismo può essere uno strumento attraverso il quale riequilibrare le posizioni di potere all'interno di una società democratica. Attraverso il populismo, dice Kazin, “gli americani sono riusciti a protestare contro le diseguaglianze economiche e sociali senza mettere in discussione l'intero sistema”⁹⁴.

8. Conclusioni

Si sono offerte cinque diverse accezioni di populismo che circolano nella letteratura sul tema. Tali accezioni non stanno tutte sullo stesso piano e pertanto non sono pienamente comparabili. Il populismo identificato con la demagogia è molto diverso dall'interpretazione che ci ha offerto Laclau come di un fenomeno che coglie la logica primaria dell'ambito politico. Parimenti, l'assimilazione fra populismo e razzismo o nazionalismo o sciovinismo è ben diversa dalla versione, in voga negli Stati Uniti, di un fenomeno corrispondente pressappoco all'energia politica della gente comunemente estranea alla politica. Tuttavia, pur nelle loro profonde differenze, si può rintracciare un tema costante in tutte e cinque le accezioni. Il populismo in qualche misura sollecita una riflessione sulle capacità politiche dell'elettore medio. In questo senso, esso può fare da cartina di tornasole del funzionamento delle istituzioni democratiche.

Si è detto che in Europa le analisi negative del fenomeno sono predominanti. Ciò è dovuto, *anche*, alla profonda diffidenza nei confronti dell'uomo comune più che all'ammirazione per uno stile politico antitetico al populismo (la politica civile, consociativa, costituzionale, etc.). Le prime tre accezioni, populismo come demagogia, come anti-politica e come ideologia, tradiscono un'enorme scetticismo nei confronti della politica di massa. Sebbene il populismo come demagogia si riferisca ad uno stile utilizzato da chi cerca di scalare (o mantenere) il potere, di cui la massa degli elettori sarebbe vittima, in realtà l'implicito assunto è che la popolazione sia suggestionabile e manipolabile. Quando il populismo viene definito un'ideologia, per lo più illiberale, allora si presume che sia la popolazione nel suo complesso che sia pervasa dalle caratteristiche tipiche di una visione del mondo ideologica (paranoia, manicheismo, purismo, etc.), mentre il leader è solo colui che riesce a farsi interprete di un'inclina-

⁹⁴ M. KAZIN, *The Populist Persuasion: An American History*, cit..

zione già presente nella società. Le analisi del populismo come anti-politica non si limitano a segnalare l'ingenuità di certe pretese finalizzate e ridurre gli ambiti della politica rappresentativa, ma ventilano il pericolo di forme di autoritarismo.

Tenore totalmente diverso hanno le analisi di Laclau e quelle di Bell e Parker (ma in realtà di molti altri autori nordamericani). Quando Laclau spiega la genesi del populismo con la logica dell'equivalenza assume che a certe condizioni tale logica sia perfettamente comprensibile e addirittura condivisibile. Casomai è il grado di populismo contro cui stare in guardia, ma non il fenomeno in sé. Ancora più espliciti sono i populistici americani che utilizzano il concetto per segnalare, in linea a quello che era chiaro perfino ad un elitista come John Stuart Mill, che le conoscenze generali della gente comune, ivi inclusa la gente incolta, possano svecchiare le opinioni specialistiche dei burocrati, ovvero sgonfiare le teorie degli esperti per la loro inadeguatezza rispetto ad una realtà mutata⁹⁵.

Che vi sia una profonda diversità di percezione fra le due sponde dell'Atlantico delle capacità politiche della gente comune non desta alcuna meraviglia. È l'Europa che ha conosciuto i totalitarismi e che ha assistito al collasso dei sistemi democratici attraverso procedure formalmente in linea ai principi democratici.

Tuttavia, ricordare che la profonda percezione del fenomeno del populismo abbia *anche* questa radice può farci resistere dalla tentazione di liquidare troppo in fretta l'idea, cara agli americani, che il senso comune di chi fa parte del popolo possa fare uscire l'élite (di politici, giuristi, filosofi) dalla caverna delle ideologie e del dogmatismo.

POPULISM: ONE WORD AND (AT LEAST) FIVE MEANINGS.

by Lucia Corso

Abstract

The essay aims at proposing five meanings of the term populism and at identifying underlying assumptions common to all. By signaling the difference between the US and the European approaches to the concept of populism, it will be advanced the claim that the predominance of the negative meanings, typical of the European tradition, has its roots in a deep distrust in ordinary people's moral and political wisdom.

⁹⁵ J. S. MILL, [1871], *Considerations on Representative Government*, in *Collected Works*, vol. XIX, *Essays on Politics and Society*, Toronto, 1977, p. 433.



L'evoluzione del sistema integrato dei servizi sociali tra livelli essenziali, ruolo delle autonomie, principio di sussidiarietà orizzontale e logiche di costo

di Pierangelo Grimaudo

SOMMARIO: 1. Il fondamento costituzionale del servizio sociale: i diritti sociali. – 2. L'evoluzione del sistema di welfare italiano verso il modello regionale e municipale. – 3. Unità e solidarietà nella giurisprudenza della Corte costituzionale sul nuovo titolo V della Costituzione. – 4. Il sistema integrato dei servizi sociali nel nuovo contesto costituzionale. – 5. L'involuzione della legislazione sui servizi sociali: dalla logica di sistema della legge n. 328/2000 alla logica di costo della legge finanziaria del 2003.

1. *Il fondamento costituzionale del servizio sociale: i diritti sociali*

Le politiche sociali nel nostro ordinamento si sono realizzate attraverso l'organizzazione di un sistema di strutture pubbliche (ed ora anche private) e di attività sintetizzabili con la locuzione di “servizi sociali”. Questi ultimi costituiscono la concretizzazione amministrativa dei diritti sociali costituzionalmente protetti.

Per individuare il concetto di diritti sociali occorre indagare sulla funzione sociale dello Stato moderno e sul carattere delle norme in cui questa si estrinseca.

Si può infatti osservare che, anche nello Stato di diritto così come esso nasce nell'Ottocento, la funzione sociale sia considerata non come la manifestazione di un potere pubblico meramente discrezionale, ma come oggetto di un diritto dei cittadini conseguente alla loro eguaglianza.

Se i cittadini sono uguali dinnanzi alla legge da ciò deriva il loro diritto di partecipare ugualmente ai vantaggi che la società offre loro, essendo compito dello Stato fare in modo che questo diritto sia rispettato. I diritti sociali quindi, rappresentano la parte che spetta a ciascuno nel conferimento delle risorse individuali in società¹. Nella Costituzione repubblicana tali diritti si appalesano come

¹ G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale du XVIII siècle jusqu' a la fin du XIX siècle*, Parigi, 1931.

pretese dei consociati volte ad ottenere dalla Repubblica prestazioni che assicurino alla generalità delle persone, e soprattutto ai soggetti deboli, servizi che hanno come finalità ultima il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale fra i soggetti². La protezione costituzionale dei diritti sociali in altre parole, rivela la missione che la Repubblica assume di promuovere una società equilibrata che mira ad integrare libertà ed eguaglianza di chance³.

Come è noto, sono molteplici i bisogni della persona umana (e della "società naturale" la famiglia) che la nostra Carta costituzionale assoggetta a speciale protezione: il lavoro (art. 4), quelli relativi alla formazione della famiglia ed all'adempimento dei compiti ad essa connessi, alla maternità all'infanzia ed alla gioventù (art. 31), all'adempimento funzione familiare della lavoratrice ed ai lavoratori minori (art. 37), alla salute (art. 32), all'istruzione ed all'educazione (artt. 33 e 34), alla condizione degli inabili e dei minorati (art. 38, primo comma), ai lavoratori in caso d'infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e di disoccupazione involontaria (art. 38, secondo comma).

Si tratta di diritti "differenziali", specificamente rivolti a rimuovere condizioni di minoranza e di debolezza di specifici soggetti, in un'ottica di eguaglianza delle condizioni di partenza di tutti nell'esercizio pieno dei diritti della persona.

Ciascuno di questi diritti costituisce il logico svolgimento del principio di eguaglianza sostanziale, consacrato nell'art. 3, secondo comma, che assegna alla Repubblica il compito di "*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*".

Il diritto sociale ha quindi, una dimensione oggettiva, come insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, ed una soggettiva costituita da specifici diritti a determinate prestazioni, dirette o indirette, da parte dello Stato.

² V. art. 3, secondo comma Cost.

³ Sull'argomento v. F. PERGOLESÌ, *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, 1953; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964; M. PERSIANI, *Commento all'art. 38 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione Italiana*, Bologna - Roma, 1979; N. LUHMAN, *Stato di Diritto e Sistema Sociale*, Napoli, 1978; CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 755 e ss.; R. CANOSA, *Le Libertà in Italia. I Diritti Sociali nell'Ultimo Decennio*, Torino, 1981; M. FERRERA, *Il welfare State in Italia*, Bologna, 1985; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XII, Roma, 1989; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La Tutela dei Diritti Fondamentali Davanti alla Corte Costituzionale*, Torino, 1994, p. 79 e ss.; E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Le Ragioni del Diritto, Scritti in Onore di L. Mengoni*, Milano, 1995; C. COLAPIETRO, *La Giurisprudenza Costituzionale nella Crisi dello Stato Sociale*, Padova, 1996.

Circa la natura dei diritti sociali in dottrina c'è chi li ha qualificati come diritti collettivi, nel senso che hanno come fine immediato e prevalente la tutela di interessi di gruppo, e solo indirettamente e di riflesso la protezione di quelli individuali.

Le conseguenze di questa qualificazione collettiva dei diritti sociali è che la tutela accordata ai singoli dipenda dalla loro appartenenza a certe collettività.

In realtà, la dottrina ha dimostrato che l'antitesi tra diritti individuali e diritti sociali non esiste⁴ tanto e vero che, la tesi secondo la quale l'essenza del diritto sociale fosse la negazione del diritto soggettivo⁵ è stata messa in crisi dall'esistenza e lo sviluppo delle funzioni assistenziali dello Stato. Il riferimento nei diritti sociali al gruppo o alla categoria in verità, ha la sola funzione di meglio identificare le posizioni personali dei singoli e consente quindi, una migliore rispondenza del trattamento giuridico (della norma) alle esigenze dei soggetti che intende proteggere, cogliendo l'individuo nella sua concreta posizione soggettiva in seno alla società. Si può dire anzi, che la considerazione dell'individuo nel suo concreto operata nelle norme di diritto sociale, costituisce una manifestazione caratteristica dell'evoluzione sociale che ha per fondamento "l'idea della vita dell'individuo come valore centrale del mondo pratico"⁶.

I diritti sociali si distinguono da quelli tradizionali di libertà in quanto, i primi mirano ad ottenere prestazioni dalle pubbliche autorità, mentre i secondi reclamano l'astensione delle autorità da una sfera di interessi ritenuta propria di ogni cittadino. I diritti sociali quindi, esprimono uno *status positivus*, mentre quelli di libertà uno *status negativus*. L'indubbia differenza tra i due gruppi di diritti non implica però, che il loro rapporto debba essere concepito in termini di antitesi. Al contrario, tra libertà e diritti sociali vi è un rapporto di complementarità.

A conferma di questo rapporto di complementarità basti osservare che per un verso, la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali incombenti sullo Stato trovino piena tutela giuridica in forma di diritti individuali per altro, la garanzia dei diritti sociali è condizione per l'effettivo godimento delle libertà.

Nelle costituzioni liberali, che assumono come missione dello Stato anche finalità di riequilibrio economico-sociale, questo rapporto di complementarità si è realizzato in modo più evidente poiché, le finalità sociali dello stato convivono con i diritti di libertà. In questi ultimi contesti ordinamentali si è posto quindi, l'interrogativo se tra le due categorie di diritti solo i primi (quelli di libertà) godono di una piena tutela costituzionale, mentre per i secondi, la loro effettiva protezione giuridica si realizza solo indirettamente per il tramite della legge ordinaria e degli apparati amministrativi.

⁴ M. MAZZIOTTI, *Diritti Sociali* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano, 1964, p. 802 e ss.

⁵ L. DUGUIT, *Le droit social et le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, 1908.

⁶ M. MAZZIOTTI, *op. ult. cit.*

Questo ragionamento in verità, non sembra dirimente poiché, anche per i diritti di libertà, sia il momento legislativo che quello del concreto agire amministrativo, finisce per essere fondamentale anche ai fini dell'effettività delle libertà civili e politiche.

Circa effettività dei diritti sociali costituzionalmente protetti, si è posto il problema di estrarre dalle disposizioni della Costituzione un vincolo giuridico capace di rimediare alle omissioni ed errori del legislatore, e di individuare un contenuto minimo di ciascun diritto.

A tale riguardo sono state elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale due opzioni interpretative finalizzate a limitare i margini di discrezionalità del legislatore ed ad individuare il contenuto minimo dei diritti sociali: il sindacato di ragionevolezza e l'interpretazione sistematica della Costituzione.

Il sindacato di ragionevolezza è in grado di correggere le omissioni del legislatore solo a fronte di difetti puntuali, restando esclusi i casi in cui manca una disciplina globale dell'istituto⁷. L'interpretazione sistematica è tesa a ricavare dalla combinazione di una e più norme costituzionali regole precettive che individuino il contenuto indefettibile del diritto⁸.

Nel nostro tempo quindi, la questione dei diritti sociali è soprattutto legata alla loro effettività ed in tale contesto, e di conseguenza diventa centrale individuare chi ne sia il vero garante.

La garanzia di tali diritti va individuata in primo luogo, nel legislatore statale e regionale che è deputato ad attuare un quadro normativo capace di dare corpo ai principi ed ai disposti costituzionali sopra richiamati quindi, nelle amministrazioni pubbliche che hanno il compito di programmare ed organizzare una rete dei servizi sociali efficiente, ed in ultima istanza nella giurisdizione chiamata a far valere tali pretese costituzionalmente garantite.

2. *L'evoluzione del sistema di welfare italiano verso il modello regionale e municipale*

Il tema dei diritti sociali, come è noto, è organicamente collegato con il modello del *welfare state*.

La logica di fondo di questo modello ordinamentale, è ispirata al principio solidaristico per cui, se è vero che tutti possono trovarsi ad essere soggetti deboli in un dato momento della loro vita, per tali condizioni di debolezza lo Stato-Re-

⁷ Sul principio di ragionevolezza v. A. D'ANDREA, *Ragionevolezza e Legittimazione del Sistema*, Milano, 2005; ID., *Contributo ad uno Studio sul Principio di Ragionevolezza nell'Ordinamento Costituzionale*, Milano, 2000; M. MORRONE, *Il Custode della Ragionevolezza*, Milano, 2001.

⁸ Per una critica del ricorso alla tecnica dei combinati disposti, v. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992.

pubblica ha il dovere di intervenire per soddisfare i bisogni primari (nel campo dell'istruzione, della salute, del reddito, della casa, etc.) secondo *standards* definiti in modo unitario, che comunque assicurino l'essenzialità delle prestazioni volte a risolvere i diversi fabbisogni.

Lo Stato sociale, in sostanza, si prefigge di dar vita ad un sistema di protezione sociale universale, volto cioè, a garantire la sicurezza di tutti i cittadini "dalla culla alla bara", con l'obiettivo dichiarato di perseguire la "libertà dal bisogno".

Occorre però avvertire che non esiste un modello unitario di *welfare* diffuso in tutto il continente europeo in quanto, nelle diverse realtà statuali esso ha trovato peculiari svolgimenti in relazione anche ad esigenze e sensibilità differenziate dei sistemi politico-istituzionali esistenti nei vari paesi. Si tratta spesso di esigenze eminentemente consensuali, rispetto alle quali la misura dell'intervento pubblico e la preferenza degli ambiti delle politiche pubblico-sociali risponde, nella realtà, ad esigenze di acquisizione e consolidamento del consenso politico.

In Italia la realizzazione del *welfare* è stata caratterizzata da tre aspetti principali: a) ha privilegiato la previdenza (il sistema pensionistico)⁹, l'assistenza sanitaria¹⁰ e l'istruzione pubblica¹¹; b) si è basata sul ruolo preminente della legge e delle istituzioni statali; c) è stata finanziata con un massiccio ricorso al debito pubblico.

Lo Stato sociale quindi, nella metà del novecento, ha realizzato importanti successi nel campo delle politiche pubbliche relative ai diritti sociali, ma lo ha fatto solo in ambiti strategici ritenuti meritevoli di preferenza rispetto ad altri parimenti meritevoli di protezione¹².

In buona sostanza, i servizi sociali in generale, e con specifico riferimento ai soggetti deboli concretamente individuati nelle disposizioni costituzionali di favore, hanno segnato il passo, conoscendo ritardi ed asimmetrie legislative protrattesi fino alla fine degli anni novanta¹³.

Dagli stessi contenuti della variegata legislazione emerge, inoltre per soggetti inabili, un'eccessiva parcellizzazione della disciplina di favore (conseguenza forse di una certa mentalità di difesa di specifiche categorie di inabili particolarmente

⁹ Sul sistema di protezione sociale in Italia v. A. LA SPINA, *La protezione sociale*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, tomo I, Milano, 2003, p. 823 e ss.

¹⁰ Sul tema v. N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale, tomo I*, Milano, 2003, p. 625 e ss.

¹¹ Sul regime dell'istruzione v. M. GIGANTE, *L'istruzione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, tomo I, Milano, 2003, p. 779 e ss.

¹² Per una ricostruzione storica dei servizi sociali nel campo lavorativo in Italia v. M. MARROCCO, *Il sistema integrato dei servizi al lavoro in Italia: evoluzione storica e prospettive future*, in *Rassegna CNOS*, n. 1/2013, p. 133 e ss.

¹³ Sui servizi sociali v. E. FERRARI, *I servizi sociali*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, tomo I, Milano, 2003, p. 891 e ss.

organizzate) nonché, la carenza di una cultura istituzionale rispettosa del diritto della persona debole in quanto tale.

Per quanto riguarda quindi, la condizione dei soggetti deboli, caratterizzata da una spiccata di dipendenza oggettiva e soggettiva, in special modo dalla famiglia, si può dire che l'obiettivo della protezione costituzionale del diritto della persona in difficoltà non sia stato conseguito.

D'altra parte, la stessa tutela giurisdizionale, per questi soggetti così fortemente condizionati dalla condizione di dipendenza, non riesce facilmente ad assolvere il compito di rendere effettive le loro pretese costituzionalmente protette.

Deve rilevarsi in ogni caso, come le politiche pubbliche in quest'ambito hanno prevalentemente risposto alla logica di assicurare una tutela previdenziale, che solo a partire dal duemila si è estesa fino ad integrare le politiche di sicurezza sociale, a loro volta ispirate ad un criterio universalistico.

In questa logica infatti, ha operato la stessa legge del 1898¹⁴ che obbligava il datore di lavoro ad assicurarsi contro gli infortuni del lavoro, che troverà un più ampio sviluppo con le previsioni costituzionali e la relativa ispirazione al *principio personalista* ed a *quello solidarista*.

Allo stesso modo, le previsioni relative all'istituzione ed al funzionamento dell'INPS, alle pensioni sociali (1976), alle pensioni di vecchiaia, all'assegno di invalidità e alla pensione di invalidità, alle pensioni di inabilità¹⁵, alla tutela contro la disoccupazione involontaria, agli assegni familiari¹⁶, agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali (cui fa capo una struttura ad hoc, come l'INAIL), alle prestazioni sanitarie ora di competenza del Servizio Sanitario Nazionale, si inscrivono nell'ottica della sicurezza sociale.

Riguardo all'ambito della protezione della salute, con riferimento ai suoi impatti organizzativi (ASL e gestioni private accreditate), risultano indubbiamente importanti le previsioni del DPR n. 9/1972 in materia di trasferimento di funzioni amministrativo-statali alle Regioni, ancorché persista in tale fonte normativa un ancoraggio forte alla risalente cultura istituzionale della "beneficenza pubblica" e alle sue forme organizzative (IPAB).

In questa prima riforma i servizi alla persona ed alla comunità sono scorporati dalle prestazioni previdenziali che restano ancorate alla responsabilità gestionale di risalenti enti nazionali, per ricadere nella competenza gestionale degli enti locali e delle relative strutture, secondo opzioni stabilite dal legislatore regionale.

Dal DPR n. 616/1977 fino alla legge n. 59/1997, l'assetto amministrativo relativo alla predisposizione ed all'erogazione dei relativi servizi ed interventi a favore della persona e della comunità vede la centralità del Comune nell'esercizio

¹⁴ L. n. 80/1898.

¹⁵ v. l. n. 222/1984.

¹⁶ v. l. n. 153/1988.

di una funzione e di un ambito eminentemente locale, che, a sua volta, anticipa la cultura istituzionale della sussidiarietà, destinata a divenire principio costituzionale positivizzato nelle recenti riforme costituzionali in materia regionale¹⁷.

Il trasferimento delle competenze amministrative operate nel 1977, in verità, aveva individuato la soluzione ottimale nella specializzazione del Comune come ente operativo/gestionale, mentre alla Regione veniva assegnata la funzione di programmazione e di determinazione degli ambiti maggiormente adeguati per la gestione dei servizi sociali e sanitari, nonché per la promozione della collaborazione fra i diversi enti interessati.

Il quadro dei rapporti istituzionali chiamati a farsi carico delle politiche pubbliche in materia sociale sarà definito compiutamente sul piano legislativo da una serie di riforme di impatto notevolmente innovativo solo nel decennio 1990-2000¹⁸.

La revisione costituzionale del 2001 conferma tale quadro di distribuzioni di responsabilità istituzionali, procedendo ad un consolidamento dello stesso impianto anticipato dal legislatore ordinario degli anni novanta ed in particolare del 2000.

Non può essere però sottaciuto che l'introduzione del nuovo criterio di attribuzioni competenziali in campo legislativo ha posto gravi problemi, sia in termini di perimetrazione degli ambiti di competenza Statale o regionale, sia ai fini della individuazione di un principio capace di garantire, anche in questo contesto, la tenuta dell'idea, dapprima garantita dalla Costituzione del 1948, delle uniformità/universalità del sistema di sicurezza sociale e con esso, del principio di unità della Repubblica sancito dall'art. 5.

Infatti, la disciplina degli ambiti d'intervento nei quali si articola il sistema dei servizi sociali, approdato ad compiuta unità con la legge n. 328/2000¹⁹, ad una prima lettura, appare disarticolata in una pluralità di fonti di natura diversa: a) legge dello Stato (esclusiva); b) legge regionale (concorrente) nell'ambito dei principi fondamentali posti dalle leggi dello Stato; c) legge delle Regioni ("esclusiva")²⁰.

Dall'enumerazione di cui all'articolo 117, secondo comma della Costituzione emerge che, la materia della "previdenza sociale" (lett. o) e quella delle "norme generali sull'istruzione" (lett. n) rientrano nella legislazione esclusiva dello Stato,

¹⁷ Art. 118 Cost.

¹⁸ L. n. 142/90, l. n. 59/97, d.lgs.vo n. 112/98, d.lgs.vo n. 267/2000, l. n. 328/2000.

¹⁹ MAGGIAN, *Il sistema integrato dell'assistenza*, Milano, 2001; E. BALBONI – B. BARONI – A. MATTIONI – G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei Servizi sociali*, Milano, 2007; PEDACI, *Alcune considerazioni in ordine al sistema integrato di interventi e servizi sociali nel nuovo quadro di "welfare, previsto dalla legge 328/2000*, in *L'amministrazione italiana*, n. 9/2006, p. 1163 e ss.; LEBRA, *Elementi di diritto del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in *Tutela*, n. 1/2007, p. 195 e ss.; M. PISCOPO, *Sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in *Nuova rassegna*, n. 23 e 24/2008, p. 2383 e ss.

²⁰ In questo senso v. G. MELONI, *Il nuovo assetto costituzionale delle competenze e la legislazione di settore in materia di assistenza sociale*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2002, p. 349.

che soggiace al rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali (potestà esclusiva dello Stato).

Le materie della “Previdenza complementare e integrativa”, dell’“istruzione” e della “tutela della salute”²¹ sono disciplinate dalle leggi delle Regioni in concorrenza con quelle dello Stato che determinano i principi fondamentali (potestà concorrente).

Le altre numerose materie riguardanti anche esse diversi diritti sociali costituzionalmente protetti²², che costituiscono gran parte degli ambiti di intervento del sistema dei servizi sociali, non riservate espressamente dalla Costituzione alla legislazione dello Stato, restano riservate alla legge delle Regioni (potestà residuale)²³.

In effetti, sebbene nella lettera del nuovo art. 117 della Costituzione emerga un'apparente logica della separazione competenziale, non può non cogliersi come, tra le materie di competenza esclusiva, ve ne sia una, quella della “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (lett. m), che sembra in modo evidente, finalizzata alla garanzia del mantenimento di un tessuto comune dell'ordinamento proprio sul versante dei diritti sociali che in maniera peculiare interessano il tema dei servizi sociali²⁴. Come è stato evidenziato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale²⁵, in questo caso risulta evidente che non si tratta di una materia in senso stretto, quanto piuttosto di un livello di regolazione trasversale ad una serie di materie ricadenti in capo alla potestà dello Stato e delle Regioni²⁶.

Si tratta in sostanza, di una clausola generale destinata ad operare su vasto raggio e che rialloca in maniera diversa il generale dovere della Repubblica di dare corpo all'uguaglianza ed alla solidarietà.

Allo Stato-ordinamento compete così, la disciplina legislativa dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali, in modo da assicurare l'unità ed indivisibilità della Repubblica²⁷, che si concreta in un trattamento giuridico di tutti i cittadini tale da assicurare una cittadinanza sociale unitaria.

²¹ V. art. 117, terzo comma Cost.

²² V. artt. 31 (famiglia, maternità, infanzia, gioventù), 35 (formazione ed elevazione professionale dei lavoratori), 37 (protezione della donna lavoratrice e della prole), 38 (garanzia dei mezzi di sussistenza per i lavoratori in casi d'infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria, educazione ed avviamento professionale degli inabili e minorati).

²³ V. art. 117 quarto comma della Cost.

²⁴ V. ROSSI – A. BENEDETTI, *La Competenza legislativa esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il Lavoro nella Pubblica Amministrazione*, suppl. fasc. n. 1/2002, p. 22 e ss.; F. GIGLIONI, *La tutela dei diritti di assistenza sociale e sanitaria dopo l'introduzione in Costituzione dei livelli essenziali*, in *Astrid*, novembre 2002.

²⁵ V. in particolare la C. cost. sent. n. 282/2002.

²⁶ In questo senso v. G. MELONI, *Il nuovo assetto costituzionale delle competenze*, cit., p. 341.

²⁷ V. art. 117, secondo comma, lett. m, ed art. 5 Cost.

Inoltre, la riforma costituzionale attribuisce allo Stato-governo il potere di far valere tale unitarietà di trattamento come conseguenza dell'unità giuridica dell'ordinamento ed a tal fine, eserciterà un potere sostitutorio nei confronti degli organi delle Regioni, delle Province e dei Comuni ogni qualvolta lo richieda, in particolare, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali e la loro garanzia²⁸.

Tale potere, come stabilisce la legge n. 131/2003, di attuazione della riforma, potrà consistere nell'adozione di provvedimenti anche normativi, ovvero nella nomina un apposito Commissario. Il legislatore d'attuazione ha previsto fra l'altro, che l'intervento sostitutivo del Governo possa realizzarsi, oltre che per autonomo impulso del Governo "anche su iniziativa delle Regioni e degli enti locali".

Il Governo da parte sua, potrà promuovere la stipula di intese, in sede di Conferenza Stato-Regione o di Conferenza unificata, volte a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni²⁹, conferendo così pari dignità ai soggetti (Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato) che ora compongono la Repubblica³⁰.

In ogni caso, non va ignorato il fatto che tale nuovo assetto delle competenze legislative può favorire il pericolo che tra Regioni "forti" e Regioni economicamente deboli si determini una divaricazione nelle legislazioni e nel sistema di sicurezza sociale locale tale da svuotare, soprattutto sul piano fattuale, il principio d'uniformità delle prestazioni e con esso, quello di "cittadinanza sociale".

La riforma del titolo V della Costituzione fornisce quindi, copertura istituzionale alla riforma legislativa mediante la positivizzazione costituzionale del principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale ed abbandona il principio di parallelismo tra le competenze amministrative e quelle legislative accolto nella testo costituzionale originario, assegnando costituzionalmente all'ente di base, il Comune, l'esercizio delle funzioni amministrative³¹, salvo che una legge statale o regionale non le assegni ad un livello istituzionale superiore al fine di garantire interessi di ambito più vasto.

Sul piano costituzionale perciò, in materia di assistenza sociale, si verifica il passaggio da un *welfare* incentrato sullo Stato ad un *welfare di tipo regionale-municipale*.

Le responsabilità che fin qui erano assegnate allo Stato in ordine alla realizzazione dei principi fondamentali d'eguaglianza sostanziale e di solidarietà³²,

²⁸ V. art. 120, secondo comma Cost.

²⁹ V. art. 8, sesto comma, l. n. 131/2003.

³⁰ V. art. 114 Cost.

³¹ V. art. 118, primo comma, Cost.

³² V. art. 3, secondo comma ed art. 2 Cost.

nella riforma costituzionale del 2001 sono ora riallocate in forma radicalmente innovata.

3. *Unità e solidarietà nella giurisprudenza della Corte costituzionale sul nuovo titolo V della Costituzione*

Molti dei nodi problematici posti soprattutto dal nuovo riparto competenziale che sopra è stato esposto, sono stati affrontati come è noto, dalla giurisprudenza costituzionale con un'opera volta a rintracciare, anche in questo scenario, principi di flessibilità capaci di coniugare la rafforzata autonomia regionale con esigenze di tipo unitario³³.

Ciò è avvenuto, in primo luogo attraverso l'estensione del principio di sussidiarietà dall'ambito delle funzioni amministrative a quello delle potestà legislative.

La Corte ha affermato che detto principio opera su entrambi i versanti, per cui la presenza di comprovate esigenze unitarie, anche nelle materie rientranti nella cosiddetta competenza esclusiva/residuale delle Regioni³⁴ non preclude la possibilità di interventi legislativi dello Stato. Di conseguenza, esclude una concezione della competenza residuale regionale in termini d'esclusività, ed accoglie il principio secondo il quale occorrerà valutare caso per caso quale sia il punto di equilibrio tra competenza statale e competenza regionale

Non vi è quindi, secondo la Corte, nella predetta norma costituzionale di distribuzione competenziale un divieto esplicito di interventi statali nelle materie innominate formalmente riservate alle Regioni.

In questo senso, secondo un'interpretazione sistematica del nuovo titolo V della Costituzione, la Corte afferma che "Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principi giuridici, trovano sostegno nella proclamazione dell'unità e indivisibilità della Repubblica". "Giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate possano organizzare e regolare funzioni attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere ad un compito siffatto" (sent. n. 303/2003).

³³ Sull'argomento v. M. LUCIANI, *L'autonomia legislative*, in *Le Regioni*, n.2-3/2004, p. 355 e ss.; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2004, p. 381.

³⁴ V. art. 117, terzo comma Cost.

Pertanto, il principio di sussidiarietà consentirebbe di derogare ai nuovi criteri di riparto della funzione legislativa, ma procedendo con un'attenta e proporzionata valutazione dell'interesse generale allo spostamento verso il livello statale dell'esercizio della funzione, e nel rispetto del principio di ragionevolezza. Inoltre, lo Stato nel legiferare in questi ambiti, attribuiti anche alle Regioni, dovrà attivare procedure decisionali volte a coinvolgere adeguatamente il livello regionale. La Corte a questo proposito, specifica che “ la legislazione statale “attrattiva” può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumono il dovuto risalto le attività concertative ed di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che debbono essere condotte in base al principio di lealtà” (sent. n. 6/2004).

D'altra parte, la stessa Corte ha precisato che “nel nuovo assetto Costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato sia pur sempre riservata, nell'ordinamento della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione del principio di cui all'art. 5 della Costituzione, ma anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione nonché dai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative... nonché dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso. E tale esigenza postula necessariamente che nel sistema esista – lo Stato appunto – avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento “ (sent. n. 274/03).

Anche per quanto riguarda le competenze dello Stato, che secondo la lettera dell'art. 117, secondo comma, gli sono attribuite “in via esclusiva”, la Corte rifiuta un'interpretazione strettamente legata al “principio di separazione”. Infatti, trattandosi in questo caso di materie che non hanno un oggetto predeterminato, il loro contenuto si dovrà determinare attraverso il loro concreto esercizio, ciò implicando la sindacabilità, caso per caso, dei termini del rapporto tra legge dello Stato e legge regionale³⁵.

Rispetto alle materie di legislazione concorrente elencate nel novellato terzo comma dell'art. 117, il Giudice costituzionale ha avuto modo di affermare che, sebbene “la nuova formulazione dell'art. 117 esprime l'esigenza di una più netta distinzione tra competenze regionale e competenze statali, limitata alla determinazione dei principi fondamentali della materia”, la legislazione statale non deve necessariamente limitarsi ad una connotazione negativa, di limite, ma può assolvere ad una funzione di orientamento delle scelte del legislatore regionale³⁶.

Altra questione è costituita dalla legittimità delle norme di dettaglio contenute in leggi statali, che individuano i principi fondamentali di una materia ora attribuita con potestà concorrente alle Regioni.

³⁵ Sul principio così enunciato v. sent. n. 282/2002; Sull'applicazione della sindacabilità, caso per caso, v. ad es. le sent. nn. 407, 438/2002, 94, 300, 301, 307, 315, 359/2003, 14/2004.

³⁶ V. sent. n. 282/2002 e n. 131/2003.

Ancora una volta, nella giurisprudenza della Corte, sul punto sono prevalse le esigenze di assicurare una copertura normativa in mancanza di una disciplina regionale nella materia.

In questo senso pertanto, la disciplina statale di dettaglio precedente alla riforma costituzionale, è da ritenersi ancora applicabile, dovendo però cedere al cospetto di una nuova legislazione regionale sulla materia, ed allo stesso modo per il futuro, dovrà essere ritenuta legittima una normazione particolareggiata volta a supplire un'inerzia del livello regionale³⁷. Ciò risulta giustificato dalla valenza dinamica del principio di sussidiarietà, che impone, un dovere d'intervento a fronte della constatazione dell'insufficienza del livello istituzionale più prossimo alla comunità.

Secondo la Corte “La disciplina di norme di dettaglio a carattere supplementivo..determina una temporanea compressione della competenza regionale che deve ritenersi non irragionevole, finalizzata com'è ad assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo Stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie e che non possono essere esposte al rischio della ineffettività” (sent. n. 303/2003).

Sempre dettato da questa preoccupazione di evitare un vuoto (normativo, ed ora anche istituzionale), capace di mortificare l'effettività dei diritti dei cittadini, è il ricorso, nella giurisprudenza della Corte, al principio di continuità in un'accezione più ampia del passato per il quale, “Sul piano normativo, nell'avvicendamento delle competenze costituzionali dello Stato e delle regioni ed in virtù del quale le preesistenti norme statali continuano a vigere, nonostante il mutato assetto delle attribuzioni, fino all'adozione di leggi regionali conformi alla nuova competenza..”. Tale principio “deve essere ora ampliato per soddisfare l'esigenza non più normativa ma istituzionale, giacchè soprattutto nello Stato costituzionale l'ordinamento vive non solo di norme, ma anche di apparati finalizzati alla garanzia dei diritti fondamentali” (sent. n. 13/2004).

4. *Il sistema integrato dei servizi sociali nel nuovo contesto costituzionale*

Occorre a questo punto valutare quali sono le conseguenze della riforma del titolo V della Costituzione sull'ordinamento dell'assistenza sociale.

In primo luogo, si pone il problema di valutare la valenza che conserva la legge n. 328/2000, anche alla luce delle interpretazioni costituzionali offerte dalla Corte.

In secondo luogo, si impone un'attenta valutazione delle conseguenze, della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale con il conseguen-

³⁷ Contra v. M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario*, in *Il lavoro nella Pubblica Amministrazione*, suppl. fasc. n. 1/2002, p. 21.

te interesse costituzionalmente protetto del privato (e non più privato sociale, come nella legge n. 59/97) a vedere assicurata la propria iniziativa nello svolgimento di attività di interesse generale.

Per quanto il primo punto, va osservato che il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, di cui sono titolari, tutti i cittadini "inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere"³⁸, implica che queste ultime situazioni fattuali di discriminazione debbano essere rimosse a cura della Repubblica ai sensi dell'art. 3, secondo comma della Costituzione.

Dunque, il contenuto minimo essenziale dell'assistenza deve consistere in un insieme di prestazioni che consentano all'inabile di vivere una vita libera e dignitosa, e di ciò e alla fine può e deve essere *dominus* un giudice³⁹.

Se confrontiamo tale lettura con le disposizioni della legge n. 328/2000 è da dirsi che, pur colmando un ritardo insopportabile in materia, la stessa, che si presenta come una legge-quadro in materia, non parrebbe, ad un primo approccio, essere riuscita a farsi carico di una compiuta ed adeguata garanzia del nucleo essenziale del diritto al mantenimento e all'assistenza per gli inabili al lavoro e per i poveri, né ad assicurare a tali soggetti lo strumentario più congruo per garantire un diritto sociale fondamentale, quale è appunto, dal punto di vista costituzionale, il diritto dei soggetti ora in considerazione⁴⁰.

D'altra parte questa carenza non può essere giustificata dalla scarsità delle risorse disponibili, restando pertanto confermato, così come per altri diritti sociali, che la garanzia costituzionale dei soggetti destinatari della norma di favore potrà solo essere assicurata dal sindacato di ragionevolezza/proporzionalità del giudice delle leggi e dello stesso giudice ordinario e amministrativo, ognuno nel suo ambito di competenza giurisdizionale.

In questo senso, la legge n. 328/2000 non sembra apparire idonea, per la natura del suo articolato, ad assolvere da sola alla funzione di legge di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali. Si tratta infatti, di una legge prevalentemente orientata a definire i nuovi assetti organizzativi che deve assumere il servizio sociale, che, ora, pretende di integrarsi in un sistema più complesso con altri servizi, quali la sanità, la scuola, i trasporti. In altre parole, la legge del 2000 ha una natura eminentemente organizzativa, poiché nel nuovo quadro di corresponsabilità della sicurezza sociale sono coinvolti non solo, una pluralità di istituzioni pubbliche, Stato e Autonomie locali, ma anche i soggetti privati che intendano operare nel settore.

³⁸ V. art. 38 Cost.

³⁹ Così, E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'uguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in *Il Sistema Integrato dei Servizi Sociali*, Milano, 2002, p. 37.

⁴⁰ Sull'argomento v. G. MELONI, *Il nuovo assetto Costituzionale delle competenze*, cit., n. 3/2002, p. 343.

In questa situazione diventa prevalente per il legislatore la necessità affrontare i nodi dei rapporti tra i diversi attori (istituzionali e non) del sistema dei servizi sociali. L'individuazione dei principi di programmazione, di concertazione e di sussidiarietà⁴¹, e la definizione di un quadro di distribuzione di funzioni, programmatorie, operative o di controllo in capo ai diversi soggetti coinvolti, confermano la prevalente natura organizzativa della legge n. 328/2000.

Non va però sottaciuto, che il diritto ad usufruire delle prestazioni del servizio sociale assume, nella definizione del legislatore, dei contorni più precisi tali da configurarlo come un vero e proprio diritto soggettivo azionabile dinnanzi all'autorità giudiziaria⁴².

Questo giudizio di insufficienza della legge del 2000 a funzionare come fonte di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, e quindi, le preoccupazioni per l'inesistenza di un tessuto normativo (connettivo) idoneo a realizzare un qualche livello di omogeneità del servizio sociale che garantisca l'effettività dei diritti sociali per ogni cittadino a prescindere dalla Regione di residenza, non pare però giustificato se solo si da la dovuta rilevanza al ruolo che la legge assegna agli istituti di programmazione/pianificazione nella realizzazione delle attività in cui si concretano i servizi sociali⁴³.

Da una lettura più approfondita in effetti, emerge che il legislatore del 2000, non ha eluso il compito della definizione puntuale delle prestazioni (e dei livelli essenziali), ma ha proceduto ad una sorta di delegificazione del contenuto materiale delle prestazioni affidandolo allo strumento più concreto e flessibile costituito dai Piani di livello nazionale, regionale, di zona⁴⁴. Si può dire così, che in particolare il Piano Nazionale degli Interventi e dei Servizi Sociali di cui all'art. 18 della legge n. 328/2000, nell'ottica del legislatore del duemila è lo strumento più idoneo a garantire in forma dinamica l'unitarietà, almeno nei livelli essenziali, del sistema di sicurezza sociale di tipo regionale e locale.

D'altra parte, il procedimento per la formazione di questo atto di programmazione, lungi dall'esaurirsi ad un livello centralizzato statale, coinvolge anche le Regioni e le altre Autonomie, oltre che le associazioni operanti nei settori interessati. L'art. 18 al n. 2 stabilisce infatti, che "Il piano è adottato previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la solidarietà sociale, sentiti i Ministri interessati. Sullo schema di piano sono acquisiti l'intesa con la Conferenza Unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, nonché i pareri degli enti e delle associazioni nazionali di promozione sociale...".

⁴¹ V. in particolare artt. 1 e 3 l. n. 328/2000.

⁴² V. in particolare il dettato dell'art. 2 della l. n. 328/2000. Per l'affermazione del diritto alla sicurezza sociale come diritto soggettivo v. fra gli altri, A. LA SPINA, *La protezione sociale*, cit., p. 835.

⁴³ V. G. MELONI, *Il nuovo assetto costituzionale delle competenze*, cit., p. 343.

⁴⁴ V. art. 18, nn. 1-5, e n. 6 per il livello statale e regionale, ed art. 19 per il livello intercomunale.

Complessivamente si può ritenere che il paventato pericolo di disarticolazione del sistema dei servizi sociali, a seguito della riforma costituzionale del titolo V, è stato superato dalla lettura che di questa riforma ha effettuato la Corte costituzionale.

Si può dire quindi, che le interpretazioni della giurisprudenza costituzionale, approdate al riconoscimento della flessibilità del sistema di riparto delle competenze legislative, unitamente all'ampliamento del principio di continuità dal versante normativo a quello degli apparati amministrativi (continuità istituzionale), consentano di sostenere l'applicabilità della legge n. 328 del 2000, sicuramente nella limitata parte in cui definisce principi fondamentali (capo I, artt. 1-5), ed anche nella parte in cui la legge detta una disciplina dettagliata, almeno in carenza di adeguate leggi regionali ed apparati amministrativi capaci di soddisfare in concreto le pretese costituzionali riguardanti i diritti sociali.

Riguardo alla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale e dunque, al nuovo regime dei rapporti pubblico/privato nella gestione dell'assistenza sociale (compresa anche quella sanitaria), la stessa legge n. 328/2000, come è noto aveva già previsto un ruolo attivo dei privati, soprattutto dei privati del terzo settore, sia nella gestione dei servizi sociali quanto nella loro programmazione e valutazione. Questo protagonismo dei privati però, conosce ora l'omologazione fra privati *ut sic* e privati-sociali. Infatti, secondo l'art. 118, ultimo comma della novellata Costituzione "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà"⁴⁵. Si tratta, come è evidente, di un criterio destinato a guidare le amministrazioni nella decisione di conservare in capo a sé la funzione amministrativo-sociale o piuttosto, di cederla al privato per la relativa gestione. In realtà, l'opzione di affidare la gestione del servizio sociale "all'esterno" dell'apparato pubblico presenta delle rilevanti differenze nel caso delle associazioni di volontariato che collaborano con le amministrazioni, e nell'altro quando l'ente privato presenta le caratteristiche speculative proprie dell'impresa.

In quest'ultima ipotesi l'affidamento di servizi sociali a contenuto economico, non può non accompagnarsi alla previsione di istituti e misure volte ad assicurare contestualmente la "tutela della concorrenza" e pertanto, la funzionalità del mercato, e l'effettività del diritto dei cittadini alla sicurezza sociale, escludendo in ogni caso, che l'attuazione della sussidiarietà possa comportare la cessione al privato di funzioni regolative.

Le istanze dei privati, così, devono conformarsi alle regole dell'azione amministrativa e fra queste, in particolare, a quelle dell'accreditamento istituzionale e

⁴⁵ Sul principio di sussidiarietà orizzontale v. P. FALZEA, *Gli interventi dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in L. VENTURA (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, Torino, 2004, p. 179 e ss.

dell'evidenza pubblica⁴⁶e comunque, le stesse possono essere accolte solo quando sia accertato che l'attribuzione delle funzioni ai privati non comporti oneri pubblici superiori a quelli della gestione amministrativa diretta.

L'affidamento a privati, in ogni caso, non deve compromettere l'efficacia e l'efficienza del servizio.

Si coglie agevolmente, quindi, che le procedure per l'accreditamento in queste ipotesi, giocano un ruolo di garanzia dell'effettività dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali. Per questo peculiare motivo le stesse possono opportunamente estendersi dalla verifica del contenuto oggettivo delle prestazioni essenziali erogate a quello (soggettivo) delle caratteristiche dei privati che aspirano alla gestione, al fine di accertare la conformità del servizio offerto a *standards* di qualità ritenuti essenziali al servizio sociale. Fra l'altro, qualora tale coinvolgimento del privato dovesse includere incentivazioni economiche o comunque impiego di risorse pubbliche⁴⁷ la funzione volta a favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale dovrà seguire le regole di trasparenza sancite nell'art. 12 della legge 241/1990.

In conclusione, la paventata disarticolazione del Sistema dei servizi sociali, in conseguenza del nuovo riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni introdotto con la riforma del titolo V del 2001, sembra superata, dalla lettura unificante del nuovo impianto costituzionale operata in questi anni dalla Corte costituzionale. Il ricorso all'interpretazione sistematica, al sindacato di ragionevolezza, al principio di continuità "allargato", ed un'interpretazione della sussidiarietà capace di valorizzare anche istanze di unità dell'ordinamento, e di perdurante impegno della Repubblica nella promozione della persona umana sono state la via che ha consentito di approdare a queste conclusioni.

In questo quadro costituzionale, così delineato, si può ritenere che l'armatura fondamentale su cui si regge il Sistema dei servizi sociali, la legge n. 328/2000, abbia conservato la sua validità anche dopo il 2001.

Gli stessi limiti, emergenti da una lettura dell'articolato della predetta legge sul versante della determinazione dei livelli essenziali omogenei su tutto il territorio nazionale, probabilmente, devono essere ridimensionati.

Se solo si prende atto che in un contesto istituzionale composito, quale è appunto il nostro, proprio gli strumenti programmatori (ai quali la legge sembra affidare l'implementazione della riforma) sono dotati della necessaria flessibilità, che può garantire, su un piano di effettività, il coordinato esercizio delle azioni, di attori pubblici e non, per il raggiungimento degli obiettivi delle politiche sociali,

⁴⁶ V. art. 6, punto 2, lett. c, art. 8, punto 3, lett. f, l. n. 328/2000. Sull'importanza centrale dell'accreditamento delle strutture private v. G. MELONI, *Il nuovo assetto costituzionale delle competenze*, cit., p. 347 e ss.

⁴⁷ V. art. 7, primo comma l. n. 131/2003.

non si può non convenire che nella riforma del 2000 sono state definite le condizioni per una reale tenuta del sistema di sicurezza sociale. In questo senso anzi, lo strumentario offerto dalla legge del 2000, sembra il più idoneo a garantire la capacità operativa dei servizi sociali in un modello di *welfare* non più di apparati, come per il passato, ma che affida la sua “missione sociale”, in una realtà istituzionale policentrica ed aperta alle “comunità responsabili”, alla potestà regolativa esplicita non solo per il tramite della legge, ma anche attraverso la produzione di atti di auto-programmazione e di etero-programmazione (i Piani: nazionale, regionale di zona), adottati secondo procedure di concertazione interistituzionale e pubblico-privato, e caratterizzati dal contenuto normativo di tipo premiale, e destinati ad orientare/conformare le azioni dei diversi agenti coinvolti nella realizzazione dei programmi per il raggiungimento di obiettivi politicamente predeterminati.

Il nuovo scenario dei servizi sociali nato sull’impianto della legge n. 328/2000 ed edificato sulla scorta dei numerosi interventi attuativi quindi, ha aperto nuove sfide capaci di inserirsi adeguatamente nella nuova architettura istituzionale-costituzionale della Repubblica, rivitalizzando il pluralismo istituzionale-territoriale e soprattutto il ruolo dei Comuni. Sotto tale profilo, appaiono determinanti, le scelte legislative delle Regioni, il sistema di raccordi e di intese fra Enti locali e Regioni messi in campo in questi anni, la specializzazione di ciascun livello istituzionale di governo locale in relazione alla dimensione più appropriata degli interessi da governare e da soddisfare.

Per altro verso, nella riorganizzazione del sistema integrato dei servizi sociali, richiesta, in qualche misura, dal nuovo quadro costituzionale, è stato determinante l’equilibrio con il quale si è proceduto alla realizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, dando vita ad una società solidale capace di costituire un modello di *welfare community*, nel quale le aperture ai privati conducano ad una migliore protezione dei diritti sociali costituzionalmente protetti. Le moderne politiche sociali, dopo la legge n. 328/2000, si stanno quindi orientando verso quella che è definita *Community care*. Per *Community care* si intende quel completo ripensamento del sistema di interventi e servizi sociali in vista della realizzazione di politiche per la comunità e da parte della stessa comunità cioè, orientato alla creazione di una *Caring society*. Primo principio della *Community care* è quindi la presa in carico della comunità da parte della comunità in tutti i suoi elementi attraverso l’intreccio di questi aiuti informali spontanei. Poiché però, questi aiuti difficilmente si attivano al di là della cerchia ristretta delle reti più immediate, quali la famiglia, bisogna promuovere anche la partecipazione, che non può essere pensata come residuale o integrativa del privato sociale.

Con la legge 328/2000 si realizza quindi il passaggio da una programmazione che utilizzava una prospettiva di tipo “*government*”, in cui era il soggetto pubblico a prendere decisioni, ad una prospettiva di tipo “*governance*”, nella quale il governo si realizza grazie alla mobilitazione di una serie di soggetti: pubblici,

privato sociale, società civile. Il concetto di *governance* implica l'idea che il raggiungimento di un obiettivo è frutto dell'azione autonoma, ma non isolata, dei diversi attori (Stato, Regioni, Enti locali, terzo settore, e privati) che possono dare un contributo al processo di attuazione delle politiche sociali.

La partecipazione attiva di questi attori, d'altronde, è resa possibile dalla stessa natura costituzionale della Repubblica articolata in un sistema paritario di una pluralità di enti politici, e grazie all'apertura alla società operata con la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, in una logica di governo non più gerarchico ma, declinato territorialmente che crea le condizioni per la loro azione.

Se è vero quindi, che il mondo dell'imprenditoria ha svolto un nuovo ruolo nell'attuazione delle politiche sociali, ciò è dipeso in buona misura da quelle Regioni che hanno preso scelte che privilegiato la partecipazione di quel tipo particolare di agenti privati che non perseguono fini di lucro, le quali affiancano già in maniera eccellente la Repubblica nella delicata opera di protezione della società che invero la missione specifica dello Stato sociale di emancipazione dal bisogno e di promozione della persona umana.

Diversamente, un'interpretazione del principio di sussidiarietà di tipo unidirezionale, che assumesse come presupposto la capacità della "società civile" di produrre da sé dinamiche di progresso e di sviluppo, incline a giustificare, in nome di un'astratta concezione della libertà dell'individuo, la dismissione di ogni funzione pubblica orientata al sociale, finirebbe, per trasformare la società (la comunità) in un insieme parcellizzato privo di coesione. Sembra però di poter dire che non ci sono i presupposti né costituzionali, né tanto meno culturali, perché una tale concezione assolutizzante della sussidiarietà possa fondatamente svilupparsi nel nostro Paese. In tal senso, un solido presidio della funzione sociale della Repubblica è costituito dalla parte prima della Costituzione, ove trovano accoglimento i principi di solidarietà e di uguaglianza sostanziale che fondano la missione sociale dello Stato. E d'altra parte, proprio dalla vicenda che ha riguardato l'attuazione della riforma costituzionale del 2001, che *prima facie*, aveva suscitato non poche preoccupazioni per il futuro del *Welfare* e per la tenuta dell'unità dell'ordinamento, emerge la tensione del "custode della Costituzione", la Corte costituzionale appunto, orientata anche in questo quadro, a valorizzare la natura solidaristica ed unitaria del nostro ordinamento.

Sul versante politico-culturale infine, non sarà inutile ricordare come il principio di sussidiarietà conserva, non solo nel nostro Paese, ma in una vasta area dell'Europa continentale, un saldo ancoraggio alla concezione umanista e solidarista dello Stato elaborata dal cattolicesimo politico sulla scorta della dottrina sociale della Chiesa Cattolica.

5. *L'evoluzione della legislazione sui servizi sociali: dalla logica di sistema della legge n. 328/2000 alla logica di costo della legge finanziaria del 2003*

In ogni caso, a più di dieci anni dalla legge istitutiva del sistema integrato dei servizi sociali non ci si può esimere dal tracciare un bilancio circa l'effettività del suo impianto normativo, in particolare sotto il profilo dell'efficacia di quegli istituti e metodi di garanzia della tutela un minimo denominatore comune dei servizi e degli interventi sociali ora realizzati nel quadro composito della legislazione e degli interventi di natura programmatica, organizzativa e di servizi posti in essere dalle Regioni.

In altre parole, occorre verificare se, ed in quale misura, le indicazioni della legge del duemila sui livelli essenziali e sul piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali abbiano realmente costituito una griglia idonea a garantire l'uguaglianza dei cittadini in ogni parte del Paese rispetto al diritto a prestazioni sociali.

Il punto cruciale dell'intera architettura del "Sistema" di cui alla legge 328 sembra infatti fondatamente individuato negli articoli 18 (Piano nazionale e piani regionali degli interventi e dei servizi sociali) e 22 (Definizione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) sicché, una analisi delle evoluzioni applicative di questi due aspetti appare essenziale per pervenire ad un bilancio a più di dieci anni dalla riforma.

Al riguardo va notato che le su esposte osservazioni positive circa l'effetto di delegificazione della materia, almeno nei suoi aspetti programmatici, non possono prescindere dal momento essenziale costituito dalla elaborazione del Piano nazionale.

Il passaggio da una definizione legislativa (tendenzialmente statica) dei livelli essenziali ad una di tipo flessibile (attraverso il Piano) costituisce infatti un fattore positivo nella misura in cui tale strumento programmatico di sistema, in questi anni, sia stato attivato e rinnovato, adattandosi alle mutate condizioni del bisogno emerse soprattutto negli ultimi cinque anni di incipiente crisi economica.

Al riguardo va ricordato che l'art. 18 della legge 328 prevedeva che il piano vada aggiornato ogni tre anni, proprio per preservarne l'attualità rispetto alle dinamiche sociali. Sennonché, dal momento di entrata in vigore della legge è stato elaborato un unico Piano nazionale per il periodo 2001-2003⁴⁸, che sembrerebbe dispiegare la sua efficacia anche a distanza di dieci anni.

Tale programmazione, come è stato notato, "è risultata carente sul piano della determinazione dettagliata dei livelli essenziali in quanto, il Piano nazionale

⁴⁸ D.p.r. 3 maggio 2001. V. inoltre, i provvedimenti collegati D.m. 20 marzo 2001 (Istituzione del Fondo nazionale per le politiche sociali), Accordo Stato-Regioni 22 novembre 2001 in materia di livelli essenziali di assistenza (LEA), D.p.c.m. 29 novembre 2001 (Definizione dei livelli essenziali di assistenza), D.p.c.m. 12 dicembre 2001 (Indicatori per monitoraggio e rispetto del LEA).

degli interventi e dei servizi sociali disegna tali prestazioni attraverso l'individuazione di tre dimensioni: le aree di intervento, le tipologie dei servizi e le direttrici per l'innovazione, evidenziando come tali coordinate contribuiscono a connotare ognuna da una diversa angolatura *i possibili contenuti dei livelli essenziali* e come *le tipologie dei servizi e prestazioni* costituiscono un'articolazione degli interventi *che possono essere programmati e realizzati* per rispondere alle esigenze delle aree di bisogno.

Mentre, quindi, in materia sanitaria e sociosanitaria esiste già una ben definita griglia di prestazioni che sono giuridicamente definibili come livelli essenziali e che si prevede debbano essere erogate dal Servizio sanitario nazionale all'interno di ogni zona e distretto, a livello sociale colpisce il fatto che il Piano sociale parli in termini di *possibilità, senza imporre obblighi o doverosità giuridiche in ordine alla realizzazione dei servizi suddetti*. Permane quindi nell'area sociale una maggiore magmaticità della materia, anche in considerazione della natura stessa delle prestazioni socio-assistenziali, che si prestano meno di quelle sanitarie a una puntuale e dettagliata enumerazione⁴⁹. Ma a ben vedere, sul punto si pone un'altra questione di gran lunga più rilevante che investe la stessa vigenza dell'art. 18 nella parte in cui prevede il Piano nazionale come strumento principe della definizione dei livelli essenziali in un quadro complessivo di politiche sociali che costituiscano un indirizzo politico generale volto alla realizzazione di un tessuto connettivo per l'intera Repubblica.

Sebbene manchi nella legislazione successiva al duemila una norma di abrogazione espressa dell'art. 18 “nondimeno, vi sono serie ragioni per ritenere che l'art. 18 sia stato abrogato, in forma implicita, dall'art. 46 della legge n. 289 del 27 dicembre 2002 (legge finanziaria 2003)”⁵⁰.

Tale disposizione prevede infatti che i livelli essenziali dell'assistenza sociale saranno definiti con decreto del presidente del consiglio dei ministri, d'intesa con la Conferenza unificata su proposta del Ministro del Lavoro di concerto con il Ministro dell'economia sulla base delle risorse ordinarie approntate dalle Regioni e dagli enti locali in materia di spesa sociale ed a quelle ripartite dal Fondo nazionale per le politiche sociali secondo quanto stabilito ogni anno dal decreto del Ministro del lavoro, emanato di intesa con la Conferenza unificata e con il concerto del Ministro dell'economia. Da ciò deriva, che in virtù del novellato art. 117 della Costituzione, essendo la competenza statale in materia di assistenza sociale limitata esclusivamente alla determinazione dei livelli essenziali, ed in considerazione della delegificazione operata dalla legge 328 per l'individuazione “unitaria”

⁴⁹ Così FERIOL, *I livelli essenziali di assistenza: dalle prestazioni ai diritti*, in www.edscuola.it/archivio/handicap/lea.htm.

⁵⁰ M. MASSA, *Commento all'art. 18*, in E. BALBONI – B. BARONI – A. MATTIONI – G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., p. 409 ed *ivi* alla nota n. 24 per ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

dei livelli essenziali in materia sociale a favore dello strumento programmatico nazionale (il Piano), detta abrogazione abbia assorbito nel decreto qualunque altro atto di pianificazione, ponendo nel nulla sia l'orizzonte temporale di medio termine (tre anni) previsto per la rinnovazione delle linee programmatiche nazionali, sia l'impostazione partecipata del procedimento di formazione del Piano, ora non più vigente. Tale nuova impostazione non ha mancato di suscitare serrate critiche da parte della dottrina anche sotto il profilo di un probabile sganciamento della determinazione dei livelli rispetto alla fonte primaria, ritenuta al contrario essenziale secondo la Corte costituzionale⁵¹. Né, la presumibile sopravvivenza dell'art. 22 della legge 328 è in grado di superare le osservazioni critiche formulate, considerato che in quest'ultima la determinazione dei livelli appare più attagliata sulle tipologie/categorie di interventi sociali che sui veri e propri livelli di assistenza.

A prescindere da questo aspetto, che a ben vedere rappresenta già da solo un *vulnus* all'impostazione innovativa della riforma del duemila circa quella opportuna flessibilità delle politiche sociali in un quadro di unità assicurata dal Piano, ciò che sembra più grave è l'ancoraggio del procedimento di determinazione dei livelli, ad una logica di bilancio. A cascata infatti, il decreto presidenziale di determinazione dei livelli essenziali di cui all'art. 46 della legge del 2002 viene condizionato dal decreto di ripartizione del Fondo nazionale per le politiche sociali, che a sua volta risulterà condizionato dalle determinazioni del Ministro dell'economia circa le risorse disponibili espresse nel concerto.

La determinazione dei livelli, e ciò che resta della programmazione in tema di servizi sociali, si riduce così a mera manovra economica.

Il fatto che il nuovo quadro costituzionale ridefinisca l'ambito di applicazione dell'uguaglianza nell'attuazione dei diritti sociali ai livelli essenziali delle prestazioni rende particolarmente delicata l'operazione di determinazione dei livelli in questione, che dovrebbero intendersi come condizioni necessarie per rispondere a bisogni. La definizione dei predetti livelli, alla luce delle innovazioni legislative di questi ultimi dieci anni, non sembra confortare in questo senso. La legislazione messa in campo dalle Regioni in questo lungo periodo, disegna così un quadro generale variegato e fortemente differenziato tra aree forti ed aree deboli del Paese, molto distante dall'idea di "sistema" promosso dalla legge del duemila. Nel frattempo, proprio negli ultimi cinque anni, si sono addensate nuove situazioni di difficoltà economica e di marginalità sociale che gravano un servizio sociale che invece oggi appare incamminarsi sul panorama nazionale in ordine sparso, privo com'è di un quadro essenziale di riferimento nazionale, e soggiogato alla logica dei numeri della finanza pubblica.

⁵¹ V. sent. n. 88/2003. Sul punto v. M. MASSA, *op. cit.*, p. 410 ed *ivi* alla nota n. 24 per ulteriori indicazioni bibliografiche.

**THE EVOLUTION OF THE SOCIAL SERVICES INTEGRATED SYSTEM
BETWEEN “ESSENTIAL LEVELS”, TERRITORIAL AUTONOMIES,
HORIZONTAL SUBSIDIARITY, AND COSTS**

by Pierangelo Grimaudo

Abstract

This paper deals with the evolutionary paths of the Italian Model of Social Services since the entry into force of the Republican Constitution until the recent reforms of 2000 (l. 328/2000) and 2002 (l. 289/2002).

The Author criticizes the mechanisms of control and of public expenditure because they have lowered the levels of protection of all the fundamental rights somewhat linked to social policies.

Gli Organismi Indipendenti di Valutazione nelle Pubbliche Amministrazioni: disciplina ed aspetti critici

di Paolo Tanda

SOMMARIO: 1. La necessaria sinergia tra gli OIV e gli altri soggetti del sistema di misurazione e valutazione della performance. – 2. Auditing esterno, financial auditing, operational auditing e performance internal auditing. – 3. Struttura tecnica e competenze degli OIV. – 4. Le Amministrazioni Pubbliche tenute ad istituire gli OIV. – 5. L'indipendenza degli OIV. – 6. L'attività di reporting degli OIV. – 7. La nomina dei componenti degli OIV. – 8. Conclusioni.

1. *La necessaria sinergia tra gli OIV e gli altri soggetti del sistema di misurazione e valutazione della performance*

L'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) costituisce uno dei principali soggetti¹ dell'articolato sistema di misurazione e valutazione della *performance* introdotto dal d. lgs. n.150/2009 s.m.i.²

¹ La componente soggettiva del sopraindicato sistema di misurazione e valutazione della *performance* è completata dall'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni, che ha sostituito la CIVIT a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 125/2013); dall'organo di indirizzo politico-amministrativo di ciascuna Amministrazione (art. 15); dai dirigenti di ciascuna Amministrazione (artt. 38-39). Non si può non sottolineare che accanto a questi quattro soggetti ce n'è un altro, quello più importante, che non è richiamato espressamente nell'art. 12 del d. lgs. n. 150/2009: i circa tremilioni e mezzo di dipendenti pubblici.

² AA.VV., *La dirigenza della pubblica amministrazione dopo la "Riforma Brunetta"*, Roma, 2013; AA.VV., *Tecniche di performance management per migliorare la P.A. Un percorso di qualità per l'applicazione della Riforma Brunetta*, Milano, 2012; AA.VV., *Performance e controllo di gestione*, Milano, 2011; D. BOLOGINO, *Una lettura giuridica della valutazione della performance individuale nel c.d. "decreto Brunetta": ruolo del dirigente, garanzie "procedimentali" e conseguenze derivanti dalla conclusione dell'iter valutativo*, in *www.asstrid-online.it*, 2010; G. BOUCKAERT, J. HALLIGAN, *Managing Performance International comparisons*, Routledge, Oxon, 2008; CABINET OFFICE, *Capability Reviews, refreshing the model of capability*, 2009; G. CAMMAROTA, M. MORCIANO, *Valutazione della performance, efficienza ed efficacia amministrativa – Note a margine del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, in *www.asstrid-online.it*, 2010; A. CAROSI, *Governance e sistemi di controllo interno nelle amministrazioni pubbliche dopo il d. l.vo n. 150/2009*, in *Commentario alla Riforma Brunetta*, Lucca, 2010; T. CON-

Analogamente a quanto avviene in altri Paesi, gli OIV³ e gli ulteriori soggetti del sopraindicato sistema rivestono un ruolo di primaria importanza per il tanto atteso cambiamento della P.A.⁴, la cui realizzazione è strettamente legata alla capacità proprio dei succitati soggetti di delineare, attraverso un'azione integrata e sinergica⁵, la nuova *governance* delle Pubbliche Amministrazioni, designata dal sopraindicato decreto di riforma⁶. Fondamentale in questo contesto è il rapporto osmotico tra gli OIV (i cc.dd. soggetti controllori), l'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni, che, per effetto dell'art. 5 della l. 30 ottobre 2013

NOLLY, E. J. CONLON, S. J. DEUTSCH, *Organizational effectiveness: A multiple constituency approach*, in *Academy of Management Review*, 1980, vol. 5; G. COSTA, *Manuale di gestione del personale*, Torino, 1992; T. CURRISTINE, *Government performance: Lessons and Challenges*, in *OECD Journal on Budgeting*, 2005, vol. 5; G. D'AURIA, *La "nuova" Corte dei conti*, in www.astrid-online.it, 2010; J. D. FORD, D. A. SCHELLENBERG, *Conceptual Issues of Linkage in the Assessment of Organizational Performance*, in *Academy of Management Review*, 1982, vol. 7, n. 1; D. GOLEMAN, W. TENNIS, J. O'TOOLE, *Trasparenza, verso una nuova economia dell'onestà*, Milano, 2009; L. HINNA, *La misurazione dei risultati nell'ambito dei processi di programmazione, valutazione e controllo delle amministrazioni pubbliche*, in AA.VV., "Ricerca Giannini - II fase", Formez 2007.

³ A tali Organismi indipendenti di valutazione compete – come sarà chiarito meglio più avanti nel testo – la misurazione e valutazione della *performance* di ciascuna struttura amministrativa nel suo complesso, nonché la proposta di valutazione annuale dei dirigenti di vertice (art. 14).

⁴ Il cambiamento del nostro sistema amministrativo è reso necessario non solo dall'inarrestabile innovazione tecnologica, ma anche dall'imprescindibile esigenza di miglioramento dei servizi pubblici e di contenimento dei saldi di bilancio nazionali attraverso un incremento dell'efficienza dell'operato dei dipendenti pubblici.

⁵ Il successo della riforma introdotta dal d. lgs. n. 150/2009 dipende soprattutto dall'azione integrata e sinergica – indicata nel testo – tra tutti i soggetti operanti all'interno dell'Amministrazione. In particolare, bisogna rilevare che il pieno funzionamento degli uffici del controllo di gestione costituisce il presupposto per l'attivazione dei processi di misurazione e valutazione della performance, oltre che delle ulteriori attività prescritte dal decreto n. 150/2009. In merito un ruolo di assoluta centralità è ricoperto dagli OIV e dall'ANAC (ex CIVIT), oltre che dalla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione. Va detto, tuttavia, che la centralità di tale sinergia come strumento attraverso cui garantire l'effettività della riforma non deve ingenerare equivoci in merito alle competenze ed alle conseguenti responsabilità. Del resto, come sarà chiarito più avanti, molteplici sono le disposizioni del decreto di riforma dedicate a tale ultimo aspetto: infatti, a norma dell'art. 3, comma 5, non si può procedere all'erogazione di premi legati al merito ed alla performance laddove siano state violate le prescrizioni del relativo Titolo II; poi, ai sensi dell'art. 10, comma 5, nell'ipotesi di mancata adozione del piano della performance, non è possibile riconoscere retribuzioni di risultato ai dirigenti cui sia imputabile il concorso a tale inosservanza, ovvero l'omissione o l'inerzia nello svolgimento dei compiti loro assegnati dal piano, nonché provvedere in merito all'assunzione di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o collaborazione, con ciò sanzionando rigorosamente gli effettivi responsabili, dai dirigenti ai funzionari, di siffatte condotte.

⁶ Tra i soggetti indicati dall'art. 12 citato nel testo, ce ne sono alcuni nuovi ed altri vecchi, ma con funzioni ed atteggiamenti nuovi.

n. 125, ha sostituito la CIVIT)⁷, i sistemi di gestione ed il personale (dirigente e non)⁸.

Il fatto, poi, che l'organo politico nomina "di concerto" gli OIV, sulla base dei requisiti fissati dall'ANAC (ex CIVIT)⁹ e comunicati alle Amministrazioni,

⁷ Le funzioni di tale Autorità sono di particolare rilevanza: fornisce supporto tecnico e metodologico all'attuazione delle varie fasi del ciclo di gestione della *performance*; definisce la struttura e le modalità di redazione del Piano e della Relazione sulla performance; verifica la corretta predisposizione del Piano e della Relazione sulla *Performance* delle Amministrazioni centrali e, a campione, analizza quelli degli Enti territoriali, formulando osservazioni e specifici rilievi; definisce i parametri e i modelli di riferimento del Sistema di misurazione e valutazione della *performance* in termini di efficienza e produttività; adotta le linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità; adotta le linee guida per la definizione degli Strumenti per la qualità dei servizi pubblici; definisce i requisiti per la nomina dei componenti dell'Organismo indipendente di valutazione; promuove analisi comparate della *performance* delle Amministrazioni Pubbliche sulla base di indicatori di andamento gestionale e la loro diffusione attraverso la pubblicazione nei siti istituzionali ed altre modalità ed iniziative ritenute utili; redige la graduatoria di performance delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali di cui all'art. 40, comma 3 – quater, del decreto legislativo n. 165 del 2001; a tal fine svolge adeguata attività istruttoria e può richiedere alle Amministrazioni dati, informazioni e chiarimenti; promuove iniziative di confronto con i cittadini, le imprese e le relative associazioni rappresentative; le organizzazioni sindacali e le associazioni professionali; le associazioni rappresentative delle amministrazioni pubbliche; gli organismi di valutazione e quelli di controllo interni e esterni alle amministrazioni pubbliche; definisce un programma di sostegno a progetti innovativi e sperimentali, concernenti il miglioramento della *performance* attraverso le funzioni di misurazione, valutazione e controllo; predisporre una relazione annuale sulla performance delle Amministrazioni centrali e ne garantisce la diffusione attraverso la pubblicazione sul proprio sito istituzionale ed altre modalità ed iniziative ritenute utili; sviluppa ed intrattiene rapporti di collaborazione con analoghe strutture a livello europeo ed internazionale; realizza e gestisce, in collaborazione con il CNIPA (Centro Nazionale Informatica per la P.A., ora DigitPA) il portale della trasparenza che contiene i piani e le relazioni di *performance* delle Amministrazioni Pubbliche.

⁸ Il personale è sottoposto a monitoraggio ed affiancamento più che a controllo vero e proprio, essendo quest'ultimo affidato ai sistemi più che alle persone. Alle persone, invece, compete il funzionamento dei sistemi di monitoraggio e controllo

⁹ L'ANAC (ex CIVIT) è definita dalla relazione al d. lgs. n. 150/2009 come "accompagnatore e catalizzatore della riforma". Non a caso gli artt. 13 e seguenti cercano di creare le condizioni ottimali per l'attuazione di tale funzione di accompagnamento, anche in considerazione della notevole importanza di tale organismo nell'ambito dell'economia dell'intera riforma. Perciò, dell'ANAC vengano regolamenti dettagliatamente i compiti, i fini, la nomina dei membri e la composizione, prevedendo – in relazione a tale ultimo aspetto – una serie di ipotesi di incompatibilità per assicurarne l'autorevolezza, l'autonomia e l'indipendenza. In effetti, già il d. lgs. n. 286/1999 aveva intuito l'importanza della funzione di accompagnamento, assegnandola al Comitato Tecnico Scientifico presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tuttavia, il Comitato non ha goduto di grande attenzione da parte della classe politica, come è dimostrato dal fatto che la relativa durata era legata alla durata in carica del Presidente del Consiglio: ciò ha determinato, a causa della frequente alternanza di governi, una notevole volatilità del Comitato stesso, di fatto impedito nel perseguimento di obiettivi che, invece, erano di medio e lungo termine. Ulteriore aspetto negativo era rappresentato dall'impossibilità del Comitato Tecnico Scientifico di incidere sulle nomine dei componenti dei Servizi di controllo interno

determina - secondo chi scrive - la creazione di un “processo di accreditamento” di estremo interesse, anche sotto il profilo della *moral suasion*. In questo modo la citata riforma punta alla formazione di una sorta di famiglia professionale, che ancora non esiste compiutamente nella nostra P.A. e che è fondamentale per il decollo della riforma stessa: in effetti, il d. lgs. n. 150/2009 s.m.i. tende ad ottimizzare istituti che non avevano funzionato nel d.lgs. n. 286/1999¹⁰.

(SECIN), anch’essi volatili per il fatto di essere direttamente legati alla durata in carica dell’organo politico da cui erano stati nominati. Il fallimento della funzione di accompagnamento del Comitato Tecnico Scientifico deriva anche dal fatto che tale organismo non è riuscito a porre rimedio ad alcuni importanti aspetti negativi del sistema delineato dal d. lgs. n. 286/1999, come la scarsa attenzione al controllo di regolarità amministrativo-contabile ed alla valutazione della dirigenza; l’accentuazione del solo controllo strategico, senza individuare i relativi strumenti operativi e di supporto necessari all’organizzazione; la presenza di un sistema di pianificazione ancora inappropriato e di un inadeguato sistema di misurazione. Il d. lgs. n. 150/2009, proprio per ovviare a tali specifici aspetti, ha ritenuto di assegnare, sulla scia della *delivery unit* del sistema inglese (Cfr. R. ABRAVANEL, *Meritocrazia – 4 proposte concrete per valorizzare il talento e rendere il nostro Paese più ricco e più giusto*, Milano, 2008), la citata funzione di accompagnamento all’ANAC, che dura in carica sei anni ed a cui compete – tra l’altro – di “concertare” la nomina degli Organismi indipendenti di valutazione (che hanno sostituito i SECIN), sulla base di parametri tecnici indicati direttamente dalla norma. Nella stessa direzione il decreto di riforma ha previsto per gli OIV una durata in carica per tre anni rinnovabile per altri tre ed una struttura tecnica permanente in cui requisiti tecnici, anche in questo caso, sono previsti a grandi linee dalla norma: v. *infra* nel testo.

¹⁰ La ex CIVIT è stata accolta da alcuni con un atteggiamento sostanzialmente scettico in considerazione, tra l’altro, del fatto che il settore pubblico “è per necessità plurale e perciò basato su autonomia e responsabilità”: in tal senso A. NATALINI, *Controlli interni: la terza riforma*, in *www.astrid.eu*, secondo cui, inoltre, le P.A. svolgono funzioni molto differenti nei confronti di destinatari molto diversi, per cui “non è pensabile che tutti i problemi generati da queste complesse organizzazioni possano trarre beneficio dalla medesima soluzione. C’è il forte rischio che l’introduzione del salvifico “organismo centrale” sia l’ennesimo esempio di riforma per addizione: un nuovo soggetto si somma agli altri con lo scopo dichiarato di aumentare il livello complessivo di coordinamento, ma con il concreto risultato di rendere ancor più frammentato, confuso e irresponsabile il quadro organizzativo”. Rileva lo stesso A. che il problema di fondo è che si riforma solo quando si costruisce una nuova e migliore capacità amministrativa nella dirigenza e nei lavoratori pubblici: sarebbero opportune tante riforme quante sono le Amministrazioni e le politiche pubbliche. Tutto ciò non sarebbe compatibile con l’introduzione di un nuovo organismo “al centro e sopra il sistema amministrativo” nella veste di super-controllore. Invece, ad avviso di chi scrive, si può escludere che l’ANAC (ex CIVIT) vada ad inficiare la pluralità e l’autonomia del settore pubblico, avendo la Commissione una ben delineata ed equilibrata incidenza su tale settore attraverso una mera funzione di accompagnamento. Non vi è dubbio che all’ANAC (ex CIVIT) è affidata una delicata funzione che se non esercitata nei limiti del succitato giusto equilibrio può determinare – come, del resto, qualsiasi importante funzione pubblica – gravi ripercussioni in termini di ordine pratico e, quindi, anche in termini di compromissione della pluralità del settore pubblico. Ciò, tuttavia, può essere certamente escluso, come d’altronde si evince già dal contenuto delle tante essenziali delibere adottate finora dall’ANAC (ex CIVIT). Quest’ultima da un lato indirizza, coordina e sovrintende all’esercizio delle funzioni da parte degli Organismi indipendenti di valutazione e delle altre Agenzie di valutazione, dall’altro lato tutela la trasparenza dei mezzi e dei risultati, confrontandone l’andamento con *standard* nazionali ed internazionali. In

Come noto, l'ANAC¹¹, nell'ambito della sinergica attività di indirizzo, coordinamento e sovrintendenza nei confronti degli Organismi Indipendenti di Valutazione, da un lato implementa sistemi e metodologie per il miglioramento delle *performance*, dall'altro lato promuove tecniche di *benchmarking* rispetto a *standard* di esperienza nazionali ed internazionali, oltre a fornire un importante supporto tecnico e metodologico all'attuazione del ciclo di gestione della *performance*¹².

In tale necessaria sinergia gli OIV¹³, a loro volta, garantiscono dall'interno di ogni Amministrazione la definizione e l'implementazione dei sistemi di valutazio-

effetti, tale organismo, in fase discendente, attraverso linee guida e requisiti minimi assicura al sistema in esame il *know-how* necessario; mentre, in fase ascendente, garantisce non solo la qualità delle risorse umane, ma anche un alto livello di trasparenza attraverso il relativo portale ed una comparabilità delle *performance* attraverso gli indicatori di andamento gestionale. In pratica, i sopraindicati compiti di indirizzo, coordinamento e sovrintendenza dovrebbero assicurare, nonostante l'eterogeneità della nostra Amministrazione policentrica, la comparabilità e la significatività degli indici di andamento gestionale, attraverso omogenee indicazioni metodologiche.

¹¹ L'Autorità nazionale anticorruzione di recente ha elaborato numerose risposte a domande frequenti sull'applicazione del d. lgs. 33/2013: in alcune circostanze si è in presenza di risposte che danno indicazioni operative le quali eccedono i limiti della stretta attuazione delle disposizioni normative, creando a volte nuovi e diversi adempimenti rispetto a quelli statuiti dalle stesse disposizioni normative che si vorrebbero interpretare.

¹² Ulteriori funzioni dell'ANAC (ex CIVIT) si compendiano nel definire la struttura e le modalità di redazione del piano e della relazione di cui all'art. 10 d. lgs. n. 150/2009 s.m.i e nello stabilire parametri e modelli di riferimento della misurazione e della valutazione. La stessa ANAC (ex CIVIT), inoltre, adotta le linee guida sia per la predisposizione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità sia per la definizione degli elementi di qualità dei servizi pubblici. Da ciò si evince che l'Autorità ha anche un importante compito di promozione culturale (trasparenza, pari opportunità, integrità, prevenzione e lotta alla corruzione ecc.), ponendosi come punto di riferimento di un meccanismo circolare, che da un lato implementa la diffusione di informazioni e buone pratiche, dall'altro lato acquisisce elementi analoghi dal basso e cioè dai reali contesti in cui questi si perfezionano. Tale meccanismo circolare viene alimentato anche con programmi di sostegno a progetti innovativi e sperimentali. Insomma, all'ANAC (ex CIVIT) fanno capo tutti i compiti generali in materia di *performance* e di trasparenza dell'intera riforma: l'obiettivo è quello di determinare livelli comuni ed uniformi di tutte le fasi della *performance* (programmazione, valutazione e controllo), in modo da assicurare nella gestione dell'intero ciclo applicazioni conformi da parte di tutte le P.A.

¹³ L'istituzione di tale organismo può avvenire anche in forma associata. Questa possibilità, sebbene indirizzata alle strutture di più ridotte dimensioni, in realtà può costituire una grande opportunità pure per le grandi strutture. Anche in considerazione del divieto di nuovi oneri per la finanza pubblica, può essere molto vantaggioso effettuare in forma associata attività (come, ad esempio, misurare con sistemi informativi efficienti, interpretare i dati, eseguire interventi di *auditing*), che comunque assorbono molte risorse ed energie. In pratica, l'OIV può essere un organo monocratico collegiale composto da tre componenti di elevata professionalità ed esperienza maturata nel campo del *management* e della valutazione sia della *performance* sia del personale delle Pubbliche Amministrazioni. In merito la delibera n. 4/2010 della ex CIVIT, oltre a sottolineare che la scelta tra organo monocratico o collegiale è, in primo luogo, influenzata dalle dimensioni e dalla complessità della struttura organizzativa, ha sottolineato che la composizione collegiale consente più agevolmente di assicurare la pluralità delle competenze profes-

ne, nel rispetto dei modelli indicati dall'ANAC, esercitando, in piena autonomia, le attività inerenti alla misurazione e alla valutazione della *performance* e riferendo direttamente all'organo di indirizzo politico-amministrativo.

La ex CIVIT ha precisato con la delibera n. 1/2012 che uno dei principali compiti dell'OIV è proprio quello di verificare l'efficacia ed il corretto funzionamento del sistema di misurazione e valutazione della *performance*, nonché quello di suggerire eventuali interventi migliorativi. Si tratta, in altri termini, di una funzione di controllo interno della *performance* (*performance internal auditing*), il cui carattere interno deriva dal fatto che tale funzione di controllo è esercitata da una struttura che si colloca comunque nell'ambito dello stesso ente, anche se all'esterno delle strutture organizzative sottoposte a controllo¹⁴.

sionali: per gli enti di ridotte dimensioni e di natura omogenea, una soluzione può essere individuata nella costituzione in forma associata di un organo collegiale, sì da contemperare, anche sotto il profilo delle risorse disponibili, la rilevata esigenza del carattere multidisciplinare delle competenze nonché quella di avvalersi di competenze specifiche di alto profilo con le ridotte dimensioni dei singoli enti che si associano. Sulla base delle stesse considerazioni la ex CIVIT ha sottolineato che debba essere attentamente considerata la possibilità di condividere, tra enti di ridotte dimensioni, la struttura tecnica di supporto. Invece, le organizzazioni di grandi dimensioni che abbiano strutture consolidate di programmazione e controllo (ad esempio, gli enti previdenziali) è auspicabile, nell'ambito di una complessiva razionalizzazione di queste al fine di evitare duplicazioni organizzative e funzionali, l'assegnazione alle strutture esistenti anche del ruolo di struttura tecnica di supporto agli Organismi, dotandola comunque della necessaria autonomia e indipendenza. Inoltre, con la citata delibera n. 4/2010 è stato anche affermato che la complessità delle funzioni demandate agli Organismi di valutazione presuppone una buona conoscenza degli assetti organizzativi, delle risorse disponibili e delle funzioni proprie dell'Amministrazione. A ciò deve aggiungersi l'esigenza che l'Organismo svolga il proprio ruolo con capacità innovativa, con metodi e standard applicati in organizzazioni (pubbliche o private) strutturate, e in condizione di assoluta autonomia da quella rete di abitudini e prassi che possono essere di ostacolo a un reale processo di innovazione e ad un sistema di misurazione e valutazione imparziale ed efficace. In considerazione di ciò la ex CIVIT ha sottolineato l'assoluta inadeguatezza della composizione dell'organo collegiale, interamente orientata verso l'interno, o, per converso, verso l'esterno dell'Amministrazione: è necessario assicurare, nella composizione dell'Organismo, una presenza tratta all'interno dell'Amministrazione, specie se si tratti di Amministrazioni dove si esercitino funzioni a prevalente contenuto tecnico, e una presenza di esterni particolarmente orientata sulla metodologia e sui processi di innovazione ovvero in possesso di alta professionalità ed esperienza giuridico-organizzativa, maturata anche in posizione di istituzionale autonomia e indipendenza, sì da rafforzare l'interlocuzione sia con il vertice politico, sia con l'apparato amministrativo. In particolare, deve essere assicurata la professionalità nei campi del *management*, della pianificazione e controllo di gestione, e della misurazione e valutazione della *performance* delle strutture e del personale. Il livello di professionalità deve essere adeguatamente ponderato in modo da raggiungere un livello di professionalità dell'Organismo nel suo complesso idoneo allo svolgimento delle sue funzioni. Il livello di professionalità complessivo può essere completato avendo particolare riguardo alla struttura tecnica permanente, il cui responsabile, ai sensi dell'art. 14, comma 9, del decreto, deve possedere una specifica professionalità ed esperienza nel campo della misurazione della *performance* nelle Amministrazioni Pubbliche.

¹⁴ P. W. INGRAHAM, *Of pigs in pokes and policy differences: an other look at payfor-performance*, *Public Administration Review*, 53, 1993; A. LAMBERT, D. MIGAUD, MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,

In particolare, la delibera n. 23/2013 della ex CIVIT ha precisato che il monitoraggio dell'OIV si focalizza sulle attività di avvio del ciclo di gestione della *performance*, sulla redazione della relazione sul funzionamento complessivo del sistema di valutazione, trasparenza e integrità dei controlli interni, sull'effettiva assegnazione degli obiettivi organizzativi e individuali al personale durante il corso dell'anno, sulla validazione della relazione sulla *performance* e sull'applicazione selettiva degli strumenti di valutazione della *performance* individuale in termini di premialità a conclusione del ciclo¹⁵.

Inoltre, con la succitata delibera n. 23/2013 la ex CIVIT ha fornito, sotto forma di linee guida, importanti indicazioni sulle principali fasi dell'attività di monitoraggio da parte dell'OIV durante l'intero ciclo della *performance*, in funzione di una migliore programmazione delle attività degli OIV e di una più efficace organizzazione dei compiti previsti dalla normativa¹⁶. Con la precedente delibera n. 6/2013¹⁷ è stato anche evidenziato come, nell'ambito del ciclo di gestione della *performance*, all'OIV compete il controllo di prima istanza relativamente alla conformità, appropriatezza e effettività del ciclo stesso: tale tipo di controllo, fatto in maniera sistematica e costante durante tutto il ciclo, con la segnalazione tempestiva di eventuali criticità, ritardi e omissioni in sede di attuazione, è fondamentale ai fini di eventuali azioni correttive¹⁸.

DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE, *La mise en oeuvre de la loi organique relative aux lois de finances, Réussir la LOLF, clé d'une gestion publique responsable et efficace. Rapport au Gouvernement*, 2005; R. LOMBARDI, *Efficienza amministrativa, difensore civico e controllo dei gestione*, Milano, 2003; ID., *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Diritto amministrativo* 1995, 629 s.; ID., *Funzione di controllo e processo decisionale della pubblica amministrazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 71 s.; ID., *Sistema dei controlli: questioni vecchie e nuove*, in *Atti del convegno di studi "Pubblica amministrazione e controlli: gestione, legittimità e risultato"*, Bergamo, 27 novembre 2009.

¹⁵ La delibera n. 23/2013 della ex CIVIT – reperibile in www.civit.it – ha anche precisato che l'OIV di Amministrazioni con enti vigilati, sui quali il medesimo OIV esercita già il controllo, provvede agli adempimenti di monitoraggio per ciascuno dei suddetti enti vigilati.

¹⁶ In questo contesto la stessa Autorità ha predisposto una serie di allegati per la raccolta delle informazioni in modo strutturato da parte degli OIV: tali supporti informativi costituiscono un utile riferimento ai fini delle valutazioni che l'ANAC realizza sull'attuazione del ciclo della *performance*.

¹⁷ Anche tale delibera può essere reperita in www.civit.it.

¹⁸ F. MONTEDURO, L. HINNA, *La misurazione delle performance: cos'è e come utilizzarla nelle decisioni*, in AA.VV., *Misurare per decidere: la misurazione della performance per migliorare le politiche pubbliche ed i servizi*, Dipartimento della Funzione pubblica, Roma, 2007; A. NATALINI, *Controlli interni: la terza riforma*, in www.astrid-online.it, 2010; R. D. OSBORNE, T. GAEBLER, *Reinventing Government*, Addison-Wesley Publ. Co., 1992; D. OTLEY, *Performance management: a framework for management control systems research*, in *Management Accounting Research*, 1999, 10; J. PERRY, *Bringing Society in: toward a theory of Public service motivation*, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 471-488, 2000; B. PONTI, *I primi 6 mesi dell'attività della CIVIT*, in *Giornale di diritto amministrati-*

2. *Auditing esterno, financial auditing, operational auditing e performance internal auditing*

In passato era previsto solo l'*auditing* esterno della Corte dei conti, il quale riguardava unicamente la spesa. È stato successivamente introdotto l'*auditing* interno avente ad oggetto in una prima fase aspetti di natura contabile-finanziaria (*financial auditing*) e in una seconda fase aspetti attinenti all'intero ambito gestionale (*operational auditing*)¹⁹. Poi, come detto, col d. lgs. n. 150/2009 s.m.i. la funzione di controllo interno arriva ad acquisire fisionomia di *performance internal auditing*, nel cui ambito si collocano gli Organismi Indipendenti di Valutazione²⁰.

Questi ultimi, nella vigente disciplina, vengono a sostituire i Servizi di controllo interno, ai quali competeva il controllo strategico di cui all'art. 6, comma 1, del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 286. Tale specifica tipologia di controllo ha incontrato diverse difficoltà attuative legate al fatto che il sopraindicato art. 6 per molti aspetti anticipava i profili funzionali e diagnostici della nozione di *performance* amministrativa come oggi disciplinati dal citato d. lgs. n. 150/2009. Infatti, già dieci anni prima di quest'ultima riforma, l'ambito precettivo dell'art. 6 del d. lgs.

vo, n. 9/2010; P. RUSSO, *Il controllo successivo della Corte dei conti sulle Amministrazioni dello Stato dopo le riforme degli anni '90: una sistemazione concettuale*, in www.giustizia-amministrativa.it; B. A. RADIN, *Challenging the Performance Movement: Accountability, Complexity and Democratic Values*, Washington, DC: Georgetown University Press, 2006; P.H. ROSSI, M. W. LIPSEY, H. E. FREEMAN, *Evaluation: A systematic approach*, Sage Publications, Inc., CA, 2004; L. SAMBUCCI, *Studi sui controlli amministrativi*, Torino, 2006; B. SIBONI, *La rendicontazione sociale negli enti locali. Analisi dello stato dell'arte*, Milano, 2007; S. E. SEASHORE, *A system resource approach to organizational effectiveness*, in *American Sociological Review*, 1967, vol. 32; B. F. SKINNER, *About Behaviorism*, Knopf, New York, 1974; R. STEERS, *Organizational effectiveness: A behavioral view*, Goodyear, Pacific Palisades, Cal., 1977; S. TORIELLO, *Il ciclo di gestione della performance nel D. lgs. 150/2009*, in www.laprevidenza.it, 2010; ID., *Retribuzione accessoria e valorizzazione del merito nella Riforma Brunetta*, ivi, 2010; H. M. TREASURY, *Choosing the Right Fabric – A framework for Performance Information*, London, 2001; C. TALBOT, *Performance Management*, in E. FERLIE, L. JR. LYNN, CH. POLLIT (a cura di), *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford University Press, Oxford, 2005; D. THOMPSON, *Organization in action*, McGraw-Hill, New York, 1967; G. URBANI (a cura di), *Valutare le pubbliche amministrazioni: tra organizzazione e individuo*, Roma, 2010; D. ULRICH, *Human Resource Champions: The Next Agenda for Adding Value*, New York, 2006; G. VALOTTI, *La riforma delle autonomie locali: dal sistema all'azienda*, Milano, 2000; ID., *Management Pubblico. Temi per il cambiamento*, Milano, 2005; V. H. VROOM, *Work and motivation*, John Wiley & Sons, New York, 1964; E. YUCHTMAN, R.S. KAPLAN, D. NORTON, *The balanced Scorecard: measures that drive performance*, in *Harvard Business Review*, gennaio-febbraio, 1992.

¹⁹ Sul punto si rinvia, per i dovuti approfondimenti, ad A. CRISMANI, *I controlli esterni sulle pubbliche amministrazioni. Contributo alla sistemazione metodologica del procedimento di controllo sulla gestione*, Napoli, 2005.

²⁰ È opportuno rilevare che nel tempo i compiti degli organismi di controllo interno non sono mutati ma solo aumentati: infatti, ad esempio, il controllo operativo sulle *performance* non ha abrogato il controllo di regolarità amministrativo-contabile, in quanto il primo è condizionato dall'attendibilità dei dati di base che sono garantiti dal secondo.

n. 286/1999 era tale da inglobare i principi funzionali del ciclo di gestione della *performance*. In particolare, il succitato art. 6 già conteneva (e, quindi, anticipava) – tra l'altro – non solo gli aspetti attinenti alla rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, sostanzialmente riprodotti nell'art. 4, comma 2 lett. *g*, del d. lgs n. 150/2009, ma anche quelli attinenti all'attività di misurazione e valutazione della *performance*, oggi disciplinati nell'art. 4, comma 2 lett. *d*, del d. lgs. n. 150/2009²¹.

Tali affinità relative all'ambito precettivo possono far sorgere qualche preoccupazione in considerazione del fatto che, proprio per effetto delle citate affinità, potrebbero riproporsi anche nel sistema delineato dal decreto di riforma i summenzionati problemi attuativi.

È opportuno, quindi, creare le condizioni per una considerevole riduzione di quest'ultimi e, soprattutto, per un'effettiva operatività sia del controllo strategico nelle Pubbliche Amministrazioni sia del più ampio sistema di controlli interni della P.A.

Ad avviso di chi scrive, la realizzazione di tali condizioni presuppone, tra l'altro, non solo che gli Organismi di valutazione siano davvero indipendenti (su cui v. *infra*), ma anche che sussistano concreti strumenti diagnostici capaci di garantire (anche in vista dell'identificazione degli eventuali fattori ostativi, dei possibili rimedi correttivi e delle eventuali forme di responsabilità) l'analisi, preventiva e successiva, della congruenza e/o degli eventuali scostamenti tra le missioni affidate dalle norme, gli obiettivi prefissati, i risultati ottenuti e le risorse in dotazione. A tal fine è indispensabile un accenno alla struttura ed alle competenze degli OIV, oltre che alle connesse problematiche.

3. *Struttura tecnica e competenze degli OIV*

Come chiarito anche dalla delibera n. 12/2013 della ex CIVIT, l'OIV deve essere necessariamente dotato di una struttura tecnica per la misurazione della *performance*: tale struttura, rappresentata da un ufficio interno e capeggiata da un responsabile dotato di una particolare professionalità ed esperienza nella materia della valutazione della *performance*, pone in essere le operazioni materiali relative essenzialmente all'istruttoria, sulla base della quale l'Organismo esercita la propria funzione di controllo. La sopraindicata delibera n. 12/2013 della ex CIVIT ha anche precisato che per tale struttura tecnica, nel rispetto del principio di economicità, devono prevedersi non solo risorse umane e finanziarie adeguate allo svolgimento delle funzioni di supporto alle attività dell'OIV, ma anche un idoneo sistema informativo, in funzione delle dimensioni (oltre che delle specificità)

²¹ Ulteriore evidente affinità riguarda, quindi, la funzione diagnostica di cui al primo comma dell'art. 6 d. lgs. n. 286/1999 relativa all'esame delle varie fasi di produzione del valore pubblico.

organizzative dell'Amministrazione e dell'esigenza di assicurare, soprattutto in caso di Organismo in forma monocratica, il carattere multidisciplinare delle professionalità.

Nel sistema previgente i Servizi di controllo interno spesso non disponevano di una struttura di supporto, con la conseguenza di trovarsi nella condizione di essere fortemente condizionati nella loro operatività dalla disponibilità e dalla collaborazione dei servizi che di fatto gestivano i dati nell'ambito delle singole direzioni, senza poter entrare nel merito degli stessi. Il vigente sistema, invece, fa un notevole passo avanti, a detta di chi scrive, in quanto tende ad avvicinare la funzione del *performance measurement* a quella del *performance auditing* assegnata agli OIV, lasciando la gestione della *performance* ai dirigenti responsabili delle varie unità organizzative²².

In particolare, all'Organismo in esame compete il monitoraggio sul funzionamento complessivo della valutazione, sulla trasparenza e integrità dei controlli interni, sullo stato dei quali elabora una relazione annuale, che trasmette anche all'ANAC. Tale relazione annuale (art. 14, comma 4 lett. a, d. lgs. n. 150/2009) è stata definita come il "principale momento di sintesi" del monitoraggio posto in essere dall'OIV²³. In effetti, sebbene sia l'apparato amministrativo nel suo complesso ad elaborare il sistema di valutazione quale atto organizzativo generale, l'OIV non è relegato ad un ruolo passivo, essendo, al contrario, chiamato ad esprimersi sullo stesso²⁴.

Inoltre, l'Organismo indipendente – come sarà chiarito meglio più avanti – è tenuto a dare tempestiva comunicazione degli eventuali esiti critici di tale controllo ai competenti organi interni di governo ed amministrazione, nonché alla Corte

²² D. BOLOGINO, *Una lettura giuridica della valutazione della performance individuale nel c.d. "decreto Brunetta": ruolo del dirigente, garanzie "procedimentali" e conseguenze derivanti dalla conclusione dell'iter valutativo*, in www.astrid-online.it, 2010; G. CAMMAROTA, M. MORCIANO, *Valutazione della performance, efficienza ed efficacia amministrativa – Note a margine del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, in www.astrid-online.it, 2010; A. CAROSI, *Governance e sistemi di controllo interno nelle amministrazioni pubbliche dopo il d. lvo n. 150/2009*, in *Commentario alla Riforma Brunetta*, Lucca, 2010; T. CONNOLLY, E. J. CONLON, S.J. DEUTSCH, *Organizational effectiveness: A multiple constituency approach*, in *Academy of Management Review*, 1980, vol. 5; G. COSTA, *Manuale di gestione del personale*, Torino, 1992; T. CURRISTINE, *Government performance: Lessons and Challenges*, in *OECD Journal on Budgeting*, 2005, vol. 5; G. D'AURIA, *La "nuova" Corte dei conti*, in www.astrid-online.it, 2010; J. D. FORD, D. A. SCHELLENBERG, *Conceptual Issues of Linkage in the Assessment of Organizational Performance*, in *Academy of Management Review*, 1982, vol. 7, n. 1; L. HINNA, *La misurazione dei risultati nell'ambito dei processi di programmazione, valutazione e controllo delle amministrazioni pubbliche*, in AA.VV., "Ricerca Giannini - II fase", Formez 2007.

²³ In questi termini si esprime la delibera n. 23/2013 della ex CIVIT, la quale ha chiarito anche che per consentire la redazione della prima Relazione, la ex CIVIT ha emanato la delibera n. 4/2012 che fornisce le necessarie linee guida per la stesura di tale relazione. Sulla base dei risultati del monitoraggio delle relazioni inviate dagli OIV alla ex CIVIT durante il primo ciclo di gestione della *performance* e delle criticità emerse, la sopraindicata delibera n. 23/2013 ha fornito importanti indicazioni su alcuni elementi ritenuti prioritari.

²⁴ Tale funzione si dipana, inoltre, attraverso il riconoscimento di una serie di competenze, in gran parte già comprese nell'attività valutativa svolta all'interno degli Enti locali.

dei conti, all'Ispettorato per la funzione pubblica ed all'Autorità di cui all'art. 13 d. lgs. n. 150/2009, come modificato dall'art. 5 l. n. 125/2013: pur essendo, dunque, l'attività di riscontro rivolta essenzialmente agli organi di governo perché questi provvedano alle dovute determinazioni, relative all'impiego dei fondi per l'incentivazione del personale, essa esplica la propria valenza anche verso soggetti esterni, destinatari dell'obbligatoria informazione in merito alle disfunzioni ed agli atti illegittimi di gestione delle risorse per il personale²⁵.

Per quanto riguarda la redazione della sopraindicata relazione annuale, sono state opportunamente indicate le relative linee guida²⁶, evidenziando – tra l'altro – che proprio attraverso la predisposizione di tale relazione è possibile la cruciale opera di verifica della corretta applicazione da parte delle Amministrazioni delle linee guida, delle metodologie e delle indicazioni dell'ANAC anche sulla base del monitoraggio svolto sui sistemi di misurazione e valutazione della *performance*, sui piani della *performance* e sui programmi triennali per la trasparenza e l'integrità²⁷.

²⁵ I SECIN, nel previgente sistema, elaboravano due *report* dal linguaggio differente: uno di carattere tecnico, destinato alla Corte dei conti, alla Presidenza del Consiglio, al Ministro responsabile del monitoraggio sulla realizzazione del programma di governo, ed un altro, redatto in forma più semplice ed efficace perché funzionale alla comprensione di tutti gli *stakeholders*, che, in quanto partecipi del controllo, avrebbero dovuto creare sulle strutture ministeriali, tradizionalmente più chiuse al sistema dei controlli e votate all'autoreferenzialità, una scomoda, ma stimolante, pressione. Un intervento in tal senso, per la verità, non avrebbe richiesto nuove norme o un appesantimento della burocrazia, ma anche solo l'attribuzione del giusto rilievo al concetto di bilancio sociale.

²⁶ Cfr. le delibere n. 23/2013 e n. 4/2012 della ex CIVIT consultabili in www.civit.it. In particolare, la delibera n. 4/2012 ha sottolineato anche – tra l'altro – che nella relazione l'OIV deve riferire sul funzionamento complessivo del sistema di valutazione, trasparenza e integrità dei controlli interni, mettendo in luce gli aspetti positivi e negativi nell'attuazione del ciclo di gestione della *performance*: lo scopo è quello di evidenziare i rischi e le opportunità di questo sistema al fine di presentare proposte per svilupparlo e integrarlo ulteriormente.

²⁷ La citata delibera n. 23/2013 ha rilevato come nella sopraindicata relazione l'OIV riferisce sul funzionamento complessivo del sistema di valutazione, trasparenza e integrità dei controlli interni, evidenziandone gli aspetti positivi e negativi: lo scopo è proprio quello di sottolineare le criticità e i punti di forza, al fine di presentare proposte per svilupparlo e integrarlo ulteriormente. Non a caso, il ruolo dell'OIV è quello – come accennato nel testo – di garantire sia la correttezza dei processi di misurazione e valutazione, sia l'applicazione delle linee guida, delle metodologie e degli strumenti predisposti dall'ANAC. In generale, la relazione riferisce sul funzionamento del sistema di misurazione e valutazione della *performance* nell'anno precedente: tuttavia, considerata la finalità della relazione – volta a favorire un graduale processo di miglioramento – è preferibile che si dia notizia anche di eventuali criticità e miglioramenti concernenti il ciclo avviatosi con l'ultimo piano adottato in ordine al tempo. La sopraindicata delibera n. 4/2010 della ex CIVIT ha richiamato l'attenzione sulle precedenti delibere della stessa Autorità in materia di sistemi di misurazione e valutazione della *performance* (delibere n. 89/2010, n. 104/2010, n. 114/2010, n. 1/2012), di piani della *performance* (delibere n. 112/2010, n. 1/2012), di *standard* di qualità (delibere n. 88/2010 e n. 3/2012), di relazioni sulla *performance* (delibera n. 5/2012) e di programmi triennali per la trasparenza e l'integrità (delibere n. 105/2010 e n. 2/2012). Bisogna allegare alla relazione indicata nel testo la griglia utilizzata dal responsabile della

In particolare, la relazione deve essere un documento snello, dotato di chiarezza e di facile intelligibilità, in cui l'OIV riporta in modo sintetico le principali evidenze ed eventuali criticità. Tali obiettivi sono raggiungibili nella misura in cui la relativa predisposizione – nell'ambito di un operato dell'OIV improntato ai valori dell'indipendenza e dell'imparzialità – si ispiri ai principi di trasparenza, attendibilità, veridicità, ragionevolezza, evidenza e tracciabilità, verificabilità dei contenuti e dell'approccio utilizzato.

La relazione, poi, deve essere corredata da un allegato in cui l'OIV fornisce, in modo strutturato, elementi informativi a supporto delle valutazioni in essa contenute, soffermandosi in particolare sui seguenti prioritari ambiti: *performance* organizzativa e individuale²⁸; processo di attuazione del ciclo della *performance*²⁹; infrastruttura di supporto³⁰; sistemi informativi e informatici a sostegno dell'at-

trasparenza per rilevare l'assolvimento degli obblighi relativi alla trasparenza e all'integrità e la griglia di verifica dell'OIV quale documento di dettaglio alla base dell'attestazione di cui all'art. 14, comma 4 lett. g, del d. lgs. n. 150/2009. La relazione, poi, deve essere pubblicata in formato aperto sul sito istituzionale, nella sezione "Trasparenza, valutazione e merito".

²⁸ Per quanto riguarda la *performance* organizzativa, l'OIV fa una valutazione sull'intero relativo processo con riferimento alla fase di definizione degli obiettivi, alla misurazione in corso d'anno e alla valutazione finale dei risultati, evidenziandone le eventuali modifiche apportate rispetto a quanto riscontrato nelle precedenti relazioni. In particolare, relativamente alla fase di definizione degli obiettivi, l'OIV valuta come i processi posti in essere dall'amministrazione siano idonei a garantirne la rispondenza con i requisiti metodologici definiti dall'art. 5 del d. lgs. n.150/2009; relativamente alla fase della misurazione, l'OIV esprime una valutazione sull'adeguatezza dei monitoraggi intermedi posti in essere dall'amministrazione e della qualità dei dati utilizzati, tenendo conto del loro grado di tempestività e affidabilità. Anche per quanto riguarda, poi, la *performance* individuale, l'OIV esprime una valutazione sul relativo processo, sottolineando le eventuali modifiche apportate rispetto a quanto riscontrato nelle precedenti relazioni. In particolare, relativamente alla fase di assegnazione degli obiettivi, l'OIV valuta lo svolgimento del processo, l'adeguatezza delle modalità di assegnazione degli obiettivi e la coerenza con le disposizioni del sistema; mentre, relativamente alla fase di valutazione (se conclusa alla data di redazione della relazione), l'OIV ne analizza lo svolgimento, l'adeguatezza delle modalità di comunicazione e l'esito, in termini di differenziazione dei giudizi. Inoltre, al fine di valutare il grado di condivisione del sistema di misurazione e valutazione della *performance* individuale, l'OIV valuta l'avvio di eventuali procedure di conciliazione. L'OIV comunica anche i risultati della indagine sul grado di condivisione del sistema e sulla valutazione del "superiore gerarchico" ai sensi dell'art. 14, comma 5 del d. lgs. n. 150/2009. Infine, per fornire un giudizio sull'impatto di tale sistema sull'accrescimento delle competenze individuali, la valutazione dell'OIV si estende anche alla congruità dei processi formativi e dei piani di miglioramento individuali adottati. In relazione, poi, all'applicazione dei sistemi premiali, l'OIV fornisce le proprie valutazioni in occasione del monitoraggio sull'applicazione degli strumenti di valutazione della *performance* individuale, da effettuarsi entro il 30 novembre.

²⁹ In riferimento al processo di attuazione del ciclo della *performance*, l'OIV valuta l'effettivo funzionamento del processo di misurazione e valutazione, analizzando soprattutto fasi, tempi e soggetti coinvolti: in particolare, l'OIV riferisce sull'adeguatezza della struttura tecnica permanente in termini sia di risorse umane e finanziarie che di competenze professionali disponibili.

³⁰ Per quanto concerne l'infrastruttura di supporto, l'OIV esprime una valutazione sull'adeguatezza dei sistemi informativi e informatici a supporto del funzionamento del ciclo della *performance*. L'organismo indipendente di valutazione riferisce, soprattutto, sui sistemi utilizzati per la misurazione della *performance*, indicando il ruolo svolto a supporto di tale processo e il loro grado di diffusione presso

tuazione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità e per il rispetto degli obblighi di pubblicazione³¹; definizione e gestione degli *standard* di qualità³²; utilizzo dei risultati del sistema di misurazione e valutazione³³; descrizione delle modalità del monitoraggio dell'OIV³⁴. Per ognuno di tali ambiti la succitata relazione dell'OIV riassume le criticità riscontrate e, in base a queste, propone miglioramenti. Si deve, inoltre, verificare se e come le proposte contenute nella precedente relazione si siano tradotte in azioni di miglioramento da parte dell'Amministrazione, analizzando – più in generale – le variazioni intervenute nell'effettivo funzionamento del sistema rispetto alla precedente relazione³⁵.

le strutture dell'amministrazione. In tale ambito, l'OIV evidenzia eventuali casi di copertura parziale, dando specifica indicazione della loro estensione presso le sedi territoriali. Tra tali sistemi informativi, specifica rilevanza è data al sistema di controllo di gestione e al sistema di controllo strategico, nonché ai sistemi di contabilità generale e analitica: particolarmente rilevanti sono le modalità di interazione tra tali sistemi, per verificare il grado di integrazione tra il ciclo di bilancio ed il ciclo della *performance*.

³¹ Relativamente ai sistemi informativi e informatici a supporto dell'attuazione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità e per il rispetto degli obblighi di pubblicazione, l'OIV esprime una valutazione sul funzionamento dei sistemi informativi e informatici che supportano la pubblicazione dei dati, alla luce della rilevanza che tali sistemi rivestono quale presupposto per l'attuazione del programma triennale e per il rispetto degli obblighi di pubblicazione, nonché sulla ripartizione delle competenze tra i diversi soggetti che concorrono alla pubblicazione dei dati e sul sistema di monitoraggio della pubblicazione dei dati. Tale valutazione si sofferma, in particolare, sui seguenti aspetti: sistemi informativi e informatici per l'archiviazione, la pubblicazione e la trasmissione dei dati; modello organizzativo di raccolta e pubblicazione dei dati; sistema di monitoraggio della pubblicazione dei dati; sistemi per la rilevazione quantitativa e qualitativa degli accessi alla sezione "Amministrazione Trasparente". Per definire in dettaglio i flussi informativi che provengono da tutti gli uffici, l'analisi deve avere ad oggetto non solo le strutture centrali, ma anche tutte le articolazioni organizzative, periferiche o meno. Qualora l'OIV non disponga di un livello approfondito di conoscenza circa i sistemi informativi e informatici, è opportuno raccogliere informazioni dal responsabile della trasparenza e dai dirigenti coinvolti nel processo di archiviazione, raccolta, trasmissione e pubblicazione dei dati.

³² Per quanto riguarda la definizione e gestione degli *standard* di qualità, l'OIV valuta il relativo processo, dando particolare rilevanza alle misurazioni attuate dall'amministrazione per il controllo della qualità dei servizi erogati e alle modalità con cui sono state adottate le soluzioni organizzative per la gestione di reclami e delle *class action*. L'OIV, inoltre, riferisce sull'entità in cui le summenzionate attività abbiano influito sulla revisione degli standard.

³³ In riferimento all'utilizzo dei risultati del sistema di misurazione e valutazione, l'oggetto della valutazione dell'OIV è l'efficacia delle azioni poste in essere dall'amministrazione alla luce dei risultati conseguiti nel precedente ciclo della *performance*, analizzando l'effettiva utilità della misurazione della *performance* ai fini di un progressivo miglioramento della gestione. In tale valutazione significativi elementi scaturiscono da eventuali modifiche apportate al processo di definizione del piano, nonché dalle problematiche incontrate in sede di monitoraggio della *performance*.

³⁴ Per quanto concerne la descrizione delle modalità del monitoraggio dell'OIV, quest'ultimo sintetizza le modalità attraverso le quali sono state effettuate le attività di verifica (esame documentazione, interviste con dipendenti o dirigenti, riunioni, ecc).

³⁵ La relazione dell'OIV è trasmessa entro il 30 aprile di ciascun anno all'Organo di indirizzo politico-amministrativo e all'ANAC ed è pubblicata in formato aperto sul sito istituzionale dell'amministrazione, nella sezione "Amministrazione Trasparente": per l'anno 2013, in considerazione di alcuni elemen-

Particolarmente rilevante, nell'ambito in esame, è il fatto che la relazione dell'OIV deve valutare – tra l'altro – l'adeguatezza delle soluzioni organizzative effettivamente adottate dall'Amministrazione, in termini di integrazione e coordinamento tra soggetti, tempi e contenuti, per garantire la coerenza del sistema di misurazione e valutazione con i sistemi di controllo preesistenti.

Ulteriore compito dell'Organismo indipendente è quello della validazione – con attestazione della correttezza, completezza e idoneità alla produzione degli effetti tipici – della relazione sulla *performance*, garantendone la visibilità mediante la pubblicazione sul sito *internet* della relativa P.A.: questo intervento da un lato costituisce la condizione di efficacia dell'atto *de quo*, dall'altro lato è il necessario presupposto per la valutazione della *performance*, per l'erogazione dei conseguenti fondi contrattuali e per l'operatività dei meccanismi premiali del merito³⁶.

Anche su tale punto è intervenuta la ex CIVIT che, con la delibera n. 6/2012, ha posto in evidenza l'importanza della validazione della relazione (di cui all'art. 14, comma 4 lett. c, del decreto) ai fini non solo della verifica del corretto funzionamento del ciclo della *performance*³⁷, ma anche del controllo strategico esercitato dall'OIV.

Invero, l'attuale sistema di controllo ha, rispetto a quello previgente, maggiore capacità di garantire la correttezza dei processi di misurazione e valutazione,

ti innovativi introdotti dalla citata delibera n. 23/2013, il termine è stato eccezionalmente prorogato al 31 maggio 2013.

³⁶ L. HINNA, *La misurazione dei risultati nell'ambito dei processi di programmazione, valutazione e controllo delle amministrazioni pubbliche*, cit., 19 ss.; ID., *Responsabilità Sociale di Impresa, Pari Opportunità e Imprese Cooperative*, cit., 2010; L. HINNA, F. MONTEDURO, *Nuovi profili di accountability nelle PA*, Quaderni Formez, 2005; P. ICHINO, *Il sindacato e i nullafacenti*, *Il Corriere della Sera*, 26 agosto, 2006; P. W. INGRAHAM, *Of pigs in pokes and policy differences: an other look at pay for performance*, *Public Administration Review*, 53, 1993; G. LANDOLFI, intervista a RENATO BRUNETTA, *Dipendenti pubblici scuola di risk management*, in *Internal Audit*, settembre-dicembre 2009; R. MUS-SARI, *La valutazione dei programmi nelle aziende pubbliche*, Torino, 2000; L. OLIVIERI, *La riforma del lavoro pubblico: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 commentato articolo per articolo*, Maggioli, 2009; F. MONTEDURO, *Performance-based accountability ed efficacia della p.a.: prime evidenze empiriche di una comparazione internazionale*, in *Azienda Pubblica*, 2009, vol. 22, fascicolo 1; J. PERRY, *Bringing Society in: toward a theory of Public service motivation*, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 471-488, 2000; A. N. RAYMOND, J. R. HOLLENBECK, B. GERHART, P. M. WRIGHT, *Gestione delle risorse umane*, Milano, 2006.

³⁷ È stato anche chiarito dalla delibera n. 4/2012, citata nel testo e reperibile in www.civit.it, che la validazione da parte dell'OIV della relazione da un lato costituisce il completamento del ciclo della *performance* con la verifica, e la conseguente validazione, della comprensibilità, conformità, veridicità, attendibilità e completezza dei dati e delle informazioni riportate nella relazione, attraverso la quale l'Amministrazione rendiconta i risultati raggiunti (art. 4, comma 2 lett. f, del decreto); dall'altro lato rappresenta il punto di passaggio, formale e sostanziale, dal processo di misurazione e valutazione e dalla rendicontazione dei risultati raggiunti, all'accesso ai sistemi premianti. Infatti, come chiarito nel testo, la validazione della relazione è condizione essenziale per accedere agli strumenti premiali di cui al Titolo III.

nonché dell'utilizzo dei premi in base al principio della valorizzazione del merito e della professionalità: infatti, l'OIV, rispetto al Nucleo di valutazione proprio del sistema precedente, non si limita a sovrintendere ai controlli ed alla valutazione della dirigenza, ma arriva a verificare la sussistenza e la validità degli strumenti di controllo, oltre che l'adeguato svolgimento dei relativi processi. Insomma, il fondamentale ruolo di garante dei controlli ricoperto dall'Organismo indipendente consente a quest'ultimo di sindacare l'operatività concreta della valutazione, vagliando in particolare la rispondenza dell'attribuzione dei premi rispetto a quanto previsto dal decreto n. 150/2009 s.m.i., dalla contrattazione (collettiva e decentrata) e dai regolamenti interni: questo rilevante ruolo si concretizza quantomeno nel potere di presentare rilievi, di avanzare proposte e di segnalare criticità, come visto, a determinati organi, in merito all'attuazione del sistema.

Coessenziale all'importante ruolo rivestito dall'OIV nell'articolato sistema in esame è non solo il potere di formulare agli organi di governo le proposte di valutazione annuale e, conseguentemente, di attribuzione dei premi di cui al Titolo III del citato decreto ai dirigenti di vertice³⁸, ma anche la posizione di responsabile della corretta applicazione delle linee guida, delle metodologie e degli strumenti approntati dall'Autorità di cui al novellato art. 13: in relazione a quest'ultimo profilo si può parlare di un rapporto di dipendenza funzionale dell'OIV rispetto all'ANAC.

Lo stesso OIV, poi, da un lato verifica i risultati e le buone pratiche di promozione delle pari opportunità, dall'altro lato promuove l'adozione degli strumenti necessari per la realizzazione dei principi di trasparenza ed integrità, ed attesta, in virtù di un vaglio di merito, la corretta utilizzazione di tali strumenti unitamente all'adempimento degli obblighi che ne discendono³⁹.

³⁸ Le linee-guida dell'Anci sostengono l'insussistenza, tra i compiti dell'OIV, del controllo dei dirigenti non di vertice, a loro volta titolari del potere di controllo sui dipendenti del relativo comparto: in virtù della mancanza di indicazioni da parte del legislatore sul punto, secondo l'Anci, è il regolamento interno dell'ente a dover fornire il significato di "vertice", scegliere di conferire all'OIV il compito di valutare la dirigenza non rientrante in tale categoria, e definire, conseguentemente, le modalità di raccordo tra l'organismo in parola e la dirigenza di vertice ai fini della misurazione delle performance dei dirigenti *tout court*. Ebbene, tale assunto è sconfessato dall'inesistenza, all'interno della P.A., di una gerarchia tra dirigenti: anche laddove non rientrino nella definizione di organo posto al vertice, infatti, i dirigenti si pongono comunque alla sommità delle strutture loro affidate e sono, perciò, assoggettati al controllo dell'OIV.

³⁹ Gli Organismi indipendenti di valutazione hanno, in pratica, cinque fondamentali funzioni cui corrispondono gli specifici compiti indicati nell'art. 14 del d. lgs. n. 150/2009: monitoraggio e verifica (monitora il funzionamento complessivo del sistema della valutazione, della trasparenza e integrità dei controlli interni ed elabora una relazione annuale sullo stato dello stesso; verifica i risultati e le buone pratiche di promozione delle pari opportunità; effettua indagini sul personale dipendente volte a rilevare il livello di benessere organizzativo e il grado di condivisione del sistema di valutazione); certificazione, validazione e attestazione (valida la Relazione sulla *performance* che è condizione

In particolare, la ex CIVIT - con la delibera n. 71 del 1° agosto 2013⁴⁰ - ha rilevato che le attestazioni degli Organismi Indipendenti di Valutazione (o delle altre strutture interne a ciò deputate) sulla pubblicazione di informazioni e dati per i quali sussiste uno specifico obbligo di pubblicazione nella sezione “Amministrazione trasparente” dei siti istituzionali, costituiscono lo strumento attraverso cui l’Autorità di cui al citato art. 13 verifica l’effettività degli adempimenti in materia di trasparenza⁴¹: in vista di tale ultima verifica la sopraindicata delibera n. 71/2013 fornisce tutte le relative indicazioni, descrivendo anche le modalità con cui deve essere esercitata l’attività di vigilanza e controllo sulla base degli esiti del monitoraggio effettuato dagli OIV o da strutture che svolgono funzioni analoghe⁴².

inderogabile per l’accesso agli strumenti per premiare il merito; attesta l’assolvimento degli obblighi relativi alla trasparenza e all’integrità); garanzia (garantisce la correttezza dei processi di misurazione e valutazione, nonché dell’utilizzo dei premi ed il rispetto del principio di valorizzazione del merito e della professionalità; è responsabile della corretta applicazione delle linee guida, delle metodologie e degli strumenti predisposti dalla Commissione); proposta (propone, all’organo di indirizzo politico-amministrativo, la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l’attribuzione ad essi dei premi promuove l’assolvimento degli obblighi relativi alla trasparenza e all’integrità); *reporting* (comunica tempestivamente le criticità riscontrate ai competenti organi interni di governo ed amministrazione nonché alla Corte dei conti, all’Ispettorato per la funzione pubblica e alla Commissione).

⁴⁰ La delibera n. 71/2013, relativa alle attestazioni degli OIV sull’assolvimento di specifici obblighi di pubblicazione per l’anno 2013 ed alla attività di vigilanza e controllo dell’ANAC, è reperibile in www.civit.it.

⁴¹ La delibera n. 77 del 12 dicembre 2013 dell’ANAC - posto che ai sensi dell’art. 14, comma 4, lett. g, del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, agli Organismi Indipendenti di Valutazione spetta il compito di promuovere e attestare l’assolvimento degli obblighi relativi alla trasparenza e all’integrità da parte delle amministrazioni e degli enti - fornisce le opportune indicazioni per la predisposizione delle attestazioni e stabilisce come l’Autorità effettua la propria attività di vigilanza e controllo, sulla base anche dagli esiti delle predette attestazioni.

⁴² La delibera n. 71/2013 indicata nel testo ritiene utile che gli OIV, o le altre strutture interne a ciò deputate, attestino l’assolvimento dei seguenti obblighi di pubblicazione: a) dati relativi alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni che sono state recentemente interessate dagli interventi di riduzione della spesa, messa in liquidazione e privatizzazione previsti dall’art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95; b) pagamenti dei debiti scaduti della pubblica amministrazione maturati al 31 dicembre 2012, rispetto ai quali l’assolvimento degli obblighi di trasparenza è tanto più rilevante in quanto consente di rendere conto dell’attuazione del recente d.l. 8 aprile 2013, n. 35, convertito con modificazioni in legge 6 giugno 2013, n. 64, che ha puntato a sbloccare il pagamento dei debiti suddetti; c) procedimenti amministrativi, per i quali la pubblicazione dei dati assume rilievo anche in considerazione dell’introduzione, da parte del d.l. n. 35/2013, di un indennizzo alle imprese in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento a istanza di parte; d) servizi erogati agli utenti, con riferimento ai costi contabilizzati, evidenziando quelli effettivamente sostenuti e quelli imputati al personale per ogni servizio erogato, e ai tempi medi di erogazione, ai sensi dell’art. 32, comma 2, lett. a e b, del d.lgs. n. 33/2013, dell’art. 10, comma 5 del medesimo decreto, nonché dell’art. 1, comma 15, della legge n. 190/2012; e) accesso civico, introdotto dall’art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 con riferimento ai documenti, alle informazioni e ai dati per i quali è previsto uno specifico obbligo di pubblicazione, nei casi in cui questa sia stata omessa. In proposito, ai sensi dell’art. 5, c. 1, del suddetto decreto, le

All'Organismo indipendente compete anche di effettuare ogni anno, sulla base di appositi modelli forniti dall'ANAC, non solo indagini sul personale dipendente per accertare il livello di benessere organizzativo e il grado di condivisione del sistema di valutazione, ma anche la rilevazione della valutazione del proprio superiore gerarchico da parte del personale, per riferire, poi, alla predetta Autorità (art. 14, comma 5, d. lgs. n. 150/2009)⁴³.

amministrazioni sono tenute a pubblicare il nome del Responsabile della trasparenza cui inoltrare la richiesta di accesso civico, nonché le modalità per l'esercizio di tale diritto, con indicazione dei recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale. Inoltre, l'art. 5, comma 4, dispone che, nel caso in cui il Responsabile della trasparenza non ottemperi alla richiesta, colui che ha presentato l'istanza possa ricorrere al titolare del potere sostitutivo il cui nome è pubblicato unitamente ai recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale.

⁴³ In definitiva, secondo quanto indicato nella citata delibera n. 23/2013 della ex CIVIT, il processo di monitoraggio dell'OIV si articola, da un punto di vista cronologico, nelle seguenti fasi: valutazione sull'avvio del ciclo della *performance* in corso, a cui si è dato inizio con l'adozione del piano della *performance*; la redazione della relazione annuale sul funzionamento complessivo del sistema di valutazione, trasparenza e integrità dei controlli interni (art. 14, comma 4 lett. a, d. lgs. n. 150/2009) con riferimento al ciclo della *performance* precedente; valutazione sull'effettiva assegnazione degli obiettivi organizzativi e individuali del personale avvenuta durante il ciclo della *performance* in corso; validazione della relazione sulla *performance* con riferimento al ciclo della *performance* precedente; valutazione sull'applicazione selettiva degli strumenti di ponderazione della *performance* individuale con riferimento al ciclo della *performance* precedente. La stessa delibera n. 23/2013 della ex CIVIT ha rilevato anche che il differimento (conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni"), del termine del 30 aprile previsto dalla delibera n. 4/2012 per la presentazione dell'attestazione sull'assolvimento degli obblighi di trasparenza che gli OIV devono effettuare ai sensi dell'art. 14 comma 4 del d. lgs. n. 150/2009. Per quanto riguarda la fase di assegnazione degli obiettivi effettuata nel ciclo in corso, l'OIV valuta lo svolgimento del processo, l'adeguatezza delle modalità di assegnazione degli obiettivi e la coerenza con le disposizioni del sistema. Entro il 30 aprile l'OIV fa pervenire all'ANAC le informazioni e l'esito di tale monitoraggio, inviando l'allegato, eventualmente accompagnato da sintetici commenti. Con la validazione della relazione sulla *performance* da parte dell'OIV (art. 14, comma 4, lett. c, del d.lgs. n. 150/2009) si attribuisce efficacia alla relazione predisposta dall'organo di indirizzo politico amministrativo entro il 30 giugno. Tale validazione deve concludersi in tempo utile per consentirne la trasmissione all'ANAC da parte dell'Amministrazione entro il 15 settembre, unitamente alla relazione sulla *performance*: nella delibera n. 6/2012 sono contenute le indicazioni relative al processo e alla metodologia di validazione. L'OIV, al termine del ciclo della *performance*, provvede a comunicare all'ANAC l'esito del processo di valutazione individuale, facendo riferimento alle retribuzioni di risultato e alle componenti accessorie legate ai premi effettivamente distribuiti rispettivamente al personale dirigente e non dirigente. Particolare attenzione è data al collegamento tra la valutazione della *performance* individuale e l'erogazione delle componenti accessorie stipendiali legate alla premialità, anche con riferimento alla presenza di disposizioni in tal senso contenute nel contratto integrativo. L'Organismo indipendente di valutazione, per documentare il succitato collegamento, fornisce opportune evidenze quantitative sulla distribuzione dei dipendenti per classi di premialità erogata con riferimento al ciclo concluso. Inoltre, allo scopo di valutare il grado di condivisione del Sistema di misurazione e valutazione della *performance* individuale, l'OIV prende in considerazione l'avvio di eventuali procedure di conciliazione. Tale fase di monitoraggio tende a verificare l'attuazione del principio di promozione del merito, attraverso l'utilizzo

In conclusione si può affermare che le competenze riconosciute dall'art. 14 d. lgs. cit. all'OIV attengono a due diversi piani: infatti, nell'ambito di tali competenze si può rilevare che alcune sono di natura prettamente amministrativa ed altre sono di secondo livello, relative cioè a valutazione e validazione di attività compiute da strutture dell'Amministrazione controllata (come nelle sopraindicate ipotesi di validazione della relazione sulla *performance*⁴⁴; di monitoraggio del sistema di valutazione, trasparenza e integrità; di verifica dei risultati e delle buone pratiche di promozione delle pari opportunità).

Si tratta di un controllo che incide solo indirettamente sul merito della gestione amministrativa, essendo quest'ultimo di esclusiva competenza degli organi di indirizzo politico-amministrativo⁴⁵. In altre parole, l'OIV non controlla direttamente il merito delle decisioni, ma solo le modalità attraverso le quali gli organi preposti gestiscono il procedimento di monitoraggio ed autocorrezione normativamente previsto. Né – secondo chi scrive – può desumersi dalla previsione (art. 14, comma 4 lett. *f*, d. lgs. cit.) della responsabilità dell'OIV per la corretta applicazione delle linee guida, delle metodologie e degli strumenti predisposti dall'ANAC, un diretto coinvolgimento di tale Organismo in ordine alla gestione concreta del controllo direzionale, alla definizione degli obiettivi ed alle valutazioni attribuite agli organi di dirigenza amministrativa. In effetti, una diretta incidenza dell'OIV sussiste unicamente in relazione alle proposte di correzione delle linee strategiche, alla proposta di valutazione annuale dei dirigenti di vertice⁴⁶, all'attribuzione dei premi, oltre che all'esercizio della funzione di garanzia e vigilanza sull'attuazione delle politiche di trasparenza e di integrità.

di sistemi premianti selettivi, sancito dall'art. 18 del d. lgs. n.150/2009 e successivamente confermato dall'art. 5 del d.l. n. 95/2012 convertito nella l. n. 135/2012: tali informazioni sono trasmesse dall'OIV all'ANAC entro il 30 novembre.

⁴⁴ Entro 30 giorni dall'adozione del Piano della *performance* da parte dell'organo di indirizzo politico dell'amministrazione, l'OIV fa pervenire all'ANAC le informazioni e l'esito del controllo di primo livello riguardante l'avvio del ciclo del *performance*: tali indicazioni sono disponibili sul sito istituzionale dell'ANAC.

⁴⁵ L'OIV, come chiarito anche nella delibera n. 4/2010 della ex CIVIT, supporta l'organo politico-amministrativo nella definizione degli obiettivi strategici, favorendone il coordinamento, e nella individuazione delle responsabilità per gli obiettivi medesimi, contribuisce anche attraverso il sistema di misurazione e valutazione, all'allineamento dei comportamenti del personale alla missione dell'organizzazione. Conseguentemente, l'OIV rende noti al personale gli obiettivi di *performance* e cura la regolare comunicazione sullo stato di raggiungimento degli stessi.

⁴⁶ Gli OIV non sono titolari diretti della funzione valutativa, salvo per quanto riguarda la valutazione dei dirigenti di vertici (come, ad esempio, il Capo Dipartimento ed il Segretario Generale), rispetto ai quali provvedono, ai sensi dell'art. 14, comma 4 lett. *e*, d. lgs. n. 150/2009, a formulare una proposta di valutazione individuale all'organo di indirizzo politico-amministrativo: in tal senso cfr. la delibera n. 89/2010 della ex CIVIT. Comunque, per effetto dell'art. 14, comma 4 lett. *d*, del citato decreto, l'OIV è chiamato a garantire la correttezza del processo di misurazione e valutazione, nonché dell'utilizzo dei premi di cui al Titolo III dello stesso decreto, i quali sono subordinati alla valutazione, da parte degli OIV,

Come si vede agevolmente, le competenze attribuite all'Organismo Indipendente di Valutazione sono di importanza strategica nel complessivo sistema in esame: ciò ha fatto sorgere non pochi problemi non solo in ordine all'individuazione delle Amministrazioni Pubbliche tenute ad istituire gli OIV, ma anche in ordine all'effettiva indipendenza di quest'ultimi e, in particolare, in ordine a chi ed a come si debba procedere alla valutazione individuale degli stessi componenti dell'OIV.

In merito a tale ultimo aspetto non sembra essere appagante la delibera n. 89/2010 della ex CIVIT, secondo cui si tratterebbe di aspetti rimessi all'autonoma determinazione delle Amministrazioni interessate, in quanto aspetti strettamente attinenti all'organizzazione e, dunque, idonei ad incidere sull'indipendenza degli Organismi e sulla imparzialità nello svolgimento dei relativi compiti⁴⁷. Invece, proprio il ruolo determinante ricoperto nell'ambito in esame dalle molteplici competenze e, in particolare, dall'indipendenza degli OIV (su cui v. *infra*) avrebbe giustificato una soluzione differente. Del resto, la stessa ex CIVIT con una delibera precedente (n. 4/2010) ha sottolineato la necessità, in via generale, che gli Organismi fossero posti al di fuori dell'apparato amministrativo in senso stretto – rispetto al quale essi sono chiamati a svolgere i propri compiti in posizione di “indipendenza” – e, comunque, in collegamento con l'organo di indirizzo politico.

4. *Le Amministrazioni Pubbliche tenute ad istituire gli OIV*

Per quanto riguarda i sopraindicati problemi relativi all'individuazione delle Amministrazioni Pubbliche tenute ad istituire un Organismo indipendente che effettui in rapporto sinergico diretto con l'ANAC la valutazione annuale della *performance* organizzativa e individuale, tale obbligo sussiste non per tutte le Amministrazioni Pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001 (destinatario della disciplina dettata dal d. lgs. n. 150/2009 in materia di contrattazione collettiva e comunque chiamate a svolgere, con modalità organizzative proprie, procedure di valutazione delle strutture e del personale). Infatti, è espressamente esclusa la costituzione degli OIV nell'ambito del sistema scolastico e delle istituzioni di alta formazione artistica e musicale (art. 74, comma 4, d. lgs. n.

della relazione sulla *performance*. Nella stessa delibera n. 89/2010 si evidenzia anche che l'art. 9, comma 1, del d. lgs. n. 150/2009 accomuna, ai fini dell'individuazione degli ambiti della misurazione e valutazione della *performance* individuale, i dirigenti ed il personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità.

⁴⁷ Ha affermato, inoltre, la ex CIVIT – nella delibera citata nel testo – di aver segnalato al Dipartimento della Funzione pubblica l'opportunità di fornire le più puntuali indicazioni richieste dalle Amministrazioni, soprattutto per quanto riguarda i limiti di spesa di cui all'art. 14, commi 9 e 11, del d. lgs. n. 150/2009.

150/2009)⁴⁸. Per quel che riguarda il personale docente della scuola e delle istituzioni di alta formazione artistica e musicale nonché i tecnologi ed i ricercatori degli enti di ricerca, l'applicazione delle disposizioni dei Titoli II e III del decreto legislativo n. 150/2009 dipende dall'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il MIUR e col MEF, che ne determini i limiti e le modalità di applicazione⁴⁹.

Invece, per quanto concerne le Università, la ex CIVIT, nella seduta del 12 aprile 2012, ha espresso l'avviso che anche tali istituzioni, nella loro autonomia, diano attuazione ai principi contenuti nelle delibere nn. 4, 5 e 6 del 2012 relative, rispettivamente, alla relazione sul funzionamento complessivo del sistema della valutazione della trasparenza e integrità, alla relazione sulla *performance* ed alla relativa validazione.

La delibera n. 23/2013 della ex CIVIT ha sottolineato, inoltre, come per le Università, già la precedente delibera n. 9/2010 avesse chiarito la possibilità di attribuire ai Nuclei di valutazione funzioni dell'Organismo Indipendente di Valutazione, non dovendo tale ultimo organismo necessariamente essere istituito nell'ambito delle Università: queste sono comunque destinatarie della disciplina di cui al d. lgs. n. 150/2009 s.m.i. e, conseguentemente, sono tenute a porre in essere, in piena autonomia e con proprie modalità organizzative, procedure di valutazione (aventi ad oggetto le strutture ed il personale) dirette a promuovere, anche mediante sistemi premianti selettivi, il merito ed il miglioramento della *performance* individuale ed organizzativa⁵⁰.

⁴⁸ In tal senso cfr. la delibera n. 4/2010 – reperibile in *www.civit.it* – della ex Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle Amministrazioni Pubbliche.

⁴⁹ In questi termini cfr. delibera n. 4/2010 della ex CIVIT.

⁵⁰ In generale, sulle procedure di valutazione dirette a promuovere il merito ed il miglioramento della *performance* cfr. A. CAPALBO, *Riforma Brunetta: tutte le novità del pubblico impiego. Commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Macerata, 2009; P. CAPALDO, *L'economia d'azienda dalla parte principale*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 aprile 2010; C. DE PIETRO, *Gestire il personale nelle aziende sanitarie italiane*, Milano, 2005; B. DENTE, G. AZZONE, *Valutare per governare*, Milano, 1999; V. DULEWICZ, *Performance appraisal and counseling*, in P. HERRIOT, *Assessment and selection in organizations: methods and practices for recruitment and appraisal*, New York, 1989; E. GUARINI, *Ruolo dell'ente locale e accountability: l'impatto sui sistemi di misurazione e controllo*, in *Azienda Pubblica*, n. 6, 2000; G. HAGEMANN, *Eccellenza nella motivazione: incentivi materiali, comunicazione aperta, partecipazione*, Milano, 1997; L. HINNA, *La misurazione dei risultati nell'ambito dei processi di programmazione, valutazione e controllo delle amministrazioni pubbliche*, in AA.VV., *Ricerca Giannini*, cit., 2007; ID., *Responsabilità Sociale di Impresa, Pari Opportunità e Imprese Cooperative*, in *Il potenziale femminile nelle imprese cooperative*, Roma, 2010; L. HINNA, F. MONTEDURO, *Nuovi profili di accountability nelle PA*, Quaderni Formez, 2005; P. ICHINO, *Il sindacato e i nullafacenti*, *Il Corriere della Sera*, 26 agosto, 2006; P. W. INGRAHAM, *Of pigs in pokes and policy differences: an other look at pay for performance*, *Public Administration Review*, 53, 1993; G. LANDOLFI, intervista a RENATO BRUNETTA, *Dipendenti pubblica scuola di risk management*, in *Internal Audit*, settembre-dicembre 2009; R. MUSSARI, *Qualità e Carta dei servizi pubblici*, in G. GROSSI, R. MUSSARI, *I servizi pubblici locali nella prospettiva eco-*

In riferimento, poi, all'organizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il comma 3 dell'art. 74 richiede l'adozione di uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri con i quali devono essere determinati i limiti e le modalità di applicazione delle disposizioni, anche inderogabili, del d. lgs. n. 150/2009 s.m.i., precisando che fino alla data di entrata in vigore di ciascuno di tali decreti continua ad applicarsi la normativa previgente.

Oltre a quelle sopra riportate, nel decreto di riforma si rinvencono ulteriori disposizioni che subordinano l'applicazione delle disposizioni del Titolo II (e, dunque, anche dell'art. 14 sulla costituzione degli Organismi Indipendenti di Valutazione) all'adozione di discipline speciali di adeguamento e di definizione dei limiti e delle modalità attuative del decreto stesso: l'art. 16, ponendosi in questa direzione, richiede che le Regioni (anche per quanto concerne i propri Enti e le Amministrazioni del Servizio sanitario nazionale) e gli Enti locali procedano all'adeguamento dei rispettivi ordinamenti⁵¹.

L'interpretazione di quest'ultima norma rapportata all'intera disciplina del decreto di riforma depone nel senso della limitazione dell'ambito di operatività del citato art. 14 alle sole Amministrazioni statali, con sostanziale esclusione di quelle regionali e locali, rispetto alle quali le previsioni dello stesso art. 14 si pongono come disposizioni di principio. Comunque, ad avviso di chi scrive, sarebbe stato senza dubbio preferibile ricondurre espressamente tale art. 14 nel corpo dell'art. 16 del medesimo decreto tra le norme aventi rango di disposizione di principio per gli Enti locali: sotto tale profilo si tratta senza dubbio di una stigmatizzabile omissione.

Per quanto riguarda in particolare gli Enti locali, il sopraindicato decreto di riforma non apporta modifiche sostanziali alla disciplina dettata dall'art. 147 del d. lgs. n. 267/2000, che adegua alla dimensione locale le statuizioni del d. lgs.

nomica-aziendale, Roma, 2004; L. OLIVIERI, *La riforma del lavoro pubblico: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 commentato articolo per articolo*, Rimini, 2009; F. MONTEDURO, *Performance-based accountability ed efficacia della p.a.: prime evidenze empiriche di una comparazione internazionale*, in *Azienda Pubblica*, 2009, vol. 22, fascicolo 1; J. PERRY, *Bringing Society in: toward a theory of Public service motivation*, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 471-488, 2000; A. N. RAYMOND, J. R. HOLLENBECK, B. GERHART, P. M. WRIGHT, *Gestione delle risorse umane*, Milano, 2006; B. SIBONI, *La rendicontazione sociale negli enti locali. Analisi dello stato dell'arte*, Milano, 2007.

⁵¹ È stato precisato dalla delibera n. 6/2011 della ex CIVIT che, nell'ipotesi di mancato adeguamento entro il 31 dicembre 2010 degli ordinamenti degli Enti territoriali ai principi contenuti nelle disposizioni richiamate dal comma 2 dell'art. 16 e dal comma 1 dell'art. 31 del d. lgs. n. 150/2009, debbano trovare applicazione soltanto tali articoli e commi, salva la facoltà degli Enti di operare una più ampia applicazione. Si esclude, quindi, l'applicazione di altri articoli o commi, poichè altrimenti si verificherebbe l'incongruenza che, a seguito del mancato tempestivo adeguamento, si avrebbe un'applicazione più ampia di quella che il Legislatore ha voluto a regime, sulla base anche dell'intesa con la Conferenza Unificata delle Regioni in sede di attuazione della legge n. 15 del 2009 e di adozione del d. lgs. n. 150/2009.

286/1999, prevedendo la predisposizione del Nucleo di valutazione e del Servizio di controllo interno.

In questa direzione si colloca anche l’Anci, le cui prime linee guida⁵² sull’applicazione della riforma sostengono che, nonostante l’abrogazione delle disposizioni del d. lgs. n. 286/1999 dedicate ai Nuclei di valutazione per effetto del quarto comma dell’art. 30 del d. lgs. n. 150/2009, questi ultimi non si possano ritenere aboliti nelle Amministrazioni locali, laddove rispettino i requisiti richiesti dall’art. 7 del citato d. lgs. n. 150/2009: tale affermazione di principio si fonda sulla permanente applicabilità del sopraindicato art. 147 d. lgs. n. 267/2000, non espressamente derogato.

Quanto sopra accennato ha trovato sostanziale riscontro nella delibera n. 23/2012 della ex CIVIT⁵³, secondo cui le regioni, gli enti regionali, le amministrazioni del servizio sanitario nazionale e gli enti locali – per effetto del citato mancato rinvio dell’art. 16, comma 2, del d. lgs. n. 150/2009 all’art. 14 dello stesso decreto, salvo quanto espressamente previsto dalla normativa di adeguamento – hanno la facoltà (e non l’obbligo) di costituire l’OIV, poichè nella loro autonomia possono attribuire ad altri organi i compiti previsti dai principi di cui alle disposizioni del d. lgs. n. 150/2009 indicate nel summenzionato art. 16. La stessa succitata delibera n. 23/2012 precisa anche che, qualora i sopraindicati enti procedano alla nomina dell’OIV – in applicazione della normativa di adeguamento ai principi del d. lgs. n. 150/2009 o per autonoma decisione -, devono essere individuati i componenti in conformità all’art. 14 dello stesso decreto, uniformandosi ai requisiti indicati nella delibera n. 12/2013 della ex CIVIT⁵⁴.

5. *L’indipendenza degli OIV*

Come accennato in precedenza, la rilevante importanza delle competenze attribuite agli OIV ha fatto sollevare, tra l’altro, problemi anche sull’effettiva indipendenza degli stessi OIV in considerazione della circostanza che questi

⁵² Le linee guida dell’Anci sostengono l’insussistenza, tra i compiti dell’OIV, del controllo dei dirigenti non di vertice, a loro volta titolari del potere di controllo sui dipendenti del relativo comparto: in virtù della mancanza di indicazioni da parte del legislatore sul punto, secondo l’Anci, è il regolamento interno dell’ente a dover fornire il significato di “vertice”, scegliere di conferire all’OIV il compito di valutare la dirigenza non rientrante in tale categoria, e definire, conseguentemente, le modalità di raccordo tra l’organismo in parola e la dirigenza di vertice ai fini della misurazione delle performance dei dirigenti *tout court*. Ebbene, tale assunto è sconfessato dall’inesistenza, all’interno della P.A., di una gerarchia tra dirigenti: anche laddove non rientrino nella definizione di organo posto al vertice, infatti, i dirigenti si pongono comunque alla sommità delle strutture loro affidate e sono, perciò, assoggettati al controllo dell’OIV.

⁵³ La delibera nel testo può essere consultata sul sito www.civit.it.

⁵⁴ Anche tale delibera è reperibile sul sito www.civit.it.

vengono nominati dall'organo di indirizzo politico-amministrativo⁵⁵ per un periodo di tre anni, rinnovabile una sola volta: in questo modo si determina un "legame" che potrebbe attentare proprio al fondamentale carattere indipendente degli OIV.

La sopraindicata centralità delle competenze di quest'ultimi organi nell'ambito dell'articolato sistema predisposto dal decreto di riforma induce a ritenere non sufficiente a mitigare i succitati problemi il fatto che il comma 7 dell'art. 14 impone la previa comunicazione all'ANAC dei *curricula* dei componenti dell'Organismo indipendente, da aggiungersi ai requisiti determinati, con caratteri di generalità e astrattezza, dalla stessa ANAC⁵⁶.

Né, in tal senso, sembra preferibile ricollegare l'indipendenza dell'OIV all'estraneità dei relativi componenti rispetto all'ente controllato: infatti, pur operando in questa direzione, il conferimento dell'incarico comporterebbe, comunque, l'instaurazione di un rapporto di servizio con l'ente. A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione legata al fatto che, se il controllo *de quo* è "interno" per definizione, non sembra possibile l'attribuzione della relativa funzione ad un soggetto terzo.

È opportuno, invece, ancorare l'indipendenza degli OIV, da un lato, al sistema di individuazione dei membri – il quale dovrebbe essere non solo basato su una selezione pubblica e meritocratica, ma anche scevro da logiche di subordinazione all'organo politico – dall'altro lato, all'assenza di conflitti di interessi che inquinino la posizione del controllore.

⁵⁵ È compito dell'organo di indirizzo politico-amministrativo di ciascuna Amministrazione promuovere la cultura della responsabilità per il miglioramento della *performance*, del merito, della trasparenza e dell'integrità: emana le direttive generali contenenti gli indirizzi strategici; definisce in collaborazione con i vertici dell'Amministrazione il Piano e la Relazione sulla *performance*; verifica il conseguimento effettivo degli obiettivi strategici; definisce il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, nonché gli eventuali aggiornamenti annuali.

⁵⁶ Secondo A. NATALINI, *Controlli interni: la terza riforma*, cit., 3, l'Autorità di cui all'art. 13 cit. sembra essere legata a filo doppio con la politica, da cui comunque deve ricevere la propria investitura, anche se con modalità che dovrebbero assicurare una composizione "bipartisan". A ciò, poi, si aggiungerebbe il rischio collegato ai limitati poteri di intervento diretto. Lo stesso A. rileva, inoltre, che la sopraindicata Autorità, se da un lato può determinare un apporto in termini di competenze tecniche, di rafforzamento della visione unitaria del processo di cambiamento e di terzietà, dall'altro lato può comportare eccesso di uniformità e deresponsabilizzazione dei politici e della dirigenza pubblica. Anche A. TARDIOLA, *Prime valutazioni sul decreto Brunetta*, in www.pietroichino.it, si chiede: "perché lì dove ha fallito il Comitato tecnico scientifico dovrebbe riuscire il nuovo "centro della rete"? La perplessità permane perché si è scelto di non intervenire sulla forza gravitazionale che inevitabilmente viene esercitata dalla nomina in capo al Ministro. Vero è che la nuova disciplina prevede che la Commissione definisca i requisiti per la nomina dei componenti degli Organismi interni di valutazione, ma l'esperienza dimostra come i soli requisiti sono un fattore di difesa debole se non si interviene anche sulla fonte della norma". Sarebbe stato interessante, secondo l'A., un modello simile a quello della rete degli Uffici centrali di bilancio, che operano presso ciascun Ministero ma alle dipendenze della Ragioneria generale dello Stato: ciò avrebbe potuto ridurre il rischio di condizionamenti politici e burocratici.

Non meno rilevante sotto il profilo dell'indipendenza degli OIV è la durata della relativa nomina, attualmente prevista – come detto – per un periodo di tre anni rinnovabile una sola volta. Tale specifico aspetto potrebbe incidere positivamente sul grado di autonomia che caratterizza il rapporto tra l'organo di indirizzo politico e l'Organismo Indipendente di Valutazione, poiché quest'ultimo – diversamente dal sistema previgente in cui il SECIN decadeva con l'organo politico che l'aveva nominato – rimane in carica fino alla scadenza prevista e l'eventuale rinnovo presuppone una nuova procedura di concertazione/accreditamento.

I sopraindicati profili non sono, comunque, in grado di assicurare il fondamentale carattere di indipendenza degli OIV se non sono supportati non solo dall'autorevolezza derivante dalla competenza professionale, ma anche dall'autorità collegata al livello gerarchico della struttura organizzativa⁵⁷: infatti, la funzione di *internal auditing* degli OIV si colloca sempre in *staff* ai vertici dell'organizzazione proprio per garantire a tali Organismi, non sottoposti allo *spoils system*, la dovuta autorità, oltre che la necessaria indipendenza.

6. L'attività di reporting degli OIV

Strettamente connessa alla sopraindicata problematica relativa al carattere di indipendenza degli OIV è la conformazione attuale dell'attività di *reporting* di quest'ultimo, a cui si è accennato in precedenza. Tale attività nel sistema previgente⁵⁸ era

⁵⁷ Gli OIV, secondo la delibera n. 4/2010 della ex CIVIT, devono avere una collocazione, sul piano sistematico, che sia in grado di garantire autonomia ed imparzialità di giudizio e, al tempo stesso, assicurare l'effettività e l'autorevolezza istituzionale dell'esercizio delle relative funzioni. Conseguentemente, la stessa ex CIVIT ha sottolineato l'opportunità che gli OIV, ferma ogni autonomia determinazione rimessa alla potestà organizzativa dell'Amministrazione, siano posti al di fuori dell'apparato amministrativo in senso stretto, rispetto al quale essi sono chiamati a svolgere i propri compiti in posizione di "indipendenza". Tuttavia, l'effettività e l'autorevolezza dell'esercizio delle funzioni richiedono una collocazione degli Organismi in stretto collegamento con l'organo di indirizzo politico, anche se al di fuori degli uffici di diretta collaborazione (come è comprovato dalla durata degli Organismi svincolata da quella del vertice politico). La stessa delibera n. 4/2010 ha evidenziato anche come la complessità delle funzioni degli Organismi e, conseguentemente, la pluralità delle competenze professionali richieste facciano assumere particolare rilevanza – quale necessario supporto all'attività dell'Organismo – alla struttura tecnica permanente: quest'ultima deve assicurare quel carattere multidisciplinare delle professionalità che non può trovare sbocco unicamente nella composizione dell'Organismo.

⁵⁸ Sul sistema previgente cfr. S. CASSESE (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione*, Bologna, 1989; ID., *I controlli della pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; M. CLARICH, *Privatizzazione e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519; G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione* in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione, Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 16-18 settembre 1993), Milano 1995, 25; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*,

caratterizzata dal fatto che i SECIN (oggi sostituiti dagli OIV) riferivano in via esclusiva e riservata al solo organo di indirizzo politico, con la duplice conseguenza della riservatezza del relativo *report* e della preclusione di interventi di altri soggetti – come, ad esempio, il Comitato Tecnico Scientifico – per ovviare alle eventuali criticità⁵⁹. L'attuale sistema, invece, è caratterizzato dalla circostanza che gli OIV comunicano tempestivamente le criticità rilevate (art. 14, lett. *b* comma 4, d. lgs. cit.) anche all'ANAC e ad altri soggetti esterni (come, ad esempio, la Corte dei conti⁶⁰ e l'Ispettorato della Funzione pubblica), assumendo così il ruolo di *controller* indipendente della *performance*, più che di mero esecutore di direttive di controllo.

Da quanto sopra tratteggiato si evince che nell'ambito in esame si è venuto a delineare un nuovo modello di *governance* pubblica incentrato su un sistema in-

Milano, 2000, parte I, vol. 2, 1217 ss.; ID., *Appunti sui controlli amministrativi dopo il nuovo titolo V (parte II) della Costituzione*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002; ID., *I controlli amministrativi*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario al d. lgs. 29/1995*, a cura di F. CARINCI, Milano, 1995; G. DE GIORGI CEZZI, *I controlli nell'amministrazione moderna: la funzione di controllo dal garantismo alla regolazione*, Bari, 1990; G. LADU, *Il sistema dei controlli*, in AA.VV. *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 1999, 209 ss.; A. FALCONE, *La "mezza" privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, I, 38; F. GARRI, *I controlli nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977; R. LOMBARDI, *Efficienza amministrativa, difensore civico e controllo di gestione*, Milano, 2003; ID., *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003; ID., *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Diritto amministrativo* 1995, 629 s.; ID., *Funzione di controllo e processo decisionale della pubblica amministrazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 71 s.; ID., *Sistema dei controlli: questioni vecchie e nuove*, in *Atti del convegno di studi "Pubblica amministrazione e controlli: gestione, legittimità e risultato"*, Bergamo, 27 novembre 2009; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. I. Stato, persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986; M. PAOLONI, *Il sistema informativo e le funzioni direzionali negli enti pubblici non economici*, Torino, 1999, 42 ss.; A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 59 e n. 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57; L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale dopo il d. leg. n. 29/1993*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, 299; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975; G. ZANOBINI, *I caratteri particolari dell'autonomia*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, Padova, 1931.

⁵⁹ Solo la Corte dei conti – relativamente al *report* indicato nel testo – poteva prenderne visione, ma sempre attraverso la mediazione e l'iniziativa dell'organo politico. Lo stesso valeva per la Ragioneria Generale dello Stato ed il MEF che negli ultimi tempi prima della riforma avevano intensificato richieste in tal senso ai SECIN.

⁶⁰ Sottolinea A. CRISMANI, *I controlli esterni sulle pubbliche amministrazioni. Contributo alla sistemazione metodologica del procedimento di controllo sulla gestione*, cit., che i controlli della Corte dei conti devono segnalare le disfunzioni, favorendo l'importante meccanismo di controllo democratico e, per tale via, il miglioramento della stessa Amministrazione sottoposta a controllo: in particolare, i controlli non devono costituire uno strumento distante rispetto alla funzione amministrativa, ma – al contrario – devono contribuire in modo incisivo alla realizzazione delle finalità pubbliche attraverso il processo di correzione.

tegrato di controlli incrociati e contrapposti, come dimostrato – tra l'altro – dal fatto che i sopraindicati soggetti (ANAC, Corte dei conti, Ispettorato della Funzione pubblica), nel caso di scadente o mancante attività di *reporting* da parte degli OIV, possono attivarsi e sollecitare gli opportuni interventi.

L'attuale sistema è caratterizzato anche dalla circostanza che gli OIV, da un lato, risentono del condizionamento da parte dell'organo politico in misura minore rispetto a quanto in passato si era verificato per i SECIN, dall'altro lato, sono sottoposti a specifiche forme di responsabilità, che non si limitano ad un'*accountability* interna (nei confronti dell'organo di indirizzo politico-amministrativo), ma hanno anche una valenza esterna (*stakeholders*, ANAC, cittadini, Corte dei conti ed Ispettorato della Funzione pubblica). Tali responsabilità possono comportare per gli OIV, laddove questi non esercitano correttamente le proprie funzioni, l'irrogazione di misure sanzionatorie e disciplinari, tra cui anche la perseguibilità per danno erariale. Invece, da questo punto di vista nel sistema previgente i profili di responsabilità dei Servizi di controllo interno erano quasi evanescenti: infatti, per escludere una responsabilità diretta dei SECIN⁶¹ era sufficiente riferire in via riservata al Ministro l'eventuale emersione di inefficienze metodologiche di importanti elementi (quali, ad esempio, gli strumenti di programmazione, gli obiettivi e gli indicatori).

A questa forte limitazione sul piano della responsabilità corrispondeva un notevole ridimensionamento del grado di indipendenza rispetto all'organo politico: infatti, il SECIN – nominato al di fuori di procedure selettive e trasparenti⁶² – in pratica era considerato un ufficio di diretta collaborazione del Ministro (se non, addirittura, una sorta di *longa manus* dell'organo di indirizzo politico) e non certo (come è attualmente per l'OIV) un *internal auditor* fornito – ai fini di una reale *accountability* nei confronti della collettività – dell'indipendenza necessaria a garantire l'affidabilità metodologica del sistema di programmazione, valutazione e controllo della *performance*.

⁶¹ Tali profili sono stati segnalati diverse volte anche nei rapporti stilati dal Comitato tecnico scientifico per il coordinamento in materia di valutazione e controllo strategico nelle Amministrazioni dello Stato (CTS). In particolare, il terzo rapporto del CTS evidenziava opportunamente l'assoluta necessità non solo di bilanciare professionalità interne ma anche di integrare nei SECIN professionalità di carattere economico-organizzativo, arrivando ad affermare testualmente che “ purtroppo, la situazione reale appare invece decisamente sbilanciata, con la prevalenza di soggetti interni alle Amministrazioni e di professionalità di tipo giuridico-amministrativo”. (Presidenza del Consiglio dei Ministri-CTS (2004), *Processi di programmazione strategica e controlli interni nei Ministeri: stato e prospettive. Terzo Rapporto*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma). Tali considerazioni sono state anche confermate dalla relazione della Corte dei conti su “il funzionamento dei servizi di controllo interno istituiti nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione dei Ministri nel biennio 2008-2009” (Corte dei conti – Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, deliberazione n. 11/2010/G).

⁶² Rilevante in tal senso è l'esclusione *ex art. 6 quater* del d.lgs. n. 165/2001 dell'applicazione ai componenti degli organismi di controllo interno e dei nuclei di valutazione delle procedure comparative e trasparenti valevoli, invece, per il conferimento degli incarichi di collaborazione.

A quanto accennato sopra deve aggiungersi la circostanza che i previgenti organismi di controllo interno denotavano una preoccupante precarietà della loro struttura, continuamente ricostruita al succedersi dei governi in carica, peraltro mai particolarmente sensibili alla materia in esame. Un ulteriore profilo di criticità era costituito dal fatto che all'interno di questi stessi organismi non di rado si alternavano soggetti (dotati di capacità ma) senza una specifica competenza in materia di controllo, anche perché indicati dai vertici politici spesso sulla base di una mera logica di scambio elettorale. Era inevitabile, quindi, che quello previgente venisse efficacemente definito, secondo la nota affermazione di Casese, come un sistema che “ lascia passare gli avvoltoi e cattura i moscerini”⁶³.

7. *La nomina dei componenti degli OIV*

Il decreto di riforma tende al perseguimento dell'obiettivo di assicurare il carattere di indipendenza dell'OIV anche attraverso una specifica disciplina della nomina dei componenti dell'Organismo in esame. Infatti, il comma 8 dell'art. 14 esclude che tali componenti possano essere nominati tra soggetti che rivestano incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali ovvero che abbiano rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni, o che abbiano rivestito simili incarichi o cariche o che abbiano avuto rapporti simili nei tre anni precedenti la designazione.

Nella stessa direzione si pongono i requisiti per la nomina preliminarmente definiti dall'ANAC⁶⁴, operante, in base all'art. 13 d. lgs. n. 150/2009 come modi-

⁶³ S. CASSESE, *I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, in *Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, Atti del Convegno, Milano 11-12 dicembre 1992, Roma, 1995, 21 ss. In merito cfr. anche BERTI, MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. del Dir.*, Aggiornamento, III, 457 ss.; D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, cit., II, 1217 ss.; LADU, *Il sistema dei controlli*, in AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 1999, 209 ss.; A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 59 e n. 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57 ss.; SORACE, *Nuovi assetti e prospettive dei controlli esterni*, in *Banca d'Italia. I controlli delle gestioni pubbliche*, Atti del Convegno di Perugia, 2-3 dicembre 1999, Roma, 2000, 279 ss.; G. MELONI (a cura di) *I controlli sugli atti amministrativi di regioni ed enti locali*, Milano, 1998.

⁶⁴ Come accennato nel testo, l'ANAC opera in posizione di indipendenza, collaborando con la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica – e con il Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della ragioneria generale. È composta da cinque esperti di elevata professionalità, la quale non necessariamente deve essere maturata all'interno dell'Amministrazione nazionale. Non è compatibile con tale carica chi riveste incarichi pubblici elettivi, cariche in partiti politici e in organizzazioni sindacali, estese ad esperienze maturate nei tre anni antecedenti alla preclusa nomina. I componenti sono nominati per un periodo di sei mesi, non possono essere confermati nella carica e, in ogni caso, non devono avere interessi di qualsiasi natura in conflitto con le funzioni dell'Autorità.

ficato dalla l. 125/2013, in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia⁶⁵.

Tali requisiti per la nomina degli OIV, inizialmente definiti dalla delibera n. 4/2010 (modificata dalle successive delibere n. 107/2010, n. 21/2012, n. 23/2012, n. 27/2012 e n. 29/2012), sono stati integrati dalla delibera n. 12/2013 della ex CIVIT⁶⁶. L'integrazione si è resa necessaria a seguito dell'esperienza tratta dalla nomina dei componenti degli OIV in sede di prima applicazione del d. lgs. n. 150/2009 e, sotto altro profilo, a seguito dell'emanazione della l. n. 190/2012. Si tratta di un'integrazione avente ad oggetto l'individuazione in modo analitico dei casi di incompatibilità e la predeterminazione di cause ostative alla formulazione di un parere favorevole, nonché degli altri criteri utilizzati dall'ANAC in sede di formulazione del parere ai sensi dell'art. 14, comma 3, d. lgs. n. 150/2009. In particolare, la delibera n. 12/2013 della ex CIVIT, ai fini della nomina dei componenti degli OIV, indica: i requisiti generali (cittadinanza⁶⁷, età⁶⁸,

⁶⁵ Bisogna ricordare che, in considerazione di parametri richiesti a livello internazionale, la CIVIT è stata trasformata in un' *Authority*. Più in generale, sulle Autorità indipendenti cfr. A.A.V.V., *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Bologna, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della Concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 549; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 629; I. MARINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e giustizia amministrativa*, in *Dir. economia*, 1992, 573; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 140; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

⁶⁶ Tale delibera può essere letta per esteso sul sito www.civit.it. Secondo A. ZIRUOLO, *Gli OIV degli enti locali rischiano di essere l'ennesima occasione persa*, in www.eutekne.info.it, 2013, la delibera n. 12/2013 della ex CIVIT fa fare un passo indietro alla riforma di cui al d. lgs. n. 150/2009: la CIVIT, da quando è stata nominata Autorità Nazionale Anticorruzione, ha privilegiato quest'ultima tra le funzioni attribuitele dall'art. 13 del d. lgs. n. 150/2009 "spingendo, conseguentemente, verso un'eccessiva burocratizzazione l'indirizzo interpretativo e applicativo del ciclo della *performance* ... Di fatto è stata abbandonata, o perlomeno accantonata, l'idea di *performance* costruita sull'efficienza, sull'efficacia e sull'economicità della gestione". Secondo l'A. con la succitata deliberazione n. 12/2013 si allargano eccessivamente le maglie per la composizione degli OIV, creando condizioni che non privilegiano i profili attinenti alla *performance*, ma quelli attinenti alla regolarità amministrativa.

⁶⁷ Nell'ambito degli OIV possono essere nominati cittadini italiani e cittadini dell'Unione europea.

⁶⁸ Afferma la delibera n. 12/2013 che l'età dei componenti deve essere tale da assicurare all'Organismo esperienza e capacità di innovazione. Conseguentemente, si deve evitare la scelta di componenti privi di una esperienza significativa o alla soglia del collocamento a riposo. Deve anche escludersi che possano essere nominati componenti che abbiano superato la soglia dell'età della pensione di vecchiaia. Comunque, particolari deroghe possono essere ammesse in considerazione delle specificità organizzative dell'amministrazione, che possono riguardare la sua articolazione interna, la particolare natura

equilibrio di genere⁶⁹, divieto di nomina⁷⁰, conflitto di interessi e cause ostative⁷¹, componenti interni ed esterni all'amministrazione⁷²; i requisiti attinenti all'area

delle attività svolte, o la appartenenza di dipendenti e dirigenti a diversi *status* professionali.

⁶⁹ La ex CIVIT nella citata delibera n. 12/2013 ha precisato che la scelta dei componenti deve essere tale da favorire il rispetto dell'equilibrio di genere, che deve essere promosso anche con riferimento alla struttura tecnica permanente. Sono ammesse deroghe al suddetto principio solo se adeguatamente motivate.

⁷⁰ L'art. 14, comma 8, d. lgs. n. 150/2009 esclude che i componenti dell'Organismo indipendente di valutazione possano essere nominati tra soggetti che rivestano incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali ovvero che abbiano rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni, ovvero che abbiano rivestito simili incarichi o cariche o che abbiano avuto simili rapporti nei tre anni precedenti la designazione. Inoltre, secondo la delibera n. 12/2013 della ex CIVIT, un'interpretazione sistematica delle disposizioni in tema di valutazione della *performance* e di quelle che identificano il ruolo dell'OIV nell'ambito del d. lgs. n. 150/2009 induce a ritenere che il componente interno deve comunque cessare dalle funzioni precedentemente svolte, quando il contemporaneo esercizio di queste ultime potrebbe determinare una situazione di sovrapposizione della posizione di valutatore con quella di valutato e, in ogni caso, impedire il pieno e corretto svolgimento del ruolo che il legislatore ha assegnato all'OIV. La stessa ex CIVIT, inoltre, ha escluso che possano essere nominati associazioni, società e, in generale, soggetti diversi dalle persone fisiche, anche nell'ipotesi in cui il conferimento dell'incarico avvenga scindendo il rapporto personale con il candidato dal rapporto economico, prevedendo l'erogazione del corrispettivo ad una società per l'attività prestata dal singolo: in questo caso si sarebbe in presenza di un'ipotesi di interposizione, con riflessi anche sul principio della tendenziale esclusività.

⁷¹ La citata delibera n. 12/2013 della ex CIVIT, in analogia con le previsioni della l. n. 190/2012, ha escluso la possibilità di esprimere parere favorevole nei confronti di coloro che: a) siano stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del Codice Penale; b) abbiano svolto incarichi di indirizzo politico o ricoperto cariche pubbliche elettive presso l'Amministrazione interessata nel triennio precedente la nomina; c) siano responsabili della prevenzione della corruzione presso la stessa Amministrazione; d) si trovino, nei confronti dell'Amministrazione, in una situazione di conflitto, anche potenziale, di interessi propri, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado; e) abbiano riportato una sanzione disciplinare superiore alla censura; f) siano magistrati o avvocati dello Stato che svolgono le funzioni nello stesso ambito territoriale regionale o distrettuale in cui opera l'Amministrazione presso cui deve essere costituito l'OIV; g) abbiano svolto non episodicamente attività professionale in favore o contro l'amministrazione; h) abbiano un rapporto di coniugio, di convivenza, di parentela o di affinità entro il secondo grado con dirigenti di prima fascia in servizio nell'Amministrazione presso cui deve essere costituito l'OIV, o con il vertice politico - amministrativo o, comunque, con l'organo di indirizzo politico - amministrativo; i) siano stati motivatamente rimossi dall'incarico di componente dell'OIV prima della scadenza del mandato; l) siano revisori dei conti presso la stessa Amministrazione; m) presso gli enti locali, incorrano nelle ipotesi di incompatibilità e ineleggibilità previste per i revisori dei conti dall'art. 236 del d. lgs. n. 267/2000.

⁷² Qualora l'OIV sia costituito in forma collegiale, va assicurata la presenza sia di un componente che abbia un'adeguata esperienza maturata all'interno dell'Amministrazione interessata, sia di componenti in possesso di conoscenze tecniche e capacità utili a favorire processi di innovazione all'interno dell'Amministrazione medesima. Nel caso di organo monocratico, deve essere comunque assicurata un'adeguata conoscenza dell'Amministrazione interessata e la scelta deve essere comunque compensata, quanto alle professionalità occorrenti, all'atto della costituzione della struttura tecnica permanente.

delle conoscenze⁷³; il titolo di studio⁷⁴; i requisiti attinenti all'area delle esperienze professionali⁷⁵ ed all'area delle capacità⁷⁶; il requisito linguistico⁷⁷; le conoscenze informatiche⁷⁸; l'esclusività del rapporto⁷⁹; la durata del mandato e l'eventuale

⁷³ Secondo la ex CIVIT, ai fini della formulazione del parere, si deve tener conto dei requisiti e degli elementi indicati nella citata delibera n. 12/2013, accertati dall'Amministrazione, oltre che dagli elementi desumibili dal *curriculum*, anche mediante un colloquio e preferibilmente nell'ambito di una valutazione comparativa.

⁷⁴ Ai fini della nomina nell'OIV bisogna deve essere in possesso di diploma di laurea specialistica o di laurea quadriennale conseguita nel previgente ordinamento degli studi. È valutabile il possesso di titoli riconosciuti equivalenti rilasciati in altri Paesi dell'Unione Europea. In particolare, è richiesta la laurea in scienze economiche e statistiche, giurisprudenza, scienze politiche, o ingegneria gestionale. Per le lauree in discipline diverse è richiesto, altresì, un titolo di studio post-universitario in profili afferenti alle materie suddette, nonché ai settori dell'organizzazione e della gestione del personale delle pubbliche amministrazioni, del *management*, della pianificazione e controllo di gestione, o della misurazione e valutazione della *performance*. Sono ammessi anche titoli di studio universitario e post-universitario in discipline attinenti alle specificità della singola amministrazione. In alternativa al possesso di un titolo di studio post-universitario, è sufficiente il possesso dell'esperienza, prevista dal paragrafo 5, di almeno cinque anni.

⁷⁵ La ex CIVIT, nella citata delibera n. 12/2013, ha richiesto che i componenti debbano essere in possesso di un'esperienza di almeno tre anni, in posizioni di responsabilità, anche presso aziende private, nel campo del *management*, della pianificazione e controllo di gestione, dell'organizzazione e della gestione del personale, della misurazione e valutazione della *performance* e dei risultati, ovvero nel campo giuridico - amministrativo, tenendo anche conto dei compiti che derivano dall'applicazione della l. n. 190/2012. Può avere rilievo, ai fini del rinnovo o della nomina dell'OIV l'esperienza già maturata nella stessa qualità, anche presso altra Amministrazione.

⁷⁶ In relazione a tale aspetto è necessario che i componenti posseggano, anche in relazione alla natura e ai compiti dell'Amministrazione, adeguate competenze e capacità manageriali e relazionali, dovendo promuovere i valori del miglioramento continuo della *performance* e della qualità del servizio, nonché della trasparenza e della integrità. A tal fine l'interessato illustra, in una relazione di accompagnamento al *curriculum*, le esperienze che ritenga significative in relazione al ruolo da svolgere. Se il candidato ha già rivestito il ruolo di componente di OIV, anche presso altra Amministrazione, deve darne indicazione nel *curriculum* e nella relazione di accompagnamento e illustrare l'attività precedentemente svolta nella qualità.

⁷⁷ È necessario che il componente abbia una buona e comprovata conoscenza della lingua inglese. Se di cittadinanza non italiana, deve altresì possedere una buona e comprovata conoscenza della lingua italiana. Possono essere ammesse deroghe al requisito linguistico negli enti di piccole dimensioni.

⁷⁸ È richiesto che il componente abbia buone e comprovate conoscenze informatiche.

⁷⁹ La summenzionata delibera n. 12/2013 della ex CIVIT ha escluso che un componente possa appartenere contemporaneamente a più Organismi Indipendenti di Valutazione o Nuclei di valutazione. Tale esclusività può essere derogata nelle ipotesi in cui si tratti di incarichi in enti di piccole dimensioni che trattano problematiche affini e che operano nella stessa area geografica, anche in relazione alla valutazione complessiva degli impegni desumibili dal *curriculum*. L'assenza o l'eventuale contemporanea presenza in altri Organismi indipendenti di valutazione o Nuclei di valutazione deve essere oggetto di dichiarazione sottoscritta dal candidato che deve essere trasmessa dall'Amministrazione alla Commissione. È preferibile evitare che l'appartenente a una Amministrazione sia nominato componente dell'OIV di un'altra Amministrazione che ha come componente dell'OIV persona appartenente all'Amministrazione del candidato.

revoca dell'incarico⁸⁰; la struttura tecnica permanente⁸¹; l'indicazione del compenso⁸² ed il principio di economicità di gestione⁸³.

Tra tali requisiti un ruolo senza dubbio di primo piano deve essere riconosciuto alla necessità di un'elevata professionalità ed esperienza, maturata nel campo del *management*, della valutazione della *performance* e della valutazione del personale delle Amministrazioni Pubbliche (art. 14, comma 7, d. lgs. cit.)⁸⁴.

È chiaro che la sopraindicata disciplina relativa alla nomina dei componenti dell'Organismo in esame viene a porre un opportuno argine alla discrezionalità della relativa scelta.

Sul punto, tuttavia, il citato art. 14 non chiarisce se i componenti dell'OIV possano appartenere alla Pubblica Amministrazione da cui vengano investiti: il silenzio della norma, ad avviso di chi scrive, può essere interpretato nel senso che l'indipendenza non discende dalla posizione "esterna" del membro prescelto. Ciò

⁸⁰ La ex CIVIT ha rilevato che il mandato ha durata triennale, con decorrenza dalla data indicata nel provvedimento di nomina o, in mancanza, dalla presa di possesso. È esclusa, a garanzia dell'indipendenza dell'Organismo, l'automatica decadenza dei componenti dell'OIV in coincidenza con la scadenza dell'organo di indirizzo politico – amministrativo dell'amministrazione che li ha designati. In ogni caso l'eventuale revoca dell'incarico prima della scadenza deve essere adeguatamente motivata e preceduta dal parere della Commissione.

⁸¹ Presso l'Amministrazione deve essere necessariamente istituita un'apposita struttura tecnica permanente, quale necessario supporto dell'OIV. Alla struttura tecnica, nel rispetto del principio di economicità e del costo opportunità delle risorse, devono essere destinate risorse umane e finanziarie adeguate allo svolgimento delle funzioni di supporto alle attività dell'OIV, nonché un adeguato sistema informativo, tenendo conto delle dimensioni e delle specificità organizzative dell'Amministrazione e della esigenza di assicurare, soprattutto in caso di Organismo in forma monocratica, il carattere multidisciplinare delle professionalità.

⁸² Deve essere comunicato, in sede di formulazione della richiesta di parere ex art. 14, comma 3, d. lgs. n. 150/2009, il compenso previsto per lo svolgimento dell'incarico. La determinazione del compenso è rimessa all'autonoma decisione dell'Amministrazione, nel rispetto del principio, desumibile dai principi fondamentali sottesi al d. lgs. n. 150/2009, secondo cui devono essere stabiliti importi adeguati alle dimensioni e alla complessità organizzativa dell'Amministrazione stessa, salvaguardando, nel contempo, il profilo della economicità della gestione e del costo opportunità delle risorse, che assume particolare rilievo negli enti di piccole dimensioni.

⁸³ Per effetto di tale principio devono essere operate scelte congrue e coerenti con le specificità istituzionali, organizzative e dimensionali delle singole Amministrazioni. Conseguentemente, deve essere preferita la costituzione di un Organismo in forma associata nelle ipotesi di enti di ridotte dimensioni di natura omogenea, o dislocati sulla stessa area territoriale, o che trattano problematiche affini. La stessa esigenza si presenta nel caso di consorzi, associazioni e unioni di enti locali. Si deve, inoltre, preferire il ricorso all'OIV costituito presso l'Amministrazione centrale nelle ipotesi di enti da questa vigilati o di sue articolazioni funzionali o territoriali.

⁸⁴ I criteri di garanzia illustrati nel testo appaiono formalmente idonei ad assicurare l'indipendenza dell'Organismo e si rafforzano nel caso di OIV a composizione collegiale: cfr. R. GAROFALI, G. FERRARO, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 1138.

comporta che i dirigenti appartenenti ai ruoli delle Amministrazioni statali con funzioni ispettive o di controllo⁸⁵ possono essere chiamati a far parte degli OIV.

In relazione, poi, agli enti nazionali di ridotte dimensioni si è posto l'ulteriore problema della possibilità di nomina della stessa persona a componente di più Organismi Indipendenti di Valutazione: la ex CIVIT, con la delibera n. 107/2010, ha risolto positivamente la questione, ponendo però la condizione che si tratti di più incarichi in enti di piccole dimensioni che affrontano problematiche affini.

Con la successiva delibera n. 12/2013 (v. *retro*) è stato ribadito che il c.d. principio di esclusività (secondo cui nessun componente può appartenere contemporaneamente a più OIV o Nuclei di valutazione) può essere derogato nelle ipotesi in cui si tratti di incarichi in enti di piccole dimensioni che trattano problematiche affini e che operano nella stessa area geografica, anche in relazione alla valutazione complessiva degli impegni desumibili dal *curriculum*.

Invero, la rilevanza della materia in esame avrebbe giustificato un maggiore dettaglio di tali ultimi aspetti⁸⁶, vista l'eccessiva genericità dei riferimenti utilizzati ("enti di piccole dimensioni", "problematiche affini", "stessa area geografica").

Si ritiene che i succitati criteri di cui al comma 8 dell'art. 14, proprio perché diretti ad assicurare il carattere di indipendenza di un fondamentale organo di controllo e, quindi, il corretto svolgimento di una delicatissima funzione, siano vincolanti anche per gli Enti locali.

Del resto, in tal senso si colloca la legge n. 15/2009, laddove delega al Governo l'emanazione di una normativa che prescriva ai Sindaci ed ai Presidenti delle Province autonome di nominare i componenti dei Nuclei di valutazione secondo i criteri e le metodologie della ex CIVIT, riconducibili essenzialmente alla verifica dell'indipendenza politica dei prescelti.

Anche se nel d. lgs. n. 150/2009 s.m.i. non ha trovato espressa attuazione la succitata delega, quest'ultima costituisce comunque un importante parametro a cui non si può non far riferimento per l'esegesi della nuova disciplina in materia di controlli. Ciò comporta, a parere di chi scrive, che i segretari comunali ed i direttori generali possono essere chiamati a far parte dei locali organismi di *internal auditor*, purché siano in possesso dei requisiti prescritti dal citato comma 8 dell'art. 14 e purché non rivestano incarichi gestionali, accorpando alla funzione di controllore quella di controllato.

⁸⁵ È opportuno rilevare che in teoria la nomina di un soggetto "esterno" può essere meno garantista se fondata su ragioni di comunanza politica.

⁸⁶ Rileva A. ZIRUOLO, *Gli OIV degli enti locali rischiano di essere l'ennesima occasione persa*, cit., 2, che, se si pretende l'esclusività, occorre fissare compensi adeguati, visto che manca una situazione uniforme: una Regione italiana, infatti, riconosce ben 135.000 euro al componente monocratico dell'OIV, mentre un'altra 89.000 euro lordi annui ai tre componenti dell'Organismo. Secondo l'A., inoltre, la previsione di operare nella stessa area geografica lascia intendere una presenza assidua presso l'ente: ciò non dà il giusto rilievo agli attuali strumenti di mobilità.

Non possono, invece, essere nominati componenti dell'OIV le associazioni, le società e, in generale, i soggetti diversi dalle persone fisiche: infatti, la ex CIVIT con la delibera n. 29 del 5 dicembre 2012⁸⁷ (ad integrazione della delibera n. 4/2010, come modificata e integrata dalle delibere n. 107/2010 e n. 27/2012) ha affermato che dalla formulazione dell'art. 14 del d. lgs. n. 150/2009 e, in particolare, dai requisiti richiesti dal relativo comma 7 e dalle incompatibilità indicate nel successivo comma 8, si desume la necessità che la nomina riguardi esclusivamente persone fisiche.

Diversamente da tale ultimo aspetto, non trova soluzione unanime l'ulteriore problema relativo all'individuazione dell'organo competente a nominare gli OIV nell'ambito dei Comuni⁸⁸.

In merito il TAR Campania, con la sentenza n. 1510 del 28 marzo 2012⁸⁹, ha ritenuto che - dal combinato disposto dell'art. 14, comma 3, d. lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 e dell'art. 42, comma 1, T.U. 18 agosto 2000 n. 267 - la competenza alla nomina del Nucleo di valutazione spetta al Consiglio comunale, in qualità di organo di indirizzo politico-amministrativo dell'Ente, e non al Sindaco, che è semplicemente l'organo responsabile dell'Amministrazione generale del Comune e il suo massimo rappresentante: se, da un lato, ai sensi del citato art. 14, comma 3, d. lgs. n. 150/2009 l'organismo di valutazione deve essere nominato "dall'organo di indirizzo politico-amministrativo", d'altro lato è la stessa legge, con l'art. 42, comma 1, d. lgs. n. 267/2000, a qualificare espressamente come organo di indirizzo politico-amministrativo il Consiglio comunale, con la conseguenza di individuare per le Amministrazioni comunali tale organo come quello competente alla nomina. Questa esegesi, secondo la sopraindicata sentenza n. 1510/2012, è perfettamente conforme al " principio secondo cui la competenza attribuita ai Consigli comunali è circoscritta agli atti fondamentali di natura programmatica o aventi un elevato contenuto di indirizzo politico (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2008 n. 2832 e 31 gennaio 2007 n. 383), se letto alla luce del chiaro enunciato dell'art. 15 del d. lgs. n. 150/2009, che attribuisce appunto all'organo di indirizzo politico-amministrativo dell'ente anche compiti di alta programmazione in materia di miglioramento della *performance* ".

⁸⁷ La delibera può essere reperita nel sito www.civit.it.

⁸⁸ Sulla riforma dei controlli sugli enti territoriali minori cfr. A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi nn. 59 e 127/1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57 ss.; D. SORACE, *Nuovi assetti e prospettive dei controlli esterni*, in *Banca d'Italia, I controlli delle gestioni pubbliche, Atti del Convegno di Perugia, 2-3 dicembre 1999*, Roma, 2000, 279 ss.; G. MELONI (a cura di), *I controlli sugli atti amministrativi di regioni ed enti locali*, Milano, 1998.

⁸⁹ P. MONEA, *Solo il consiglio comunale nomina il nucleo di valutazione*, in *sole 24 ore*, 11 aprile 2012; F. ANCORA, *Nota a sentenza T.A.R. Napoli, sez. I, 28 marzo 2012 n. 1510, sul potere di nomina dei nuclei di valutazione nei comuni.*, in www.librafiles.webmonks.it.

Di diverso avviso è la delibera n. 21/2012 della ex CIVIT⁹⁰, secondo cui deve essere confermato l'orientamento (già espresso sul punto dalla stessa ex CIVIT) che ha individuato nel Sindaco l'organo competente ad adottare il provvedimento di nomina dell'Organismo Indipendente di Valutazione del Comune.

Tali tesi si fonda sull'interpretazione sistematica dell'art. 36 d. lgs. n. 267/2000 (che individua nel Consiglio comunale, nella Giunta e nel Sindaco gli "organi di governo" del Comune, ai quali conseguentemente compete, nei rispettivi ambiti, la determinazione dell'attività di indirizzo politico-amministrativo), dell'art. 42, comma 1, d. lgs. cit. (che individua l'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo nel Consiglio comunale, al quale – come rileva testualmente la ex CIVIT – "è riconosciuta la competenza "limitatamente" ad alcuni atti fondamentali espressamente elencati nel secondo comma e tra i quali non sono inclusi provvedimenti di nomina ma soltanto formulazione di pareri o indirizzi al riguardo"), dell'art. 50, commi 1 e 2, d. lgs. cit. (secondo cui il Sindaco è l'organo responsabile dell'amministrazione del Comune e rappresentante dell'ente), dell'art. 4, comma 2 lett. g, l. n. 15/2009 (che in relazione all'esercizio della delega ivi contenuta, per quanto riguarda specificamente gli enti locali, ha stabilito – come principio e criterio direttivo in maniera di valutazione delle strutture e del personale delle Amministrazioni pubbliche – di "prevedere che i Sindaci e i Presidenti delle Province nominano i componenti dei Nuclei di valutazione cui è affidato il compito di effettuare la valutazione dei dirigenti, secondo i criteri e la metodologia stabilita dall'organismo di cui alla lettera f [l'ANAC ex CIVIT] e che provvedono a confermare o revocare gli incarichi dirigenziali conformemente all'esito della valutazione"⁹¹) e dell'art. 14, comma 3, d. lgs. n. 150/2009 (secondo cui l'Organismo Indipendente di Valutazione è nominato, sentita la Commissione di cui all'articolo 13, dall'organo di indirizzo politico-amministrativo).

In definitiva, la ex CIVIT, ai fini della nomina dell'OIV o di altro organismo analogo, ha ritenuto di individuare nel Sindaco l'organo di indirizzo politico-amministrativo dell'ente locale sulla base dell'interpretazione delle sopraindicate norme e sulla base della considerazione che le funzioni del Consiglio comunale sono espressamente circoscritte alla adozione di alcuni atti, la cui elencazione è considerata tassativa⁹², a differenza delle funzioni del Sindaco che sono formulate dal

⁹⁰ La delibera indicata nel testo può essere letta per esteso nel sito www.civit.it.

⁹¹ Afferma F. ANCORA, *Nota a sentenza T.A.R. Napoli, sez. I, 28 marzo 2012 n. 1510, sul potere di nomina dei nuclei di valutazione nei comuni*, cit., 6, che la norma richiamata nel testo non sembra che imponga realmente la nomina dei componenti degli OIV da parte dei Sindaci: infatti, si tratta di una disposizione di indirizzo nei confronti del Governo nell'esercizio della delega, vincolante nei suoi principi e non anche in tutti i suoi dettagli. In sintesi, la disposizione, secondo l'A., serve a stabilire come devono comportarsi i Sindaci e i Presidenti delle Province nel nominare i membri degli OIV, ma non esclude che il Governo, nell'esercizio della delega, possa attribuire ad altri organi il potere di nominare i componenti degli OIV.

⁹² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2832, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 775; Cons. Stato,

Legislatore in modo tale da poter essere integrate o specificate da parte della fonte regolamentare o statutaria.

La stessa ex CIVIT, poi, ha rilevato come si pongano nella medesima direzione sia l'ANCI⁹³ sia i singoli Comuni, i quali nell'ambito della propria autonomia normativa e organizzativa hanno generalmente individuato nel Sindaco il soggetto competente alla nomina dell'organo di valutazione.

Non si può non rilevare come tale impostazione susciti qualche problema sotto il profilo del rispetto del principio di imparzialità dell'Amministrazione (art. 97 Cost.): in teoria non può del tutto escludersi che la nomina da parte del Sindaco di un OIV di sua fiducia comporti una sorta di appiattimento dell'attività di controllo, che tale ultimo organismo è tenuto ad effettuare sull'attività dell'apparato comunale⁹⁴.

Non a caso, la delicatezza e la centralità dei compiti attribuiti agli OIV, nell'ambito del complesso sistema predisposto dal d. lgs. n. 150/2009 s.m.i., hanno indotto il Legislatore a predisporre una disciplina molta attenta a garantire i profili di autonomia e indipendenza degli stessi OIV (v. *retro*): del resto, molte delle sopraindicate delibere della ex CIVIT sono state adottate proprio per tutelare tali profili in maniera adeguata.

Con questa inequivocabile linea di tendenza non sembra essere del tutto in armonia l'orientamento propenso ad attribuire il potere di nomina dell'OIV al Sindaco e non al Consiglio comunale quale organo rappresentativo di tutte le forze politiche locali⁹⁵.

In ogni caso la succitata problematica relativa all'individuazione dell'organo competente alla nomina degli OIV fa emergere ancora una volta – proprio per

sez. V, 31 gennaio 2007, n. 383; Cons. Stato, sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6358, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 1827; Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2010, n. 2629, *ibidem*, 2010, I, 611 e T.A.R. Calabria, 7 aprile 2011, n. 263, *ibidem*, III, 2011, 772. Sul fatto che nel d. lgs. n. 267 esistono diverse disposizioni che conferiscono ai Consigli comunali funzioni ulteriori rispetto a quelle stabilite dall'art. 42, cfr. V. ANTONELLI, *Politica e amministrazione in relazione agli organi di vertice del Comune*, in *Diritto e società*, 2001, n. 558, nt. 38.

⁹³ Cfr. ANCI-Applicazione del decreto legislativo n. 150/2009 sugli enti locali: *Linee guida dell'ANCI in materia di ciclo della performance*, 9 marzo 2011 e *Risposta a quesito del Comune di Cantù* da parte della CIVIT, Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e la integrità delle Amministrazioni pubbliche, reperibili rispettivamente nel sito dell'ANCI e in quello della CIVIT.

⁹⁴ Nell'ambito indicato nel testo sarebbe preferibile un sistema di nomina dell'OIV effettivamente in grado di rispettare il principio di imparzialità dell'Amministrazione, magari attraverso l'attribuzione di tale potere di nomina ad un organismo esterno.

⁹⁵ In generale sul punto cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 55 ss.; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, il caso della alternanza*, in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico (dagli anni 30 all'alternanza)*, Milano 2001, 279 ss.; F. CIUCCI, *Valutazione e pubblica amministrazione: il contributo della partecipazione alla decisione*, in *Riv. trim. sc. dell'amm.*, 2010, 11 ss.; G. LA TORRE, *Spunti di riflessione sulle valutazioni della performance*, in *Amm. it.*, 2011, 1281 ss.; R. NOBILE, *Il piano delle performance. Contenuto ed elementi di criticità*, in *Comuni d'Italia*, 209, 5 ss.

i riflessi che tale nomina può avere sull'attività di monitoraggio e, quindi, sul complessivo sistema delineato dal d. lgs. n. 150/2009 s.m.i. – la fondamentale importanza della rigorosa applicazione dei sopraindicati criteri fissati per la nomina degli Organismi di valutazione.

8. Conclusioni

Con la riforma varata dal d. lgs. n. 150/2009 si ridisegna il sistema dei controlli⁹⁶, incentrandolo – come detto – su una stretta sinergia tra gli OIV e l'ANAC (ex CIVIT)⁹⁷.

In particolare, il decreto di riforma ha ricondotto in un unico sistema integrato la funzione di controllo (monitoraggio), pianificazione, misurazione, valutazione⁹⁸, incentivazione e rendicontazione (*accountability*) della *performance*⁹⁹: in tale visione sistemica sussiste tra le citate funzioni uno stretto collegamento, nel senso che, ad esempio, la funzione della valutazione è priva di ogni efficacia se non è inserita in un contesto in cui le altre fasi non vengano attuate in maniera appropriata e coerente.

⁹⁶ Dal coordinamento tra la disciplina previgente e quella dettata dal d. lgs. n. 150/2009 s.m.i. emerge una nuova fisionomia del sistema dei controlli interni della P.A., le cui principali novità sono non solo l'istituzione degli Organismi Indipendenti di Valutazione della *performance* ma anche la sostituzione della valutazione della dirigenza con la misurazione e valutazione della *performance*. Lo stesso d. lgs. n. 150/2009 tende, tra l'altro, a rendere effettiva – anche mediante le indicazioni dell'ANAC sugli *standard* di qualità – la partecipazione del cittadino e degli altri portatori di interessi (*stakeholders*) alla fase della valutazione: il livello di *customer satisfaction* funge non solo da stimolo per la crescita della qualità dei servizi, ma anche da presupposto per il giudizio sulle *performance* e per l'attribuzione dei premi.

⁹⁷ Gli Organismi Indipendenti di Valutazione operano – come accennato nel testo - in un arco temporale che, con i suoi sei anni, supera quello di una legislatura completa, con la conseguenza, tra l'altro, di stemperare gli aspetti critici ricollegati alla eterogenità della composizione. L'obiettivo della sopraindicata sinergia tra ANAC ed OIV è quello di elevare il livello professionale di questi ultimi, attraverso l'effettuazione di una rigorosa selezione dei componenti, in modo da assicurare un efficace espletamento della relativa funzione.

⁹⁸ Il d. l. n. 5 del 9 febbraio 2012 all'art. 1, dopo aver previsto che le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'Amministrazione sono trasmesse in via telematica alla Corte dei conti, afferma che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

⁹⁹ La delibera n. 1 del 5 gennaio 2012 della ex CIVIT ha incisivamente sottolineato che “è necessario garantire una maggiore integrazione tra i sistemi (di misurazione e valutazione della *performance*) e i Piani (della *performance*) in quanto parti integranti del medesimo ciclo di gestione della *performance*”. Per questa ragione tale delibera – reperibile in www.civit.it – tratta in maniera congiunta dei citati sistemi e piani.

In altri termini, deve escludersi che il controllo, l'organizzazione e la gestione si pongano – analogamente a quanto è avvenuto in passato – come aspetti privi di un reale coordinamento: al contrario, devono tutti essere funzionalizzati ad un rapporto di causa-effetto. Tuttavia, non bisogna incorrere nell'eccesso opposto: infatti, un'organizzazione esasperatamente ripiegata su controllo e misurazione rischia di perdere di vista la sua principale ed istituzionale funzione, con la conseguenza di accentuare l'aspetto burocratico dell'organizzazione pubblica e di determinare alti costi economici per la predisposizione dei sistemi di misurazione e delle attività connesse¹⁰⁰.

Ebbene, alla luce di quanto esaminato nelle pagine precedenti, si possono ritenere superabili le preoccupazioni sollevate all'inizio del presente lavoro (v. *retro* par. 2) relativamente alla possibilità che per gli OIV (e, più in generale, per l'attuale sistema di controllo) nascano gli stessi paralizzanti problemi attuativi sorti nel previgente sistema. Infatti, a detta di chi scrive, il decreto di riforma –

¹⁰⁰ Anche in questo caso uno dei principali ostacoli al corretto funzionamento del succitato sistema integrato di controllo, misurazione e valutazione della *performance*, è l'atteggiamento culturale che si identifica nella tendenza ad interpretare l'implementazione di tale sistema quale adempimento richiesto dalla legge e non come reale esigenza, con l'effetto – tra l'altro – di determinare il Insomma, il sopraindicato sistema integrato si pone quale struttura portante su cui poggia il nuovo modello organizzativo e funzionale della nostra Amministrazione Pubblica. In questo contesto la necessità di assicurare servizi pubblici in linea con gli *standard* europei, la particolare strutturazione della società moderna e la complessità dei procedimenti impongono un modello organizzativo e funzionale di Pubblica Amministrazione che sia effettivamente in grado di utilizzare le nuove tecnologie per dare una risposta rapida ed efficace alle esigenze dei cittadini; prevalere della finanza sulla gestione in conseguenza dell'ampliamento del ruolo di controllo trasversale del Ministero dell'Economia. In merito L. HINNA, relazione al seminario *La valutazione delle performance nella p.a. in un contesto di riduzione delle risorse pubbliche*, tenutosi a Roma il 27 gennaio 2012, opportunamente augura di uscire dalla logica dell'adempimento per norma e di orientarsi verso quella dell'esigenza gestionale. In effetti, alla nostra P.A. è mancata proprio la cultura della valutazione, osteggiata dai dirigenti in quanto scomoda per il suo ingenerare conflittualità. Tutto questo ha determinato da un lato l'appiattimento delle *performance* – addebitabile alla mortificazione dei meritevoli attraverso la distribuzione dei premi in misura uguale – dall'altro lato l'abbandono della gestione della più rilevante risorsa della P.A. In pratica, il sistema integrato indicato nel testo si pone quale struttura portante su cui poggia il nuovo modello organizzativo e funzionale della nostra Amministrazione Pubblica. In questo contesto la necessità di assicurare servizi pubblici in linea con gli standard europei, la particolare strutturazione della società moderna e la complessità dei procedimenti impongono un modello organizzativo e funzionale di Pubblica Amministrazione che sia effettivamente in grado di utilizzare le nuove tecnologie per dare una risposta rapida ed efficace alle esigenze dei cittadini: sul punto M. S. RIGHETTINI, relazione al seminario *La valutazione delle performance nella p.a. in un contesto di riduzione delle risorse pubbliche*, tenutosi a Roma il 27 gennaio 2012, rileva che bisogna concentrarsi sul rapporto tra sistemi di valutazione e flussi informativi determinati dall'innovazione tecnologica indicata nel testo: se c'è uno scarso sistema informativo, c'è una scarsa *performance*. Bisogna anche evidenziare che nelle P. A. in cui manca la concorrenza tipica del mercato, l'efficacia e l'efficienza si collocano su livelli minimali, in quanto, non ponendosi alcun problema di sopravvivenza, come invece si pone per le imprese soggette ai noti meccanismi di competizione, non c'è alcuna spinta verso la ricerca di ottimali scelte organizzative e, soprattutto, verso sistemi di misurazione e valutazione delle *performance*.

pur con qualche criticità – contiene una disciplina che è capace di scongiurare le paventate preoccupazioni.

Anche le non poche problematiche connesse agli Organismi Indipendenti di Valutazione (v. *retro*) possono trovare, pure attraverso la fondamentale funzione di accompagnamento¹⁰¹ dell'ANAC, adeguate soluzioni nella disciplina dettata dal decreto di riforma, nonostante l'accennata necessità di rimodulare alcuni punti.

Tuttavia, ai sopraindicati fini non è sufficiente la sola legge: è necessario, invece, che vi sia anzitutto un cambiamento culturale.

Si pensi, infatti, all'introduzione – in passato – di tante riforme scarsamente applicate (o applicabili) ed al deprecabile atteggiamento dei previgenti organi di controllo propensi ad imporre la misurazione solo per sanzionare i comportamenti formalmente non conformi alle norme piuttosto che per migliorare la gestione. Si pensi, inoltre, alla scarsa interazione tra giuristi ed aziendalisti (che ha impedito di affrontare col giusto approccio problemi reali) ed allo stigmatizzabile orientamento, tipico soprattutto del precedente sistema¹⁰², di operare un appiatti-

¹⁰¹ Uno degli aspetti qualificanti del decreto di riforma è costituito dallo spostamento dell'attenzione dal controllo all'accompagnamento: quest'ultimo risulta essere più efficace del primo in ordine al raggiungimento della *performance* programmata. Qualora il controllo verta non su tale ultimo aspetto ma su meri adempimenti formali, è inevitabile che, in mancanza di un adeguato sistema di misurazione e valutazione, si finisca per sanzionare chi opera a volte sbagliando e non paradossalmente chi non opera affatto, il quale, così, non corre alcun rischio di incappare in qualche forma di responsabilità: tale situazione ha portato col tempo ad una vera e propria stratificazione della burocrazia ad evidente discapito del merito, creando di fatto i presupposti perchè il manager pubblico potesse arrivare ad eludere uno dei suoi compiti più importanti e cioè quello di assumersi i rischi derivanti dalla gestione.

¹⁰² S. CASSESE (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione*, Bologna, 1989; ID., *I controlli della pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; M. CLARICH, *Privatizzazione e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519; G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione in AA.VV.*, *La pubblica amministrazione nella Costituzione, Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 16-18 settembre 1993), Milano 1995, 25; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, parte I, vol. 2, 1217 ss.; ID., *Appunti sui controlli amministrativi dopo il nuovo titolo V (parte II) della Costituzione*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002; ID., *I controlli amministrativi*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario al d. lgs. 29/1995*, a cura di F. CARINCI, Milano, 1995; G. DE GIORGI CEZZI, *I controlli nell'amministrazione moderna: la funzione di controllo dal garantismo alla regolazione*, Bari, 1990; G. LADU, *Il sistema dei controlli*, in AA.VV. *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 1999, 209 ss.; A. FALCONE, *La "mezza" privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, I, 38; F. GARRI, *I controlli nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977; R. LOMBARDI, *Efficienza amministrativa, difensore civico e controllo di gestione*, Milano, 2003; ID., *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003; ID., *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Diritto amministrativo* 1995, 629 s.; ID., *Funzione di controllo e processo decisionale della pubblica amministrazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 71 s.; ID., *Sistema dei controlli: questioni vecchie e nuove*,

mento totale nella valutazione, arrivando a demotivare anche chi tende quotidianamente al miglioramento di se stesso e della qualità del servizio pubblico.

Del resto, qualsiasi rivoluzione tecnica è destinata a fallire se non poggia le sue basi su un concreto cambiamento culturale. In mancanza del giusto approccio culturale ogni riforma è inesorabilmente destinata ad avere solo una dimensione burocratica con costi elevati e scarsissimo impatto sociale: è sbagliato, quindi, imporre una riforma con legge se non nella misura in cui si creano le condizioni per dividerne i principi ed i valori sottostanti.

L'auspicato cambiamento culturale può essere agevolato da strumenti specificamente orientati ad implementare le innovazioni introdotte: si pensi, ad esempio, al supporto della formazione ed alle strutture di indirizzo, di accompagnamento o di controllo¹⁰³.

Il succitato cambiamento culturale è condizione essenziale anche e soprattutto per una buona Amministrazione, trasparente, corretta, innovativa ed efficiente, che – a sua volta – in questo modo può diventare un fondamentale strumento per la ripresa economica ed istituzionale del Paese: la Pubblica Amministrazione, vista come una grande azienda, non solo produce beni a valore aggiunto per il cittadino–cliente, ma può anche determinare (grazie ai circa tre milioni e mezzo dipendenti: il 30% di tutti i lavoratori “regolari” del nostro Paese) un aumento di 1-2 punti del PIL¹⁰⁴, incrementando la propria produttività attraverso una razionalizzazione delle risorse incentrata sui necessari investimenti nell’innovazione tecnologica e nell’informatizzazione¹⁰⁵.

in *Atti del convegno di studi “Pubblica amministrazione e controlli: gestione, legittimità e risultato”*, Bergamo, 27 novembre 2009; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo, I. Stato, persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986; M. PAOLONI, *Il sistema informativo e le funzioni direzionali negli enti pubblici non economici*, Torino, 1999, 42 ss.; A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 59 e n. 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57; L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale dopo il d. leg. n. 29/1993*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, 299; G. TREVES, *L’organizzazione amministrativa*, Torino, 1975 G. ZANOBINI, *I caratteri particolari dell’autonomia*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, Padova, 1931.

¹⁰³ In tale ambito, secondo chi scrive, un forte ostacolo al sopraindicato cambiamento culturale è rappresentato dalla profonda crisi morale della P.A. italiana, scaturita dalla creazione, al suo interno, di privilegi elitari, a sua volta riconducibile ad una serie di ulteriori fattori: la non operatività dei sistemi di controllo e di misurazione; l’interpretazione della premialità come meccanismo da attivare “a pioggia”; la rinuncia, da parte del dirigente, alla funzione datoriale; la mancata osservanza degli *standard* di qualità dei servizi; l’omessa fissazione degli obiettivi; la scarsa attuazione del principio di trasparenza. Il cambiamento culturale citato nel testo costituisce anche una variabile dipendente da molteplici fattori, tra i quali vanno segnalati la comunicazione, il processo decisionale, le risorse disponibili, ma soprattutto la *leadership* ed il coinvolgimento dei soggetti.

¹⁰⁴ In questi termini N. ROSSI, intervista a *L’imprenditore*, numero 3, marzo 2007, 23. Più in generale si rinvia anche a E. BORGONOVÌ, *Pubblico. Ripartire dalle virtù*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 febbraio 2007 ed a G. PALIOTTI, *Precari, tra Stato e impresa, 146mila stabilizzazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 aprile 2007, 4.

¹⁰⁵ La notevole mole di dipendenti pubblici costituisce una straordinaria opportunità, in quanto un’oculata gestione di questa fondamentale risorsa (il cui livello di scolarizzazione è mediamente su-

INDIPENDENT ORGANIZATIONS FOR THE EVALUATION IN THE PUBLIC SECTOR: DISCIPLINE AND CRITICAL ASPECTS

by Paolo Tanda

Abstract

This paper investigates the synergy between the Independent Organizations for the Evaluation (Organismi Indipendenti di Valutazione - OIV, the so-called supervisor people), the National Anti-corruption Authority for the evaluation and transparency of the Public Administrations, (Autorità Nazionale Anticorruzione per la valutazione e la trasparenza delle Amministrazioni Pubbliche - ANAC), the management system and the staff (executives and clerical). The last one is subjected to the monitoring and the supporting and not to a real control, which is peculiar to the systems and not to the people. This synergy is provided for by the complex system of measurement and evaluation of the performance introduced by the Legislative Decree n° 150/2009.

It is pointed out how the legislator moved from the external auditing of the State Audit Court they moved to the financial auditing and to the operational auditing to come to the current performance internal auditing. Then it has been analyzed the competences – of the utmost importance for the complex system under examination – given to the Independent Organization for the Evaluation and to the connected issues related to how to determine the Public Administrations concerned with the organization of the OIV and with their real independence.

Finally, the paper examines closely the system of rules provided for in the Legislative Decree n° 150/2009 as to the appointment of the members of the Independent Organizations for the Evaluation, as it is one of the most important aspects through which the decree of reform wants to guarantee the basic nature of independence of the OIV.

periore del 10-12% rispetto agli altri settori economici) può incidere profondamente su molti aspetti qualificanti della struttura pubblica (efficienza, efficacia, qualità dei servizi, benessere organizzativo dei dipendenti ecc.) e in definitiva sul recupero di competitività dell'intero sistema economico italiano, dato che l'incremento di efficienza in termini di pochi punti percentuali può portare – come accennato nel testo – ad un aumento di 1-2 punti del PIL. Del resto, si rinviene nei dipendenti pubblici una chiara domanda di partecipazione al processo organizzativo, scarsamente intercettata dal settore pubblico per carenza di managerialità. Invece, il settore del volontariato civile, a differenza di quello pubblico, ha dimostrato capacità di saper proporre valori sociali aggreganti, come si evince dall'alta percentuale dei dipendenti pubblici coinvolti in attività di volontariato. Conseguentemente, nella P.A. rinunciare a misurare ed a valutare le risorse umane significa rinunciare al principale fattore di reale miglioramento della *performance*, abdicando di fatto all'intera funzione gestionale pubblica.

“Conflitti” e “collisioni” tra norme:
tre (provocatorie) domande al prof. Robert Alexy

Francesco Follieri

SOMMARIO: 1. Il rilievo della *Theorie der Grundrechte* di Robert Alexy. – 2. Conflitti fra regole e collisioni fra principi nella teoria di Alexy. – 3. Conflitti fra regole e conflitti fra regole e principi, alla luce della defeasibility delle norme. Prima domanda al professor Alexy. – 4. Principio di proporzionalità e soluzione di conflitti mediante inserimento di “clausole di eccezione”. Seconda domanda al professor Alexy. – 5. Dimensione assiologica e deontica. Terza domanda al professor Alexy.

1. *Il rilievo della Theorie der Grundrechte di Robert Alexy.*

Ci sono dei lavori destinati a lasciare un segno profondo nella storia del pensiero. Che *Theorie der Grundrechte* di Robert Alexy¹ meriti un posto in questa schiera non è possibile dubitare². Segno di ciò sono il dibattito che su quest’opera si è sviluppato, con illustri partecipanti³, e le sue traduzioni in lingua straniera⁴, da ultimo in italiano per i tipi de “Il Mulino”⁵.

¹ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1985 (I ed.)- 1994 (II ed. con aggiunte). Il lavoro venne presentato come tesi di abilitazione all’insegnamento nel 1984.

² E non è consentito dubitare neanche del fatto che dello stesso autore almeno *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, 1978 (trad. it. a cura di M. LA TORRE, *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998) sia un’altra pietra miliare del pensiero giuridico teorico contemporaneo. Questo lavoro, invece, costituì la dissertazione di dottorato di Alexy, presso l’Università di Göttingen.

³ Fra tutti: J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, IV ed., 1994, trad. it. a cura di L. CEPPA, *Fatti e norme*, Milano, 1996, pp. 302 e ss.; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in ID., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, I ed., 1991; trad. it. a cura di M. NICOLETTI-O. BRINO, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006, pp. 221 e ss.. Queste ed altre critiche sono illustrate e confutate da Alexy nella postfazione dell’opera in questione, aggiunta nel 2002.

⁴ A cura di J. RIVERS, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002; a cura di C. BERNAL PU-LIDO, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2007.

⁵ A cura di L. DI CARLO, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

L'opera è una ricostruzione *completa* dei diritti fondamentali, in cui ogni argomento è “preso di petto”, sviscerato e ricondotto a sistema in un lavoro titanico e metodologicamente rigorosissimo: dalla natura e dalla struttura della norma che pone il diritto fondamentale, con la distinzione tra regole e principi, alla natura dei diritti fondamentali come diritti soggettivi, con la discussione intorno al concetto di diritto soggettivo nel sistema delle situazioni giuridiche hohfeldiane; dalla distinzione fra diritti di libertà e diritti di prestazione, alla modalità di soluzione dei conflitti fra diritti fondamentali (in base ad esempi tratti dalla giurisprudenza costituzionale tedesca); dal ruolo della Corte costituzionale rispetto al legislatore, alla distinzione tra discrezionalità epistemica e discrezionalità normativa.

Commentare un classico come questo non si può nello spazio di poche cartelle: richiederebbe un'analisi approfondita del pensiero di questo Maestro della filosofia e della teoria generale del diritto contemporanee, delle sue implicazioni e delle sue applicazioni alla dogmatica e alla pratica giuridica⁶.

Queste brevi riflessioni, nate dalla lettura dell'edizione italiana della teoria e dal seminario in cui quest'ultima è stata presentata⁷, si limitano, perciò, alle modalità di soluzione delle “antinomie” (in senso lato ed improprio) fra regole e principi e alla loro distinzione.

2. *Conflitti fra regole e collisioni fra principi nella teoria di Alexy.*

Alexy distingue, come già altri in precedenza⁸, due *species* all'interno del *genus* “norme”: principi e regole⁹.

⁶ Per un (molto limitato) tentativo del genere, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, “*Continenza*” e *principio della domanda*, in *Foro amm. CDS*, 2013, pp. 283 e ss., nonché in *Annuario AIPDA* 2012, Napoli, 2013, pp. 211 e ss., ove v'è un'analisi argomentativa di tre giustificazioni di taluni poteri officiosi del g.a. rispetto al principio della domanda, condotta in base al modello elaborato da R. ALEXY in *Theorie der juristischen Argumentation*, cit.

⁷ Il seminario si è tenuto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia, alla presenza del professor Alexy e del traduttore, e con le relazioni dei professori G. CORSO, J. LUTHER e P. RESCIGNO.

⁸ Fra tutti, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, trad. it. a cura di F. ORIANA-G. REBUFFA, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, pp. 93 e ss.. Una rilevante differenza fra la distinzione di Dworkin e quella di Alexy risiede nel fatto che il primo la àncora anche su un diverso fondamento di validità: per i principi sarebbe la convenienza (p. 114), per le regole il classico *pedigree test (ivi)*, dunque un criterio “positivistico” di validità. In Alexy, invece, questa dimensione rimane estranea alla distinzione.

In Italia, la distinzione tra norme e principi prende forme definite almeno a partire da V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, I, pp. 270 e ss.; ID., *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in *Riv. intern. Fil. dir.*, 1941, pp. 41 e ss., il quale conduce all'acquisizione della normatività dei principi, e da E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli altri atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, rist. 1971 (1 ed. 1949), pp. 205 e ss.. E questa distinzione si accompagna all'individuazione delle tre funzioni dei principi: quella interpretativa, quella integrativa e quella normogenetica.

⁹ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 106 e s. (ma anche ID., *Zum Begriff des Rechts-*

I principi sono “norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali”¹⁰, sono cioè “precepi di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*): possono essere realizzati in gradi diversi e la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuali, ma anche dalle possibilità giuridiche”¹¹.

Le regole, invece, sono “norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate. Se una regola è valida, allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richiede, né più né meno. Le regole contengono, perciò, *determinazioni* (*Festsetzungen*) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile”¹².

prinzips, in *Rechtstheorie*, 1979, pp. 79 e ss.; Id., *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in ARSP, 1985, pp. 19 e ss.).

¹⁰ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 106. È questo il versante della dicotomia fra regole e principi in cui Alexy prende le distanze dall’idea di Dworkin. Mentre per Dworkin, i principi non indicano conseguenze giuridiche (R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 95), per Alexy queste conseguenze ci sono, consistano esse in obblighi, permessi o divieti (R. ALEXY, *op. cit.*, p. 106 e nota 23).

¹¹ R. ALEXY, *op. loc. ult. cit.*

¹² R. ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 107. Da queste definizioni Alexy trae la conclusione che la distinzione fra regole e principi non sia una distinzione di grado, ma qualitativa.

Si possono riscontrare tre diverse idee della distinzione.

Secondo A. PECZENIK, *Principles of Law. The Search for Legal Theory*, in *Rechtstheorie*, 1971, pp. 17 e ss., la molteplicità dei criteri di distinzione fra regole e principi e la loro varietà di combinazioni (la c.d. vaghezza combinatoria) osta ad una classificazione netta. Sicché sarebbe più corretto utilizzare il concetto di “somiglianza di famiglia” (*Familienähnlichkeit*- concetto alternativo alla classificazione categorica aristotelica elaborato da L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, in Id. *Schriften*, Frankfurt am Main, 1969, vol. I, trad. it. a cura di M. TRINCHERO, *Ricerche filosofiche*, Torino, 1995, parr. 66 e s.).

Secondo altri, invece, la graduabilità dei caratteri distintivi fra regole e principi conduce ad una differenza di grado fra queste due tipologie di norme, in un *continuum* di “tonalità” che procede dal principio più chiaramente riconoscibile (e che presenta nel massimo grado tutti gli elementi precedenti) alla regola più evidente (e che li reca nel minimo grado): ogni norma possiede in qualche misura queste caratteristiche. In questo senso: N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1994, II ed. (I ed. 1978), trad. it. a cura di V. VILLA e A. SCHIAVELLO, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, pp. 183 e ss.; W. TWINING- D. MIERS, *How to Do Things with Rules. A Primer of Interpretation*, London, II ed., 1982, trad. it. a cura di C. GARBARINO, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Milano, 1990, pp. 180 e ss.; H.L. HART, *Postscript*, in Id., *The Concept of Law*, London, 1961, trad. it. a cura di M. A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, III ed., pp. 331 e ss.; E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pp. 429 e ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazioni. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 53 e ss.

Infine, v’è chi sostiene, come Alexy, che non v’è possibilità di confusione fra norme e principi: E. BETTI, *op. cit.*, pp. 210 e ss.; N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, XIII, 1966, pp. 891 e ss., *passim*; R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 90 e ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto. A) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXV, 1986, pp. 519 e ss.; F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, XXIV, 1991, pp. 3 e ss.; M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, 2006, ed. it. a cura di A. ABIGNENTE e trad. it. di V. NITRATO IZZO, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, Napoli, 2012, pp. 168 e ss..

La differenza è evidente, secondo Alexy, nel caso di *collisione* fra principi e di *conflitto* fra regole¹³.

Quando due regole prescrivono condotte incompatibili, il conflitto “può essere risolto solo inserendo, in una delle regole, una clausola di eccezione (*Ausnahmeklausel*) che elimini il conflitto, oppure dichiarando invalida almeno una delle regole”¹⁴. Tanto il primo, quanto il secondo “rimedio” rimangono nell’ambito della validità delle regole¹⁵.

Invece, quando due principi richiedono condotte incompatibili, la collisione viene risolta in base al peso del principio¹⁶: nel caso concreto, un principio prevale sull’altro a determinate condizioni¹⁷. Chi decide formula una “*relazione condizionata di priorità (bedingte Vorrangrelation)* tra i principi”, condizionata, appunto, alle circostanze che giustificano la prevalenza di un principio sull’altro¹⁸.

All’esito del *bilanciamento* fra principi, dunque, si formula una regola da applicare al caso concreto che contempera i due principi. Una regola in cui la fattispecie è costituita dalle condizioni alle quali un principio prevale sull’altro e la conseguenza giuridica è costituita dalla conseguenza giuridica del principio prioritario¹⁹. Pertanto, “come risultato di ogni bilanciamento corretto tra diritti fondamentali si può formulare una norma derivata ascrittiva di diritti fondamentali con carattere di regola, sotto la quale si può sussumere il caso”²⁰.

Il bilanciamento, poi, deve essere condotto alla luce del principio di proporzionalità e dei suoi tre sotto-principi: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto²¹.

La reiterazione dei bilanciamenti, infine, conduce al consolidamento delle regole da essi derivanti, che entrano nella dogmatica, per l’appunto, come regole²².

¹³ R. ALEXY, *op. cit.*, p. 108. L’uso di diversi vocaboli, nota R. ALEXY, *ivi*, nota 28, mira ad evidenziare la distinzione esistente fra le due *species* di norme e di modalità di risoluzione delle “antinomie”.

¹⁴ R. ALEXY, *op. loc. ult. cit.*. L’idea è molto simile a quella di R. DWORKIN, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale le regole pretendono applicazione in maniera tutto-o-niente. Ciononostante, anche sul versante dell’applicazione delle due *species* di norme Alexy prende le distanze da Dworkin: mentre l’autore americano considera la differenza nell’applicazione (tutto-o-niente per le regole, bilanciamento per i principi) una “differenza [...] di carattere logico” (R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 93) tra regole e principi, secondo Alexy l’applicazione è solo un momento di verifica della distinzione, elaborata sulla base di una definizione dei principi e delle regole da un punto di vista “strutturale”.

¹⁵ R. ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 109.

¹⁶ Dimensione messa già in luce da R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 96 e s..

¹⁷ R. ALEXY, *op. ult. cit.*, pp. 109 e s..

¹⁸ R. ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 112, enfasi testuale.

¹⁹ R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 115 e ss.. Alexy chiama questa necessità “legge di collisione” (*Kollisionsgesetz*).

²⁰ R. ALEXY, *op. ult. cit.*, pp. 119 e ss..

²¹ R. ALEXY, *op. ult. cit.*, pp. 133 e ss..

²² R. ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 193. Alexy formula, inoltre, due leggi di bilanciamento che costitu-

3. *Conflitti fra regole e conflitti fra regole e principi, alla luce della defeasibility delle norme. Prima domanda al professor Alexy.*

Come si distingue la soluzione del conflitto fra regole mediante l’inserimento di un’eccezione nella regola dalla soluzione della collisione fra principi mediante bilanciamento? Si tratta di capire come si concili la netta distinzione fra queste due modalità di decisione circa la norma applicabile al caso, dipendente dall’altrettanto netta distinzione fra regole e principi, con la *defeasibility* delle regole²³.

C’è un esempio di regola, che è divenuto celebre nella filosofia/ teoria generale del diritto: la regola secondo la quale ‘è vietato ai veicoli l’accesso al parco’²⁴.

iscono la parte normativa della sua teoria, al fine di indirizzare la decisione di preferenza condizionata, confluite in una formula matematica del peso dei principi: R. ALEXY, *op. ult. cit.*, pp. 185 e ss.. La formula matematica del peso è un’evoluzione successiva del pensiero di Alexy, inserita nella seconda edizione del lavoro. Su questa formula, si veda anche ID., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, 2003, pp. 433 e ss.. Ai nostri fini questa dimensione prescrittiva è irrilevante.

²³ Il termine ‘*defeasibility*’ può rendersi con ‘defettibilità’ ed è un fenomeno indagato dal pragmatismo e dal realismo, al fine di criticare la precostituzione della norma giuridica rispetto alla decisione. Uscito da quest’ideologia e dai suoi eccessi (nessuna norma esiste prima della decisione giudiziale), il concetto è ormai ricorrente nella filosofia del diritto e nella teoria del ragionamento giuridico, tanto da essere stata una ragione per la formulazione di una logica *ad hoc* del ragionamento giuridico: la *Reason based Logic* (RBL), una logica non monotonica, cioè non bivalente (come quella aristotelica), e non sillogistica, in cui le premesse della conclusione sono molteplici e sono accompagnate, a prescindere dal fatto che siano empiriche o normative (e, all’interno di queste ultime, a prescindere dalla natura della norma cui si rifanno), dalla dimensione del peso. Questa logica è stata ideata e sviluppata da J. C. HAGE, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, Dordrecht- Boston- London, 1997; ID., *Studies in Legal Logic*, Dordrecht- Boston- London, 2005. Il passaggio chiave di questa ricerca è, in altre parole, la trasposizione della *defeasibility* delle norme giuridiche alla logica (della giustificazione) giudiziale.

²⁴ L’esempio è di H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 151 e ss. Egli elabora l’esempio al fine di spiegare la sua teoria dell’interpretazione, fondata sulla considerazione semantica del linguaggio come *open texture*, traspunta al diritto in quanto struttura concettuale a cui è necessaria la comunicazione linguistica. La struttura aperta del diritto consiste nella vaghezza dei termini generali, per i quali vi saranno, cioè, casi certamente riconducibili al nucleo concettuale del termine, il *core* (ad es.: l’automobile è un veicolo), e casi di cui è incerta la sussunzione nel concetto classificatorio, giacché ricadono in quel margine sfumato del concetto generale, la *penumbra* (ad es.: il triciclo è un veicolo?). Orbene, nei primi (c.d. casi semplici), la norma reca un senso oggettivo e il caso è risolvibile senza alcun dubbio tramite mera sussunzione e solo con una deduzione (cfr., sul versante del ragionamento giuridico, N. MAC CORMICK, *op. cit.*, *passim*, part. pp. 35 e ss., il quale sviluppa la teoria dell’interpretazione hartiana in una compiuta teoria della decisione). Nei secondi (c.d. casi difficili), invece, la decisione circa la determinazione dell’estensione della classe regolata (i ‘veicoli’) è rimessa al funzionario cui spetta la decisione (sia esso il vigile che regola l’ingresso nel parco o il giudice che deve giudicare della legittimità della sanzione irrogata dal primo): egli *sceglie discrezionalmente* il significato della norma in relazione al caso difficile, esercitando un potere legislativo interstiziale (*intestitial legislation*), lasciatoogli dal legislatore, incapace di rendere priva di vaghezza la norma, perché impossibilitato alla previsione di tutti i casi che si potranno presentare.

Si immagini che viga, allo stesso tempo, una regola che impone che in tutti i parchi sia collocato un carro armato, in funzione monumentale²⁵. Non vi è dubbio che le regole sono in conflitto, in quanto impongono un divieto ed un obbligo incompatibili. V'è il divieto di ("obbligo di non") accedere per tutti i veicoli, il carro armato è un veicolo, al carro armato è vietato accedere al parco. Ma per collocare il carro armato nel parco è necessario farlo entrare nel parco²⁶.

Ugualmente può dirsi per un altro caso, sempre attorno al divieto di accesso ai veicoli nel parco.

Un frequentatore del parco in questione viene colpito da un malore, per il quale è necessario l'intervento di un'ambulanza²⁷. Non v'è alcun dubbio che l'ambulanza sia un veicolo. Ed anche in quest'ipotesi si scontrano due norme: quella che vieta l'ingresso dei veicoli e quella che impone il soccorso.

Si badi: "due norme", non "due regole", perché l'obbligo di soccorso è, a parere di chi scrive, una delle conseguenze giuridiche del principio/diritto fondamentale alla salute-vita, che impone un obbligo di soccorso a carico dello Stato e dei presenti. Confliggono o collidono, cioè, una regola (il divieto di accesso) e un principio (il principio della tutela della vita e della salute umane, cui è correlato un coesteso diritto fondamentale di cui è titolare ogni essere umano).

A nessun funzionario (di buon senso)²⁸ verrebbe in mente di vietare l'ingresso del carro armato o dell'ambulanza perché c'è il divieto di accesso dei veicoli al parco. Il funzionario tratterà la regola come se contenesse eccezioni (ovviamente implicite) al divieto di accesso- quelle che Alexy denomina *Ausnahmeklauseln*- riguardanti il transito del carro-armato e delle ambulanze. E ciò a prescindere dal rapporto cronologico, gerarchico (di qualunque genere esso possa essere²⁹) o di specialità che eventualmente intercorre fra le due regole.

²⁵ La modifica dell'esempio hartiano è di L. L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart*, in *Harvard Law Review*, 1958, pp. 630 e ss.. Essa mira a criticare l'idea che la certezza della sussunzione del fatto concreto entro la fattispecie astratta conduca ad un caso facile. L'esempio di Fuller è, qui, parzialmente modificato, al fine di far emergere la natura di regola dell'introduzione del carro armato nel parco.

²⁶ Che ciò avvenga grazie alla spinta del suo motore o trainato da un altro veicolo non sposta i termini del problema.

²⁷ L'esempio è formulato in questi termini da R. GUASTINI, *Rileggendo Hart*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, pp. 122 e s., anch'esso, come quello di Fuller, a confutazione della teoria hartiana dell'interpretazione.

²⁸ Tranne, cioè, che il bambino legalista di W. TWINING- D. MIERS, *How to Do Things with Rules*, cit., pp. 22 e ss., divenuto amministratore o giudice, sia chiamato a risolvere il conflitto.

²⁹ Fra molti, R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, II ed., 2004, pp. 95 e ss., distingue quattro generi di gerarchie normative: a) gerarchie formali o strutturali sono quelle che intercorrono fra norme sulla produzione e norme da quelle disciplinate (la Costituzione rispetto alle norme primarie, la legge delega rispetto al decreto delegato); b) gerarchie materiali o sostanziali intercorrono fra due norme allorché una terza imponga l'invalidità di una allorquando confligga con l'altra ed hanno

Né l’inserimento di questa eccezione comporta che ogni carro-armato o ogni ambulanza potranno, successivamente, entrare nel parco: potranno farlo solo a determinate condizioni, giuridiche e fattuali, e sempre previa *l’interpretazione* della regola da parte del funzionario chiamato a decidere. Infatti, l’inserimento di un’eccezione nella regola “soccombente” non comporta una modifica definitiva della regola³⁰; al più, potrebbe orientare il funzionario successivo, in virtù della sua persuasività.

In altre parole, non è posta in discussione la validità/esistenza della regola sul divieto di accesso: essa continua a vigere con la stessa estensione. *Solo nel singolo caso*, in cui le due norme vengono in conflitto, una delle due recede in favore dell’altra, con la possibilità che tale orientamento si consolidi attraverso la reiterazione.

La *prima domanda* al prof. Alexy, dunque, è: in questo quadro possiamo affermare che il conflitto fra regole è ancora una questione di validità?

4. *Principio di proporzionalità e soluzione di conflitti mediante inserimento di “clausole di eccezione”. Seconda domanda al professor Alexy.*

Poniamo ora attenzione al modo in cui si sceglie la norma recessiva nei conflitti esemplificati e al modo in cui l’eccezione viene formulata.

Il nostro funzionario chiamato a risolvere il problema dell’ingresso del carro-armato o dell’ambulanza valuta la “importanza” reciproca dei due precetti, il loro *peso*. Conclude che il divieto di accesso ai veicoli è sacrificabile, perché l’ingresso *una tantum* di un carro-armato monumentale non è una violazione significativa della norma: è un sacrificio sopportabile quello dell’*unico* ingresso del carro-armato con quel significato. Ma non sarebbe, di sicuro, disposto ad autorizzare un transito regolare di carri-armati entro il parco.

Allo stesso modo, egli giudica che il divieto di accesso ai veicoli è recessivo rispetto all’esigenza di soccorrere l’utente del parco per mezzo di un’ambulanza, sebbene non sia disposto ad ammettere che, in qualunque caso, alle ambulanze

carattere contenutistico; c) gerarchie logiche o linguistiche, qualora una norma verta su un’altra norma, elevandosi a meta-linguaggio rispetto ad essa (norma di abrogazione); d) gerarchie assiologiche, qualora l’interprete attribuisce ad una norma un’importanza assiologica maggiore rispetto ad un’altra (i principi costituzionali supremi, rispetto alle altre norme costituzionali, ritenuti spesso immuni anche da una modifica costituzionale e da un intervento normativo comunitario- i.c.d. controlimiti).

³⁰ A meno che il funzionario che ha proceduto a ricavarla non sia titolare del potere di vincolare le successive decisioni. Eventualità che negli ordinamenti di civil law è assente o, comunque (e fortunatamente), ancora limitata a pochi casi e con effetti giuridici “in negativo”, come per gli artt. 374 c.p.c., 99 c.p.a. e 42 della legge 18 giugno 2009 n. 69. Di questa variante, quindi, possiamo non occuparci, anche considerando il fatto che Alexy non prende in esame.

sia permesso di attraversare il parco. L'eccezione riguarda *solo* il caso in cui il soccorso debba avvenire all'interno del parco.

Detto altrimenti, è *proporzionato* ammettere l'ingresso nel parco del carro-armato *una tantum* e dell'ambulanza ogniqualvolta qualcuno debba essere soccorso. Sarebbe *sproporzionato*, invece, ammettere (in via di eccezione) l'ingresso indiscriminato di carri-armati e di ambulanze. Il giudizio di preferenza per l'ingresso è, allora, condizionato alla ricorrenza di determinate circostanze.

Il conflitto viene, dunque, risolto tramite il principio di proporzionalità e l'eccezione è formulata in modo da contenere un permesso la cui fattispecie è costituita dalle circostanze, fattuali e giuridiche, nelle quali il giudizio di preferenza "pende" a favore dell'ingresso del veicolo. La regola del divieto dell'ingresso è, cioè, riformulata in questi termini: 'è vietato ai veicoli l'accesso al parco, *tranne che al carro-armato da collocarvi al centro come monumento e alle ambulanze per il soccorso all'interno del parco*'.

La *seconda domanda* al professor Alexy, dunque, è: in che cosa questi "conflitti" fra regole o fra una regola e un principio si distinguono dalla collisione fra principi?

5. *Dimensione assiologica e deontica. Terza domanda al professor Alexy.*

È facile notare che il giudizio di preferenza grazie al principio di proporzionalità evocato anche per la soluzione di conflitto fra regole o fra una regola e un principio non attiene allo stato-di-cose deontico³¹ "contenuto" nelle regole,

³¹ Lo stato-di-cose deontico può essere definito, da un punto di vista semantico, come il senso dell'enunciato deontico: è l'*anàlogon* dello stato-di-cose per l'enunciato apofantico, il riferimento extralinguistico tipico dell'enunciato deontico, della prescrizione, particolarmente dell'apodosi. Cfr. A.G. CONTE, *Norma: cinque referenti*, già in L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, 2007 (pp. 27 e ss.), ed. ampliata in G. LORINI- L. PASSERINI GLAZEL, *Filosofie della norma*, cit., pp. 57 e ss.. Egli distingue cinque "accezioni" in cui si utilizza il termine 'norma', in cui esso si riferisce a diverse specie di entità deontica (laddove, in precedenza aveva distinto solo quattro referenti del termine 'norma', e con accenti differenti: A.G. CONTE, *Studio per una teoria della validità*, in *Riv. intern. Fil. dir.*, 1970, ora in ID., *Filosofia del linguaggio normativo*, Torino, II ed., 1995, vol. I- Studi 1965-1981, pp. 60 e ss.):

1) come 'enunciato deontico', cioè come insieme di vocaboli capace di esprimere un significato ('enunciato'), di tipo prescrittivo, contenente uno dei modi deontici (obbligatorio, vietato, permesso, etc.). Ad es., 'norma' è utilizzato in questa accezione quanto si afferma che 'La *norma* 'Gli studenti di Filosofia *non devono* iscriversi a Logica matematica' è una *norma* ambigua';

2) come 'proposizione deontica', cioè il senso espresso dall'enunciato deontico. Ad es.: 'L'enunciato deontico inglese '*One ought to pay one's debts*' e l'enunciato deontico italiano 'Si devono pagare i debiti' esprimono la stessa *norma*'. La distinzione fra 'enunciato deontico' e 'proposizione deontica' è assimilabile a quella tra 'disposizione' e 'norma', su cui V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, pp. 195 e ss.. Tale dicotomia è significativamente molto diffusa nella dottrina di quel periodo: ad es., M. S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*,

cioè al divieto di ingresso nel parco e all’obbligo di collocarvi il carro-armato, o “tratto” dal principio, cioè all’obbligo di soccorrere/diritto di essere soccorsi. Esso attiene al sostrato assiologico (il valore) o antropologico (l’interesse) sotteso alla norma, cioè, rispettivamente (e in maniera meramente esemplificativa) alla quiete e alla sicurezza nel parco³², al ricordo dell’eroismo nella Seconda Guerra Mondiale, alla vita/salute umana.

È su questo piano che avviene il giudizio di preferenza, anche per i principi. Alexy ne è, ovviamente, consapevole. Tanto che, a proposito del giudizio di preferenza fra principi, ricostruisce la corrispondenza fra valori, interessi e principi, nelle rispettive dimensioni (assiologica, antropologica e deontica)³³, in base alla tesi di Von Wright sulla tripartizione dei concetti pratici in assiologici, antropologici e deontici³⁴.

Il punto è che questa dimensione non è affatto estranea alle regole³⁵ e i due esempi indicati ne sono una conferma: i valori (o gli interessi) sono fine e giustifi-

in *Giur. cost.*, 1956, pp. 906 e s., e T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Dir. proc.*, 1957, pp. 351 e ss. (ora, con aggiunte, in Id., *Problemi giuridici*, Milano, I, 1959, pp. 140 e ss.) utilizzano la contrapposizione ‘testo’ - ‘norma’; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, III ed. (rist. Napoli, 1998), p. 292, invece parla di ‘formula’ e ‘norma’. Ancor prima, P. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e territoriale*, Modena, I, 1915, pp. 27 e ss. (citato da V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 196, nota 7) utilizza il binomio ‘statuizione legislativa’ - ‘norma’;

3) come ‘enunciazione deontica’, cioè come l’enunciazione di un enunciato la quale produce lo stato-di-cose deontico sul quale l’enunciato stesso verte, come atto linguistico del porre norme: la norma intesa come atto thético, di posizione del modo deontico. Ad es., ‘Proibire indiscriminatamente a tutti gli arabi, subito dopo l’attentato alle *Twin Towers* (11 settembre 2001), d’entrare in USA sarebbe stata una *norma* intempestiva’;

4) come ‘status deontico’, ossia non come entità linguistica, ma come stato-di-cose deontico. Ad es. ‘violare una *norma*’ o ‘Il libro *Sachsenspiegel* è una codificazione di *norme* invalse nella società del suo autore: Eike von Repgow’. Gli *status* deontici sono per la maggior parte prodotti da un’enunciazione deontica, sicché ogni enunciazione deontica produce uno *status* deontico. Ma non ogni *status* deontico è il prodotto di un’enunciazione deontica: ad es., la norma consuetudinaria è uno *status* deontico, non prodotto da un atto legislativo (cioè da un’enunciazione deontica);

5) come ‘noema deontico’, cioè l’aspetto oggettivo di una noesi deontica. Esso contraddistingue uno *status* deontico *in intellectu*, è, per così dire, l’intenzione di una norma. Ad es., quando affermiamo ‘proporre una *norma* in un’assemblea legislativa’, ‘norma’ designa la mera rappresentazione di quello *status* deontico che verrebbe in essere se venisse approvata la proposta (con l’atto thético di normazione che costituisce l’enunciazione deontica).

³² Valore sotteso al divieto di accesso ai veicoli, come ricostruito dallo stesso Hart.

³³ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 162 e ss..

³⁴ G. H. VON WRIGHT, *The Logic of Preference*, Edinburgh, 1963, p. 7; Id., *The Variety of Goodness*, London- New York, 1963, pp. 6 e s..

³⁵ Questa è un’acquisizione dell’*Interessenjurisprudenz*: R. V. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, a partire dalla prima edizione del IV volume (1864) e nelle edizioni successive degli altri volumi; P. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, II ed., 1932 (I ed. 1912), nonché *Begriffsbildung und InteressenJurisprudenz*, Tübingen, 1932. Sul pensiero di questi autori, K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin- Göttingen- Heidelberg,

cazione di ogni singola norma³⁶. Sicché la corrispondenza fra le tre sfere non può essere limitata, sul versante della dimensione deontica, ai principi, ma va estesa anche alla regole.

Certamente, i principi si caratterizzano (anche) per l'essere *trasparenti* ai valori, mentre le regole sono assiologicamente *opache*³⁷, ma l'eventuale diverso modo di comprendere il valore a partire da ciascuna specie di norma non può costituire una ragione sufficiente per distinguere così nettamente la decisione tramite principi e la decisione tramite regole, almeno in casi- limite come quello esposto.

Ma se è questa sovrapposizione del ruolo dei valori a determinare i dubbi prima sollevati circa la soluzione del conflitto fra regole o fra una regola e un

1960, trad. it. (limitata alla prima parte) *Storia del metodo giuridico*, Milano, 1966, pp. 65 e ss..

³⁶ Che il diritto o, se si vuole, l'ordinamento giuridico non possa essere ricostruito solo come un insieme di diritti, obblighi, doveri, facoltà, competenze, etc., ma che questo insieme sia orientato alla realizzazione di valori è ormai conclusione piuttosto diffusa nella teoria generale, sebbene per ragioni notevolmente diverse, a seconda della "corrente" di riferimento.

Per i giusnaturalisti, i valori alla cui realizzazione l'ordinamento mira sono riconducibili all'idea di giustizia (cfr. H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951, trad. it. a cura di G. DE STEFANO, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, pp. 359 e ss.).

Il positivismo, invece, dopo aver tentato di espungere i giudizi di valore dal discorso scientifico (anche delle scienze sociali), in quanto rei di sottintendere indirizzi politici (M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, München. Leipzig, 1919, trad. it. a cura di A. GIOLITTI, *Il lavoro intellettuale come professione: due saggi*, Torino, 1948, pp. 29 e ss.), è approdato a più miti posizioni, riconoscendo la strumentalità del diritto (si veda, ad esempio, N. MAC CORMICK, *H.L.A. Hart*, London, 1981, p. 29).

Il cammino di riavvicinamento della riflessione teorica ai valori è stato, infine, completato ad opera del neocostituzionalismo (termine coniato da S. POZZOLO, *Neocostitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in *Doxa*, 1998, pp. 339 e ss.): le Costituzioni del secondo dopoguerra, composte per la gran parte da principi (e relativi valori e diritti fondamentali), hanno positivamente i valori e, dunque, "sdoganato" il discorso della scienza giuridica sui valori (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in Id., *Ermeneutica*, cit., pp. 57 e ss.; Id., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 1 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2006, pp. 720 e ss.).

In questo senso, anche (*ex multis*) S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2011, V, pp. 1119 e ss.; A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in Id., *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica, I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, pp. 200 e ss. Essa è, solitamente, il presupposto necessario di altre tesi, come nell'interpretazione: a titolo d'esempio, in E. BETTI, *L'interpretazione*, cit.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994; G. CORSO, *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 251; A. TRAVI, *Discussant (a Guido Corso)*, *ivi*, p. 265.

³⁷ È uno dei caratteri che la dottrina ha utilizzato per distinguere i principi dalle regole: cfr. R. ALEXI, *op. ult. cit.*, p. 104; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 2011, pp. 173 e ss.; G. PINO, *op. cit.*, pp. 52 e s..

principio, non è l’“intervento” della dimensione assiologica a determinare quella tensione alla realizzazione ottimale che Alexy attribuisce ai principi (appunto definiti “precetti di ottimizzazione”)? In altre parole, non sono i principi in quanto tali a pretendere ottimizzazione, ma i valori che essi esprimono.

Dunque, nella misura in cui i valori vengono chiamati in causa nell’applicazione delle regole, nel caso dei conflitti esemplificati o nelle ipotesi di c.d. interpretazione teleologica, non v’è ragione per escludere che questa “pretesa di ottimizzazione” operi anche a proposito delle regole. Anzi, essa si manifesta, per le regole, proprio nella necessità di stabilirne il peso e, conseguentemente, di utilizzare il bilanciamento (alla luce del principio di proporzionalità) per inserire la clausola di eccezione. Detto altrimenti, le regole, almeno in questi casi limite, “divengono” precetti di ottimizzazione.

Ecco, allora, la *terza domanda* al professor Alexy: se sono i valori ad esigere l’ottimizzazione, e se i valori sono sottesi (più o meno esplicitamente) tanto ai principi quanto alle regole, è possibile distinguere le due *species* di norme *solo* perché i principi sono precetti di ottimizzazione e le regole non lo sono?

“CONFLICTS” E “COLLISIONS” AMONG NORMS: THREE (PROVOCATIVE) QUESTIONS TO PROF. ROBERT ALEXY

by Francesco Follieri

Abstract

The Author discusses Alexy’s distinction between rules and principles and his theory about how collisions among principles and conflicts among rules are (or ought to be) solved by judges. The analysis is conducted in the light of two examples of rules defeasibility. The paper shows that the judge balances by proportionality test even when rules collide with other rules or with principles. And, at least in the case of rules defeasibility and teleological interpretation, judges decide by rules taking into account underlying values and interests: In these cases rules “become” Optimierungsgebote. So three questions arise: 1) Is conflict among rules just a matter of validity? 2) How can you distinguish conflicts between rules and collisions between principles? 3) Can you still distinguish rules and principles just because the latter are Optimierungsgebote?



Giurisprudenza



Regioni e concorso pubblico

di Bruno Di Giacomo Russo

SOMMARIO: 1. L'attualità giurisprudenziale. – 2. Il concorso pubblico e il principio del buon andamento. – 3. Il pubblico concorso e il principio di imparzialità. – 4. Il riparto della materia dell'organizzazione amministrativa tra Stato e Regioni. – 5. La disciplina dell'accesso pubblico nel sistema delle fonti. – 6. La privatizzazione del pubblico impiego e la Costituzione amministrativa. – 7. Riflessioni conclusive.

1. *L'attualità giurisprudenziale.*

Le recenti sentenze, 13 giugno 2013, n. 137 e, 1 luglio 2013, n. 167 della Corte costituzionale sono l'occasione per ribadire aspetti essenziali relativi l'autonomia legislativa regionale in materia di pubblica assunzione, quali l'obbligo del rispetto del principio del concorso pubblico, la ripartizione della materia dell'organizzazione amministrativa tra Stato e Regioni e i limiti alla privatizzazione dell'impiego pubblico.

Con la sentenza n. 137/2013, la Corte costituzionale conferma, come già deciso in più occasioni¹, che le disposizioni regionali che inquadrino stabilmente lavoratori pubblici, regionali e locali, senza neppure predeterminare la quota massima dei posti a loro destinati, si pongono in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost., sia con riferimento al principio del concorso, sia con riguardo ai principi di uguaglianza e di buon andamento amministrativo. Il Giudice delle leggi aggiunge che la previsione di indire concorsi interamente riservati viola anche il principio dell'imparzialità.

Inoltre, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 401/2007, nel confermare la legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, del Codice degli appalti, che riserva allo Stato la competenza legislativa in materia di stipulazione ed esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione e direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ha chiarito che le norme attinenti alla fase dell'esecuzione del con-

¹ Corte cost., sentt. n. 51 e 99 del 2012.

tratto privatistico rientrano nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva del Legislatore statale, ad eccezione delle sole disposizioni di tipo meramente organizzativo o contabile. Tale principio è stato successivamente ribadito anche con riguardo all'attività di collaudo, specificamente disciplinata dalla norma regionale qui censurata, sul presupposto che anche tale fase del procedimento ad evidenza pubblica è relativa all'esecuzione del contratto e, pertanto, rientra nella materia dell'ordinamento civile, di competenza legislativa esclusiva statale².

Con la successiva sentenza n. 167/2013, la Corte costituzionale ricorda che, al fine di valorizzare pregresse esperienze professionali dei lavoratori assunti, è necessario che la legge stabilisca preventivamente le condizioni per l'esercizio del potere di assunzione, subordini la costituzione del rapporto a tempo indeterminato all'accertamento di specifiche necessità funzionali dell'Amministrazione e preveda procedure di verifica dell'attività svolta. Tutto ciò presuppone che i soggetti da assumere abbiano maturato tale esperienza all'interno della Pubblica Amministrazione, e non alle dipendenze di datori di lavoro esterni³.

Ancora, in linea con la sentenza n. 137, la Corte conferma che la deroga al concorso deve essere contenuta entro determinati limiti percentuali, per non precludere in modo assoluto la possibilità di accesso della generalità dei cittadini ai pubblici uffici⁴.

In più, con la sentenza n. 167, la Corte costituzionale dichiara che la legge regionale deve assicurare che la selezione avvenga mediante procedure selettive e con garanzia di imparzialità di reclutamento, e non mediante prove attitudinali. Il trasferimento da una società partecipata alla Regione o ad altro soggetto pubblico regionale si risolve in un privilegio indebito per i soggetti che possono beneficiare della norma impugnata, in violazione dell'art. 97 Cost.⁵

A conferma della propria giurisprudenza, la Corte precisa che la modalità privatistica scelta dall'ente pubblico controllante per realizzare le proprie finalità, che connota tutta l'azione contrattuale posta in essere dalle società commerciali in questione, ivi comprese le modalità di reclutamento del personale, rende non assimilabile il rapporto di lavoro con tali società a un rapporto di lavoro pubblico. Il controllo, da parte dell'ente pubblico, della totalità, o comunque, di una quota rilevante, delle azioni delle società commerciali in questione non è, infatti, sufficiente per giustificare l'eccezione.

La natura puramente privata del lavoro alle dipendenze delle società partecipate, del resto, rende inoperante, nella fattispecie del trasferimento di funzioni da una società partecipata ad un ente pubblico, la stessa garanzia del posto di lavoro,

² Corte cost., sent. n. 431/2007.

³ Corte cost., sent. n. 215/2009.

⁴ Corte cost., sent. n. 108/2011.

⁵ Corte cost., sent. n. 62/2012.

che l'art. 2112 c.c. riconosce, in ambito privato, ai lavoratori subordinati in caso di trasferimento di azienda.

L'art. 31, d.lgs. n. 165/2001, che dispone esplicitamente l'applicazione di tale garanzia, nel settore del lavoro pubblico, al passaggio di funzioni e dipendenti da enti pubblici ad altri soggetti, pubblici o privati, non richiama la stessa garanzia per le ipotesi in cui il passaggio di funzioni avvenga – come nel caso previsto dalla legge regionale censurata – da soggetti privati ad enti pubblici. Infatti, in tali ipotesi, l'automatico trasferimento dei lavoratori presuppone un passaggio di *status* – da dipendenti privati a dipendenti pubblici, anche in regime di lavoro privatizzato, – che, ad avviso della Corte costituzionale, non può avvenire in assenza di una prova concorsuale aperta al pubblico⁶.

2. *Il concorso pubblico e il principio del buon andamento.*

Il concorso pubblico è la forma di reclutamento che le Amministrazioni devono adottare, quando all'interno di esse si verificano vacanze nell'organico, nel senso di mancanze fra il personale stabilmente assunto e non fra il personale precario non di ruolo, che necessariamente vanno coperte con nuove assunzioni⁷. Il concorso costituisce il normale sistema di reclutamento degli impiegati, anche se l'art. 97, co. 3, Cost., prevede che ci possano essere eccezioni alla regola concorsuale. La Costituzione esclude, quindi, dalla rigida applicazione del concorso i casi stabiliti con legge, consentendo di apportare limitazioni in virtù di esigenze particolari.

Il concorso pubblico può dirsi pienamente rispettato solo qualora le selezioni non siano caratterizzate da incongrue forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi. Le giustificazioni di una diversa disciplina, che non ottemperino all'obbligo del concorso, vanno ricercate nei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità⁸.

Il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale, in merito all'applicazione del principio costituzionale del concorso pubblico, riceve un decisivo completamento dalle sentenze n. 137 e 167 del 2013, che sono anche l'occasione per fare il punto sulla giurisprudenza costituzionale.

⁶ Corte cost., sentt. n. 226/2012.

⁷ Cfr., Corte cost., sentt. n. 487/1991; n. 266/1993; n. 313/1994; n. 528/1995, n. 320/1997; n. 1 e n. 364 del 1999; n. 373/2003 e ord. n. 20/2003.

⁸ Cfr., a partire da A. MARTINES, *La designazione ai pubblici uffici nella Costituzione italiana*, in *Il Politico*, 1962, 548; G. MOR, *La nomina dei pubblici impiegati e la Costituzione italiana*, Milano, 1966, 105; M. TONOLETTI, *Deroghe al principio del pubblico concorso in rapporto al buon andamento dell'Amministrazione*, in *Le Regioni*, 1991, 717.

Fino ad oggi, la Corte costituzionale ha assunto maggiormente, a canone di controllo delle deroghe al concorso, il principio del buon andamento⁹, nel senso che la legge può derogare alla regola del concorso, in considerazione dell'esigenza di garantire all'Amministrazione l'effettivo esercizio dei propri compiti. Il giudice costituzionale ha giustificato deroghe, asserendo che le eccezioni sono quelle forme che possono considerarsi ragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, a garanzia del buon funzionamento dell'Amministrazione¹⁰.

Lo stesso principio del buon andamento, d'altronde, viene assunto, nella giurisprudenza costituzionale, a sostegno della assoluta necessità del concorso. La Corte ha spesso fatto notare che il buon andamento richiede che il reclutamento avvenga all'esito di verifiche attitudinali dirette ad assicurare l'accertamento dell'idoneità dei candidati in relazione ai posti da ricoprire.

Il Giudice costituzionale, attraverso il criterio della ragionevolezza, ha ritenuto incostituzionali norme che prevedono concorsi riservati, considerando il principio della ragionevolezza, concorrente con quello di buon andamento, come canone di valutazione della legittimità¹¹.

Secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale¹², il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso.

Con la nota sentenza n. 1/1999, la Corte ha stabilito che la previsione legislativa di concorsi con posti riservati ai soli interni o con percentuali di riserva troppo elevate è incostituzionale, con solo due eccezioni: l'accesso agli uffici di collaborazione o di supporto agli organi politici, e il caso dell'esercizio pregresso di mansioni superiori. Così, il giudice delle leggi ha riconosciuto la legittimità costituzionale di quella normativa, improntata all'esigenza di rendere collaborativi i rapporti tra l'autorità politica e l'alta dirigenza, cui siano demandate funzioni ausiliarie dell'organo politico¹³ e di non disperdere l'esercizio pregresso di mansioni superiori.

⁹ Sul punto, si legga G. C. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999, 163 ss. e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 374 ss.

¹⁰ Cfr., sentt. n. 81/1983; n. 331/1988; n. 187 e n. 369 del 1990; n. 43/1993; n. 51, n. 234 e n. 314 del 1994; n. 477/1995; n. 228/1997; n. 141/1999, ord. n. 517/2002 e n. 159/2005.

¹¹ Cfr., Corte cost., sentt. n. 219 e n. 448/1993; n. 51 e n. 108/1994; n. 248/1996 e n. 50/1997.

¹² Corte cost., sent. n. 320/1997.

¹³ Cfr., A. BARDUSCO, *Preferenza politica e requisiti di idoneità nella nomina governativa degli amministratori di enti pubblici*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, 130 ss.; F. MERUSI, *I rapporti tra governo e Amministrazione*, in *L'Amministrazione e la Costituzione*, Bologna, 1993, 26 ss.; C. MUTTI, *Fiducia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1994, 84 ss.; G. ENDRICI, *Il potere di scelta*, Bologna, 2000, 206 ss.; G. D'ALESSIO, *La disciplina politica della dirigenza pubblica e i rapporti tra politica e amministrazione*, in AA.VV., *La classe dirigente pubblica. Ruoli di governo e capacità amministrativa*, Roma, 2013, 51 ss. Fra i "classici", in materia di rapporto tra la direzione politica e il potere burocratico, si segnala M. WEBER, *Parlamento e governo*, Roma-Bari, 2002, 23.

Nel caso della sentenza n. 205/2004, la norma dichiarata incostituzionale si risolve nella previsione dell'accesso *ope legis*, rilevando che l'assunzione non postula una precedente selezione, e che in ogni caso l'assunzione segue una procedura concorsuale ingiustamente riservata agli interni¹⁴, in quanto totalmente riservata al personale assunto con contratti di lavoro di natura privatistica non reclutato, a suo tempo, mediante concorso. Pertanto, si giunge a constatare la violazione del carattere "pubblico" del concorso, inteso come tutela dell'interesse pubblico¹⁵.

La procedura di progressione verticale, finalizzata all'acquisizione di un diverso *status* del dipendente, equivale ad una vera e propria assunzione. Il criterio valutativo dell'anzianità non può assumere un valore tale da attribuire rilievo alla permanenza in servizio, di per sé non idoneo a verificare la sussistenza dei requisiti attitudinali allo svolgimento di funzioni rientranti nella qualifica superiore¹⁶. Se la modalità di reclutamento deve essere di natura selettiva, per verificare l'attitudine del candidato a rivestire una determinata qualifica, l'anzianità non può essere il criterio valutativo esclusivo, né quello prevalente.

In base agli artt. 3, 51 e 97 Cost., la Corte, con la sentenza n. 190/2005, ha dichiarato incostituzionali norme regionali, che disciplinavano, con procedura riservata, l'inserimento nei ruoli del servizio sanitario del personale, che risultasse in esubero e assunto con contratto a tempo indeterminato da strutture private, e dunque non reclutato a suo tempo dall'Amministrazione mediante concorso. Ad avviso del giudice costituzionale sussiste la necessità di un ragionevole punto di equilibrio fra il concorso e l'interesse a consolidare pregresse esperienze lavorative¹⁷.

Nel quadro del sistema in vigore, che non prevede carriere, o le prevede entro limiti ristretti, non si applica l'istituto dell'inquadramento unico, proprio dell'impiego privato, inteso nel senso di concezione monistica della carriera¹⁸. La facoltà del datore di lavoro privato di assegnare al lavoratore mansioni superiori, che, se prolungato per un certo periodo di tempo, determina l'acquisizione *ope legis*, non si applica al lavoro pubblico, ex artt. 2, co. 2, e 52, d.lgs. n. 165/01.

¹⁴ Nel senso che una tale previsione costituisca un problema di giustizia e di uguaglianza, nel garantire pari opportunità indistintamente a tutti gli interessati, si veda A. BARDUSCO, *Il diritto di accesso alle scuole di specializzazione medica*, a commento della sent. n. 219/2002, Corte cost., in *GC.*, 2002, 1700 ss.

¹⁵ Cfr., Cons. Stato, Sez. V, sent. 18/12/1997, n. 1577, in *Riv. pers.*, 1998, 578 ss.; T.A.R. Toscana, Sez. III, sent. 28/04/1998, n. 79, in *TAR*, 1998, 2595; T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, sent. 10/02/1998, n. 476, in *TAR* 1998, 1487; TAR Abruzzo Pescara, sent. 3/6/2004, n. 480.

¹⁶ Corte cost. sent. n. 159/2005.

¹⁷ Con le sentt. n. 34 e n. 205/2004, e n. 159/2005, la Corte costituzionale ribadisce, aderendo in pieno alle consolidate posizioni della sua giurisprudenza, l'imprescindibilità del passaggio concorsuale nell'accesso all'impiego pubblico.

¹⁸ Corte cost. sent. n. 465/2005.

Il concorso viene rispettato quando le selezioni non siano arbitrarie e restrittive per i soggetti legittimati a parteciparvi. Con la sentenza n. 81/2006, il giudice delle leggi ha aggiunto, rispetto alle precedenti pronunce, che le eventuali deroghe al concorso possono essere giustificate solo da peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico¹⁹.

Con la successiva sentenza n. 205, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 19, co. 1 e 2, lett. b), l. reg. Umbria 1/2/2005, n. 2. Per la Corte, è illegittimo prevedere l'esonero dal concorso per chi abbia prestato attività a tempo determinato alle dipendenze della Regione, poiché tale requisito non può essere considerato di per sé, ed in mancanza di altre particolari e straordinarie ragioni, un valido presupposto per una riserva di posti. La norma trovava applicazione solo in favore di *ex* personale precario, che fosse in possesso del titolo di studio per l'accesso all'impiego messo a concorso, e che avesse svolto la propria attività per un periodo sufficientemente ampio (24 mesi) per acquisire notevole esperienza.

Il giudice costituzionale ha affermato che il riferimento ad un'attività lavorativa pregressa può dedursi dai titoli di studio richiesti per l'accesso all'impiego, qualora quest'ultimi attengano al lavoro da svolgere e non siano necessariamente collegati all'attività già svolta. Quindi, non è possibile fondare sul mero criterio dell'anzianità la riserva ai dipendenti, atteso che tale criterio non appare idoneo a garantire una seria verifica dei requisiti attitudinali. Inoltre, la Corte ha puntualizzato che, in ogni caso, una volta esclusa la presenza di ragioni che giustifichino la suddetta deroga, risulta irrilevante il fatto che la misura percentuale (40 %) della quota riservata sia bassa.

Il giudice delle leggi ha concluso che l'art. 19, co. 1 e 2, lett. b), l. reg. Umbria 1/2/2005, n. 2 non individuava alcuna peculiare situazione giustificatrice della deroga al concorso e, pertanto, si risolveva in un arbitrario privilegio a favore di una generica categoria di candidati.

In seguito, nel 2008, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 27 ha dichiarato incostituzionale una norma della Regione Abruzzo che prevede la possibilità di conferire l'incarico di autista presso la Giunta e il Consiglio regionale a personale esterno privo dei requisiti prescritti invece per il personale interno.

Risulta irragionevolezza, in violazione del buon andamento, perché la previsione dell'assunzione, sia pure a tempo determinato, di personale, sfornito dei requisiti normalmente richiesti per lo svolgimento delle funzioni che è destinato ad espletare, determina l'inserimento nell'organizzazione pubblica di soggetti che non offrono le necessarie garanzie di professionalità e competenza.

Nel 2009, con la sentenza n. 215, la Consulta ha riaffermato che il pubblico concorso costituisce la regola anche per l'accesso alla dirigenza sanitaria,

¹⁹ Corte cost., sentt. n. 34/2004 e n. 159/2005.

dichiarando illegittime alcune norme dettate dalla Regione Campania che hanno previsto la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro con i dirigenti sanitari assunti a termine, senza individuare presupposti e criteri di selezione concorsuali.

Nel 2010, con la sentenza n. 9, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale una norma della L. Reg. Piemonte che prevedeva, per il conferimento degli incarichi dirigenziali, una riserva del 30 per cento dei posti in favore di persone esterne all'Amministrazione regionale, senza che ricorressero specifiche esigenze di interesse pubblico, come stabilito da altre analoghe disposizioni rinvenibili sia nell'ordinamento statale, come l'art. 19, co. 6, d.lgs. n. 165/2001, che richiede che la professionalità vantata dal soggetto esterno non sia rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione, sia in alcuni ordinamenti regionali, come l'art. 22, co. 1, legge Regione Abruzzo n. 77/1999, recante "*Norme in materia di organizzazione e rapporti di lavoro della Regione Abruzzo*"; e l'art. 28, co. 3-*bis*, legge Regione Marche, n. 20/2001, recante "*Norme in materia di organizzazione e di personale della Regione*".

Con la sentenza n. 42/2011, la Corte costituzionale ribadisce che il concorso pubblico costituisce la regola e che eccezioni sono ammissibili solo in presenza di "*peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico*". La Corte dichiara incostituzionale, in riferimento all'art. 97, co. 3, Cost., parte della legge della Regione Puglia n. 40/2007, che prevede per il personale del ruolo della dirigenza medico veterinaria, sanitaria, professionale, tecnica ed amministrativa con incarico a tempo determinato, una procedura selettiva interamente riservata, in assenza di alcuna peculiare ragione di interesse pubblico²⁰.

Ad avviso della Corte costituzionale, in materia di accesso all'impiego pubblico, l'area delle eccezioni al concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso²¹ e deroghe sono legittime solo in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle²². In tal senso, risulta insufficiente, ai fini della legittimità della deroga al principio costituzionale del concorso pubblico, la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'Amministrazione regionale²³,

²⁰ Dispone(va) l'art. 3, co. 40, legge Regione Puglia n. 40/2007, che nel triennio 2008-2010 le aziende sanitarie e gli IRCCS pubblici procedono, a determinate condizioni, alla stabilizzazione del personale del ruolo della dirigenza medico veterinaria, sanitaria, professionale, tecnica ed amministrativa con incarico a tempo determinato e che "*Dal 1° gennaio 2008 le aziende sanitarie e gli IRCCS pubblici per i profili professionali, oggetto di stabilizzazione, non possono procedere ad indire ovvero proseguire procedure concorsuali ovvero ad utilizzare le graduatorie dei concorsi già espletati per la copertura dei posti vacanti destinati all'attuazione del processo di stabilizzazione*".

²¹ Corte cost., sent. n. 363/2006.

²² Corte cost., sent. n. 81/2006.

²³ Corte cost., sent. n. 205/2006.

né basta la personale aspettativa degli aspiranti ad una misura di stabilizzazione²⁴. Sono indispensabili, differentemente, particolari ragioni giustificatrici, ricollegabili alla peculiarità delle funzioni che il personale da reclutare è chiamato a svolgere, in particolare relativamente all'esigenza di consolidare specifiche esperienze professionali maturate all'interno dell'Amministrazione e non acquisibili all'esterno, le quali facciano ritenere che la deroga al pubblico concorso risulti funzionale alle esigenze del principio costituzionale del buon andamento amministrativo.

In sintesi, viene dichiarata incostituzionale la stabilizzazione dei dirigenti sanitari con una procedura selettiva interamente riservata. La natura comparativa e aperta della procedura è elemento essenziale del concorso pubblico. La previsione di procedure selettive riservate viola il carattere pubblico del concorso²⁵ che garantisce il principio dell'imparzialità, e il carattere selettivo che assicura il rispetto del buon andamento.

In conclusione, emerge chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale come il principio del buon andamento venga assunto a fondamento del rispetto della regola costituzionale del pubblico concorso. Le eccezioni al concorso, come ribadisce la Corte costituzionale con la sentenza n. 167, devono essere costituzionalmente ragionevoli. Perciò, al fine di valorizzare pregresse esperienze professionali dei lavoratori assunti, come nel caso oggetto della pronuncia, è necessario che la legge stabilisca prima le condizioni per l'esercizio del potere di assunzione, subordini la costituzione del rapporto a tempo indeterminato all'accertamento di specifiche necessità funzionali amministrative e preveda procedure di verifica dell'esperienza acquisita all'interno della Pubblica Amministrazione e non alle dipendenze di datori di lavoro esterni.

3. *Il pubblico concorso e il principio di imparzialità.*

Il principio di imparzialità, indissolubilmente legato con quello di legalità e buon andamento, costituisce un valore essenziale cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione pubblica.

L'imparzialità e il buon andamento costituiscono, nell'architettura complessiva della Costituzione *amministrativa*, due principi essenziali sui cui si fondano l'attività e l'organizzazione dell'Amministrazione.

Il concorso, meccanismo strumentale rispetto al buon andamento, costituisce ineludibile momento di controllo funzionale al miglior rendimento amministrativo.

Il punto è stabilire quali altri principi costituzionali possono garantire la regola del concorso pubblico.

²⁴ Corte cost., sent. n. 81/2006.

²⁵ Corte cost., sent. n. 34/2004.

Il rischio che emergeva dalla giurisprudenza costituzionale è quello che l'applicazione da parte del Giudice costituzionale del principio del buon andamento tendesse a sovrastare il principio dell'imparzialità, riconducendola ad una sua specificazione strumentale²⁶.

Oltre al buon andamento, che la Corte costituzionale, come abbiamo visto, prende molto in considerazione in sede di giudizio di legittimità costituzionale, si affianca necessariamente anche quello dell'imparzialità, che a partire, soprattutto, della sentenza n. 363/2006, assume un ruolo deciso nel giudicare eccezioni alla regola del pubblico concorso.

Con tale sentenza, la Corte costituzionale ha stabilito che il concorso pubblico, quale meccanismo imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito, costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche Amministrazioni. L'accesso pubblico, tramite concorso, è posto a presidio delle esigenze di imparzialità dell'azione amministrativa, altrimenti la deroga si risolverebbe in un privilegio a favore di categorie più o meno ampie di persone²⁷. Pertanto, allo scopo che sia assicurata la generalità della regola del concorso pubblico disposta dall'art. 97, co. 3, Cost., l'area delle eccezioni va, delimitata in modo rigoroso.

Con la sentenza n. 293/2009, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime alcune norme dettate dalla Regione Veneto che hanno previsto la stabilizzazione dei dirigenti del Servizio sanitario e dei lavoratori precari presso gli uffici di diretta collaborazione di organi politici regionali. La Corte afferma che il rispetto del criterio del concorso pubblico è condizione necessaria per assicurare che l'Amministrazione pubblica risponda ai principi della democrazia e dell'imparzialità. Il concorso pubblico è, infatti, condizione per la piena realizzazione del diritto di partecipazione all'esercizio delle funzioni pubbliche da parte di tutti i cittadini, fra i quali oggi sono da includersi, per la maggior parte degli impieghi, anche quelli di altri Stati membri dell'Unione europea²⁸.

In materia di concorsi interamente riservati al personale in servizio, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 354/2010, ha dichiarato illegittima una norma della Regione Puglia, in merito al divieto di prevedere una riserva per il personale interno della totalità dei posti messi a concorso. Una norma di legge, secondo la Corte costituzionale, che, per i posti messi a concorso, prevede una riserva inte-

²⁶ Corte cost., sent. n. 217/1987.

²⁷ La Corte costituzionale, con la sent. n. 205/2006, dichiara illegittime alcune norme contenute nella legge Regione Umbria n. 2/2005 che prevedono, nei concorsi pubblici, una riserva del 40% dei posti a favore di coloro che erano già stati, sia pure con rapporto a tempo determinato, alle dipendenze della Regione.

²⁸ Cfr., Corte di giustizia delle Comunità europee, sent., 2 luglio 1996, cause 473/93, 173/94 e 290/94.

grale in favore dei dipendenti già in servizio contraddice il carattere aperto della selezione, che rappresenta un elemento essenziale del concorso pubblico e il suo difetto costituisce lesione degli artt. 3 e 97 Cost.

Il principio costituzionale dell'imparzialità presuppone l'autonomia dell'Amministrazione rispetto al potere politico, nel senso che è un principio di garanzia del ruolo neutrale dell'azione amministrativa. Così facendo si delinea la profonda distinzione tra politica e Amministrazione, tra l'azione del governo, legata agli interessi di una parte politica, e l'azione diretta al perseguimento dell'interesse pubblico²⁹. In dottrina³⁰, è pacifico individuare nell'imparzialità il nucleo difensivo nei confronti della politica.

A salvaguardia dell'imparzialità si collegano due principi costituzionali in materia di Amministrazione: l'art. 97, co. 3, Cost., che prevede il concorso, e l'art. 98 Cost. che pone i pubblici impiegati al servizio esclusivo della Nazione³¹. Entrambi i principi si pongono come corollari naturali dell'imparzialità, in cui viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e Amministrazione, con lo scopo di rispondere alle esigenze funzionali dell'Amministrazione.

Il principio di imparzialità si riflette immediatamente anche nell'art. 51 Cost., attraverso cui si mira a garantire l'Amministrazione e i suoi dipendenti da influenze politiche o, comunque, di parte, in relazione alle fasi concernenti l'accesso all'ufficio e lo svolgimento della carriera.

Sul tema dell'imparzialità amministrativa sono stati proposti numerosi studi. Tuttavia non sembra che ad oggi si siano prese in considerazione tutte le implicazioni, ampie e complesse, relative all'imparzialità. Può essere quindi di utilità tentare di approfondire gli effetti dell'imparzialità sul rapporto tra Amministrazione e cittadini.

²⁹ Corte cost., sent. n. 43/1990 e n. 333/1993.

³⁰ Cfr., P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica Amministrazione*, in *Studi Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1958, 28; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *RISG*, 1968, 86-87; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica Amministrazione*, Padova, 1973; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica Amministrazione*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, 1993, vol. VIII, 131; Id., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; G. PASTORI, *La pubblica Amministrazione*, in A. AMATO e A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997; R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *FA CdS*, 2002, 1994. La distinzione tra politica e Amministrazione, strettamente connessa con l'imparzialità amministrativa, emerge con forza a partire dalla sent. n. 453/1990, Corte cost., commentata da G. AZZARITI, *Brevi note su tecnici, Amministrazione e politica*, in *GC*, 1990, 2713 ss.; F. BASSANI, *Monito della Consulta sull'imparzialità dei pubblici concorsi*, in *CG*, 1990, 1516; E. SPAGNA MUSSO, *Composizione delle commissioni giudicatrici di concorso e ragionevolezza delle scelte legislative*, in *DG*, 1991, 644.

³¹ Corte cost., sent. n. 1/1999; si legga, C. DE FLORES, *"I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione"?*, in *DP*, 2005, 1, 152 ss.

Nel periodo di profondo cambiamento che negli ultimi anni ha interessato l'Amministrazione, la necessità di rendere moderne e dinamiche le organizzazioni pubbliche, che sempre più devono essere orientate alla qualità ed ai risultati, passa anche attraverso lo strumento di selezione del personale. Il concorso va considerato oltre che un principio funzionale al buon andamento, un principio garante dell'imparzialità. L'imparzialità costituzionale costituisce un criterio di riconoscimento delle funzioni esercitate dai dipendenti. L'attività amministrativa va intesa come potestà di valutazione degli interessi in gioco, al fine di perseguire l'interesse pubblico concreto, affidato dalla legge alla cura dell'Amministrazione.

Il procedimento del concorso caratterizzato dall'imparzialità rappresenta una garanzia di legalità e di eguaglianza nell'esercizio delle funzioni amministrative. Il concorso ha una fondamentale ed esplicita finalizzazione costituzionale, che consiste nel contribuire alla realizzazione di un'Amministrazione, giusta ed equa, che persegua lo scopo di raggiungere interessi condivisi nella società. L'Amministrazione deve assicurare situazioni attive e passive a favore dell'accesso dei cittadini all'Amministrazione ed all'esercizio delle relative potestà. L'elemento funzionale del concorso altro non è se non la tutela dell'imparzialità dell'azione pubblica.

L'imparzialità in correlazione al concorso si articola in due diversi momenti: il primo, quello della garanzia dell'uguale e libero diritto di partecipare alla selezione, e il secondo, quello dell'azione amministrativa, che nell'esercizio delle proprie funzioni non può fare favoritismi. Di questi due momenti, quello che nella giurisprudenza costituzionale appare più trascurato è il primo: quella dimensione dell'imparzialità, attinente alla posizione del candidato che vuole accedere all'impiego pubblico. L'Amministrazione, nel suo nucleo più essenziale, è imparziale, non solo nel suo agire, ma anche quando il procedimento di selezione ne permette un equo accesso (salvo deroghe). L'espressione "concorso pubblico" è indicazione di un sistema di scelta basato su criteri obiettivi, che offre sufficienti garanzie di selezione e di equità, in quanto con il concorso si presuppone un'eguaglianza di situazioni di partenza. Nel rapporto tra cittadino e Amministrazione sono determinati i reciproci diritti e doveri: per il primo esiste un diritto di partecipare al concorso, e per la seconda esiste il dovere di accettare la partecipazione all'esame di ogni cittadino.

L'art. 97, co. 1, Cost. individua nell'imparzialità uno dei principi essenziali cui si deve conformare, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici. Sicché i cittadini possono ritenersi titolari del diritto di pretendere³², da parte dell'Amministrazione, una selezione imparziale dei componenti dell'organizzazione amministrativa.

³² Sulla pretesa all'imparzialità dell'Amministrazione, M. PINELLI, *Art. 97, 1° comma*, Parte II, in *Commentario della Costituzione*, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Art. 97-98, La pubblica Amministrazione*, Bologna, 1994, 189.

Lo svolgimento delle funzioni degli amministratori deve tener conto del fatto che i destinatari dei loro atti, sebbene sottoposti al loro potere giuridico, non sono sudditi, ma cittadini, titolari di diritti e anche potenziali titolari di pubbliche funzioni.³³ Attraverso il concorso si esprime la volontà di far coincidere detentori del potere e coloro i quali sono sottoposti ad esso. Tutto ciò contribuisce a spostare verso l'amministrato il punto di equilibrio del rapporto autorità e libertà, aumentando l'area dei rapporti paritetici. Il concorso, improntato all'imparzialità e come metodo di selezione obiettivo e aperto, rappresenta un collegamento tra l'apparato amministrativo e la società civile.

Le eccezioni al concorso devono essere costituzionalmente giustificate, nel senso di essere correlate a principi costituzionali, fra cui anche il principio d'imparzialità, specificazione del principio dell'uguaglianza³⁴. Con l'art. 51, co. 1, Cost., si vuole evitare che possano essere introdotti filtri, o preclusioni, che abbiano per risultato di limitare il diritto di accesso a gruppi o categorie di cittadini. L'imparzialità viene assicurata dall'esclusione, nell'assunzione pubblica, di ogni criterio discriminatorio, e perciò, dall'effettivo rispetto delle condizioni di uguaglianza. A tal proposito, l'assolutezza dell'art. 38, co. 1, d.lgs. n. 165/01, improntato al principio della generale esclusione del non cittadino dall'impiego pubblico solleva perplessità in termini di uguaglianza³⁵.

Il concorso *imparziale* consente l'esercizio di un diritto costituzionalmente rilevante, quale il diritto di accedere all'Amministrazione, elemento essenziale per realizzare la democrazia nell'Amministrazione. Il principio d'imparzialità è l'espressione di grandi esigenze morali e pratiche nel dinamismo della realtà amministrativa del nostro ordinamento repubblicano, ispirato a canoni di libertà e solidarietà. Attraverso l'imparzialità, come principio ordinatore, si persegue l'obiettivo di tradurre in realtà un'Amministrazione che possa riflettere le diverse anime della società.

³³ In proposito si veda C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 9: "...un regime nel quale si riconosce al cittadino, ad ogni cittadino, la capacità di creare il diritto, e nel quale si vuole che chi governa consideri il suddito come un potenziale governante; e che non vi siano duci e seguaci; e che sia riconosciuta a tutti i cittadini capaci di curare i propri interessi la capacità di collaborare alla determinazione del comune destino... un tale regime non afferma solo il principio della pari dignità di ogni cittadino, ma della sovrana dignità di tutti i cittadini."

³⁴ "L'imparzialità della pubblica Amministrazione, in questo contesto, non è che la logica – e necessaria – trasposizione, a livello di Amministrazione, del generale principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. e come tale si concreta nel dovere della p. A. di usare parità di trattamento per tutte le situazioni che le si presentano", in F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000, 431. Il problema dell'ammissione ai pubblici uffici come problema dell'uguaglianza viene analizzato anche dagli autori: G. MOR, *La nomina dei pubblici impiegati e la Costituzione italiana*, Milano, 1966, 13; S. CASSESE, *I controlli amministrativi sull'accesso ai pubblici uffici*, in *DD*, 1980, 655.

³⁵ In tal senso, a diversi anni dall'entrata in vigore dal d.lgs. n. 286/98, possiamo annoverare solamente quattro pronunce: sentenza Tar Liguria 13/4/2001, n. 3999; ord. Corte di Appello di Firenze 2/7/2002; ord. Tribunale di Genova 21/4/2004; e decreto Corte di Appello di Firenze 21/12/2005.

In linea con tali ragionamento è la sentenza n. 137/2013, come anche la pronuncia n. 167/2013 in cui si esplica la necessità di “*garanzia di imparzialità di reclutamento*”, con cui la Corte costituzionale restituisce il giusto valore al principio dell'imparzialità quale limite alle eccezioni al pubblico concorso.

4. *Il riparto della materia dell'organizzazione amministrativa tra Stato e Regioni.*

Le recenti pronunce costituzionali rappresentano l'occasione per fare il punto anche sulle problematiche relative la collocazione del lavoro pubblico regionale all'interno del riparto *ex art. 117 Cost.* La questione risulta meritevole di attenzione, soprattutto in questa fase, in cui si assiste ad una primo assestamento del nuovo sistema costituzionale delle competenze, ad opera della Corte costituzionale, e contemporaneamente al proliferare di iniziative legislative, a tutti i livelli di governo, volte a riformare le diverse Amministrazioni.

La Costituzione non differenzia esplicitamente tra lavoro privato e lavoro pubblico per quanto concerne le Amministrazioni regionali. Con l'ausilio della giurisprudenza costituzionale deve essere possibile individuare le linee direttrici del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

Alla luce del nuovo Titolo V Cost., l'interrogativo è se le norme riguardanti il lavoro pubblico regionale privatizzato devono essere inquadrate come disposizioni dettate in materia di organizzazione amministrativa e, dunque, riferirsi alla competenza esclusiva della Regione, o, diversamente, devono come tali essere ricomprese nel rapporto di lavoro in senso stretto e, pertanto, ascrivere all'ordinamento civile, competenza esclusiva dello Stato³⁶. Nel secondo caso per il Legislatore regionale non sembrerebbe residuare alcuno spazio di intervento³⁷, invece, nel primo caso, i margini di intervento per le Regioni risultano consistenti³⁸.

³⁶ Per un quadro generale e chiaro sulle potestà legislative, si legga A. BARBERA E C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, 2012, 418 – 427, e A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, 127 ss.

³⁷ Ciò tenendo anche conto dell'ampiezza del ridimensionamento della competenza regionale a favore della privatizzazione del lavoro pubblico: da una parte, F. BATTINI, *Autonomia regionale e autonomia negoziale nella disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici*, in *Le Regioni*, 1996, 689; dall'altra, A. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, 2000, I, 80-81; G. BALDINI, *Sub art. 1 comma 3*, in AA.VV., *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle Amministrazioni pubbliche*, in NLCC, 1999, 1016.

³⁸ Secondo chi scrive, in tale questione, non va presa in considerazione la “*tutela e sicurezza del lavoro*”, quale competenza concorrente. La materia della “*tutela e sicurezza del lavoro*” è inserita nell'art. 117, co. 3, Cost., e come tale è soggetta all'osservanza dei principi fondamentali previsti dalla legislazione statale per la competenza legislativa concorrente. Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. n. 50, n. 219 e n. 384 del 2005, e n. 268/2007. Di diversa posizione, fra i primi commenti, cfr., M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi pro-*

Il vecchio art. 117 Cost., quanto all'organizzazione amministrativa delle Regioni, menzionava la materia "ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti delle Regioni", rimettendo esclusivamente tale competenza alle Regioni. Nella prassi degli Statuti regionali, emergono come inscindibilmente connessi l'ordinamento degli uffici e il trattamento economico del personale in quanto vincolati dalla riserva di legge dell'art. 97 Cost. Riprendendo un precedente orientamento interpretativo, la materia del concorso, nonostante caratteristiche un pò ambivalenti, nel senso incidenti sia sul rapporto di lavoro che sull'organizzazione amministrativa, va ricondotto nell'ambito dell'organizzazione degli uffici e del personale comprendente lo stato giuridico e il trattamento economico dei dipendenti pubblici³⁹.

Il novellato art. 117, co. 2, lett. g), Cost., prevede fra le materie di esclusiva competenza del Legislatore statale, l' "ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali"; distinguendo così la competenza tra livello nazionale e regionale (e provinciale)⁴⁰. All'art. 117 Cost., co. 3, Cost., nell'elenco delle materie di legislazione concorrente, non è presente tale competenza o un'altra equiparabile. Sicché la materia dell'ordinamento degli uffici e del personale è, per quanto concerne la Regione, di esclusiva (perché residuale) competenza delle Regioni, escludendo l'eventualità della determinazione dei principi fondamentali da parte dello Stato, disposta solo per la potestà concorrente.

Questa riflessione è favorita anche dall'art. 123 Cost., che rimette allo statuto regionale la determinazione dei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della Regione⁴¹. A conferma, la Corte, con sentenza n. 14/2004, ha affermato che l'organizzazione amministrativa e il funzionamento, quanto alle

blematici della l. cost. n. 3 del 2001, R. SALOMONE, La materia del lavoro tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione, e A. ZOPPOLI, La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche Amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle?, in Il lavoro nelle pubbliche Amministrazioni, 2002, sup. fasc. 1, 8, 131 e 150.

³⁹ Cfr., S. BARTOLE e F. MASTRAGOSTINO, *Le Regioni*, Bologna, 1999, 337; L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 2000, 126; M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1273; L. TORCHIA, *La potestà legislativa regionale delle regioni*, in *Le Regioni*, 2002, 352; AA.VV., *Diritto regionale*. Bologna, 2003, 155.

⁴⁰ In merito si segnala la sentenza n. 270/2005, con cui la Corte afferma che l'art. 117, co. 2, lett. g), Cost. non può essere considerata una competenza "trasversale".

⁴¹ Come recita l'art. 123 Cost. i Consigli regionali esercitano la loro potestà statutaria "in armonia con la Costituzione": nel senso che lo statuto deve rispettare, oltre la Repubblica nel suo complesso, ogni principio costituzionale. Nella sentenza n. 304/2002, la Corte ha tenuto a precisare che il limite dell'armonia con la Costituzione non consente deroghe ad ogni singola disposizione costituzionale, oltre a vincolare le Regioni a rispettarne anche lo "spirito", in A. CORPACI, *L'incidenza della riforma del Titolo V della Costituzione in materia di organizzazione amministrativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche Amministrazioni*, 2002, I, 44. Con la sent. n. 2/2004, la Corte costituzionale sottintende che lo statuto regionale è la fonte deputata a disegnare l'ordinamento amministrativo.

norme fondamentali, è materia espressamente assegnata dall'art. 123 Cost. alla potestà statutaria (legge reg. "rinforzata") delle Regioni. La disciplina del rapporto di lavoro regionale, nella maggior parte dei nuovi statuti ordinari⁴², viene rimessa dalla stesso statuto alla legge e alla contrattazione collettiva.

Con la sentenza n. 274/2003, il Giudice delle leggi ha ribadito che la materia dell'ordinamento e organizzazione amministrativa spetta alla competenza esclusiva, oltre che delle Regioni a statuto ordinario, anche delle Regioni speciali e delle Province autonome⁴³. Nel suo ragionamento è risultato fondamentale l'art. 10, l. cost. n. 3/2001, il quale prevede che, fino all'adeguamento degli statuti, le disposizioni della riforma del Titolo V Cost. si applicano anche in favore delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome, in quanto più ampie rispetto alle disposizioni previste dai rispettivi statuti. La Corte costituzionale ha negato l'obbligo per le Regioni di rispettare le norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica, giungendo così alla scontata conclusione, che i limiti per i Legislatori *sub*statali, per le materie esclusive, sono il rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, in base all'art. 117, co. 1, Cost. Pertanto, il d.lgs. n. 165/2001 non può costituire un limite per le Regioni⁴⁴.

L'art. 117, co. 2, lett. h), Cost., riserva al Legislatore statale l'esclusività per quanto concerne l'ordinamento civile, che, in quanto elencato nell'art. 117, co. 2, Cost., non è materia ma competenza trasversale che ricomprende in sé diverse materie. Le competenze trasversali comportano che la linea di confine tra materie statali e materie regionali sia piuttosto flessibile, a favore dello Stato. Nella nozione di ordinamento civile si possono comprendere tutti quegli aspetti, di cui si occupano il codice civile e le leggi sui rapporti fra soggetti privati. Il diritto privato era pacificamente trattato come un limite alla potestà legislativa regionale nel vecchio ordinamento costituzionale. Il limite, consistente nella riserva allo Stato della potestà legislativa esclusiva nei rapporti di diritto privato, trovava il proprio fondamento nell'esigenza di uguaglianza, e, perciò, di garantire su tutto il territorio nazionale l'uniformità della disciplina privatistica. Anche se tale limite non può operare in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privati, secondo la Corte cost., sentenza n. 352/2001, può "*subire un qualche adattamento*", nel senso che il diritto privato preclude l'autonomia regionale, anche se possono essere ammesse *deroghe* ragionevoli⁴⁵.

⁴² P. ANTONELLI, *L'ordinamento amministrativo regionale e l'Amministrazione consiliare*, in AA.VV., *I nuovi statuti delle regioni ordinarie*, Bologna, 2006, 155.

⁴³ Corte cost., sent. n. 340/2001.

⁴⁴ A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche Amministrazioni*, 2005, III-IV, 517.

⁴⁵ Cfr., Corte cost., sentt. n. 7/1956; n. 6 e n. 82 del 1958; n. 40 e n. 154 del 1972; n. 108/1975; n. 35/1992; n. 462/1995; n. 307/1996; n. 82/1998; e n. 352/2001, con nota di E. LAMARQUE, *Aspettando il nuovo art. 117 della Costituzione: l'ultima pronuncia della Corte costituzionale sul limite del*

Con le sentenze n. 274/2003, 314/2003, 205/2004, 277/2005⁴⁶, il Giudice costituzionale ha evitato la questione dell'incidenza delle norme impugnate sull'ordinamento civile. Invece, con la sentenza n. 2/2004, esso ha dichiarato conforme a Costituzione l'art. 50, co. 5, Statuto della Regione Calabria, il quale prevede che la Regione disciplini con provvedimenti normativi la contrattazione con i propri dirigenti, per la parte di competenza regionale. Pertanto, anche di fronte ad una contrattazione a livello nazionale dei dirigenti regionali, la norma manterrebbe la sua validità per gli aspetti della disciplina contrattuale che restano affidati alla competenza regionale.

In merito alla disciplina generale della responsabilità amministrativa, la Corte, con la sentenza n. 345/2004, ha affermato che la potestà legislativa residuale delle Regioni, in materia di ordinamento dei propri uffici, può esplicarsi nel senso di disciplinare il rapporto di impiego o di servizio dei propri dipendenti, prevedendo obblighi la cui violazione comporti responsabilità amministrativa, senza però incidere sul regime della stessa responsabilità amministrativa.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 380/2004, ha osservato, finalmente, che la determinazione delle modalità di valutazione dei titoli nei pubblici concorsi non può essere ricondotta nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di ordinamento civile. La disciplina dei concorsi, per i suoi contenuti marcatamente pubblicistici e la sua intima correlazione con gli artt. 51 e 97 Cost., è sottratta all'incidenza della privatizzazione del lavoro pubblico, che si riferisce alla disciplina del rapporto già instaurato⁴⁷. Con la sentenza n. 26/2005, la Corte costituzionale ha ribadito che il reclutamento rientra nell'organizzazione amministrativa, e pertanto nella competenza esclusiva dello Stato per il lavoro pubblico statale, in quella esclusiva della Regione per il lavoro pubblico regionale.

Con un'impostazione piuttosto restrittiva, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 50/2005⁴⁸, sviluppando il ragionamento contenuto già nella sentenza n. 359/2003⁴⁹, ha escluso la possibilità di intervento regionale per quanto concerne qualsiasi rapporto intersoggettivo di lavoro.

Nel caso della sentenza n. 88/2006, la Corte chiaramente ha affermato che l'autonomia regionale debba potersi manifestare non solo nel disciplinare norma-

diritto privato della legislazione regionale, in *Le Regioni*, 2002, 584.

⁴⁶ In particolare, in merito alla sentenza n. 274/2003, si leggano le critiche di R. SALOMONE, *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico privatizzato: i primi orientamenti della Consulta*, in *Il lavoro nelle pubbliche Amministrazioni*, 2005, VI, 1148.

⁴⁷ Sul punto, si legga R. SALOMONE, *Nuova riforma costituzionale e lavoro pubblico. Osservazioni a margine della c.d. devolution. (Legge cost. 18 novembre 2005)*, in *Il lavoro nelle pubbliche Amministrazioni*, 2006, 58-59.

⁴⁸ Ripresa dalla successiva sentenza n. 219/2005, nonché Corte cost. sent. n. 384/2005, con cui vengono confermati alcuni degli elementi di specialità del lavoro pubblico rispetto a quello privato.

⁴⁹ In questo senso, si veda E. GIANFRANCESCO, *La ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in materia di tutela e sicurezza del lavoro*, in *RE*, 2005, 525.

tivamente i propri uffici, ma anche nell'organizzarli, destinando ad essi il personale ritenuto necessario. Di seguito, di particolare interesse sembra anche la sentenza n. 156, con cui il giudice costituzionale ha sottinteso, in materia di accesso al pubblico impiego regionale, che la materia dello *status* giuridico degli impiegati regionali assorbe, per quel che ne concerne, quella dello *status* di straniero.

Rimane ferma la distinzione tra i due fondamentali profili: quello organizzativo attratto nella regolazione pubblicistica, di spettanza regionale, e quello attinente alla gestione dei rapporti di lavoro cui si impongono le regole del diritto privato, definite dal Legislatore statale. Le misure organizzative, secondo la giurisprudenza costituzionale⁵⁰, vanno ricomprese nell'ambito dell'ordinamento amministrativo, sottratte alla privatizzazione, seguendo l'elenco delle materie *ex* art. 2, co. 1, lett. c), l. n. 421/1992⁵¹.

Ancora nel 2006, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 411, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma della Regione Lombardia, in quanto tale norma infatti atteneva certamente all'ordinamento civile, riservato alla legislazione statale dall'art. 117, co. 2, lett. l), Cost., in quanto si risolve nel vincolo, imposto ad un soggetto privato, di tenere un comportamento prescritto dalla legge e, quindi, in un vincolo destinato ad incidere sul suo potere di autodeterminarsi.

Con la n. 95/2008, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma statale, nella parte in cui, nel prevedere per l'assunzione di personale a tempo determinato la riserva di una quota non inferiore al 60 per cento dei posti a favore dei collaboratori coordinati e continuativi, si applica anche alle Regioni ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano. Secondo il giudice delle leggi, La regolamentazione delle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale è riconducibile alla materia dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali e rientra nella competenza residuale delle Regioni di cui all'art. 117, co. 4, Cost. Ai sensi dell'art. 10, legge cost. n. 3/2001, ciò vale anche per la Provincia autonoma di Trento, perché il menzionato art. 117, co. 4, Cost. prevede una forma di autonomia più ampia rispetto a quella attribuita dallo Statuto speciale del Trentino-Alto Adige.⁵² Anche se nel 2009, con la sentenza n.

⁵⁰ Da ultimo, Corte cost. sentt. n. 354/2004, n. 27, 31 e 172 del 2005. Si veda G. D'AURIA, *Variations sul lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e Titolo V (Parte seconda) della Costituzione, in Il lavoro nelle pubbliche Amministrazioni*, 2006, 19.

⁵¹ Tra cui: "le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative"; "gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi"; "i principi fondamentali di organizzazione degli uffici"; "i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro"; "i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva"; "la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale"; "la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici".

⁵² L'art. 8, Statuto speciale del Trentino-Alto Adige, infatti, condiziona al rispetto dei limiti indicati dal precedente art. 4 l'esercizio della potestà legislativa della Provincia autonoma in materia

139, la Corte costituzionale rigetta i ricorsi in via principale promossi da alcune Regioni, a difesa della propria autonomia legislativa in materia di organizzazione amministrativa regionale, a vantaggio della competenza esclusiva statale⁵³.

In definitiva, anche se il modello di riparto delle materie è caratterizzato dall'intreccio delle competenze senza nette distinzioni, risulta necessario eliminare gli accavallamenti sulle materie residuali regionali per agevolare l'autonomia. La competenza legislativa sul lavoro pubblico regionale deve assorbire i profili di natura privata attinenti l'organizzazione⁵⁴ e la contabilità come ribadisce Il Giudice costituzionale con la sentenza n. 137/2013, rifacendosi alla sua precedente sentenza n. 401/2007 in materia di appalti pubblici.

Gli aspetti pubblicistici del lavoro pubblico regionale, per la maggior incidenza, vanno – pertanto – ricondotti nell'organizzazione amministrativa.

5. *La disciplina dell'accesso pubblico nel sistema delle fonti.*

La giurisprudenza costituzionale, in materia di accesso ai pubblici uffici, ha importanti ripercussioni anche sui contratti collettivi⁵⁵, in quanto non si può consentire di conseguire per via contrattuale ciò che è precluso alla legge, osservando che la normativa negoziale è mancante del requisito della forza di legge.

Con la contrattualizzazione, si è pensato erroneamente che il contratto fosse la fonte di regolamentazione non solo del rapporto di lavoro pubblico, ma anche dell'organizzazione medesima, quasi che la Costituzione e le leggi fossero tutte da ritenere superate o derogate dai contratti collettivi.

Gli aspetti del rapporto di lavoro rimasti in regime pubblicistico, come il concorso, sono, *ex art. 2, co. 1, lett. c)*, l. n. 421/1992, esclusi dalla competenza della contrattazione collettiva, eliminando così qualsiasi possibile usurpazione nei confronti della legislazione regionale.

A livello regionale, in base all'art. 117, co. 6, Cost., la potestà regolamentare è riconosciuta anche nelle materie residuali. La materia dell'organizzazione degli uffici costituisce l'unico caso per cui è ammessa una riserva di regolamento a favore della Giunta. L'autonomia organizzativa in favore della Giunta è condi-

di "ordinamento degli uffici provinciali e del personale ad essi addetto". Si veda, cfr. Corte cost., sentenza n. 380/2004.

⁵³ D. GIROTTO, *La debole riserva di competenza legislativa regionale in tema di organizzazione amministrativa*, in *Le Regioni*, 2009, 5, 1059.

⁵⁴ Sull'ammissibilità di singole deroghe al diritto civile, con il nuovo Titolo V Cost., si legga, fra tutti, S. MABELLINI, *La legislazione regionale. Tra obblighi esterni e vincoli nazionali*, Milano, 2004, 158-159; invece, in senso contrario, si legga E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, 275.

⁵⁵ Cfr., Corte cost., sent. n. 275/2010, e TAR Lazio, sent. 4/9/1999, n. 1626; Cons. di Stato, Sez. IV, sent. 9/10/2000, n. 5345.

zione necessaria per la realizzazione del suo programma⁵⁶, per cui risulta particolarmente utile il regolamento, quale strumento confacente alle diversificate e mutevoli esigenze dell'Amministrazione.

A livello locale, la modifica del Titolo V Cost. non comporta il riconoscimento della potestà legislativa, e i loro ambiti di potestà normativa sono ascritti alle fonti secondarie. L'art. 114, co. 3, Cost., riconosce la potestà statutaria e regolamentare delle Autonomie locali, e l'art. 117, co. 6, Cost. attribuisce alla potestà regolamentare locale la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite⁵⁷. Allo statuto sono riservati i principi dell'organizzazione amministrativa, con i limiti della Costituzione, e della competenza esclusiva statale *ex* art. 117, co. 2, lett. *p*), Cost. Al regolamento è riservata la disciplina oltre i principi e nel rispetto dello statuto.

Ai sensi dell'art. 97, co. 3 Cost., l'accesso ai pubblici uffici è coperto da riserva relativa di legge, nel senso che la legge può prevedere un'applicazione diversa del principio generale del concorso, non essendo possibile che simile deroga si manifesti in base all'esercizio della potestà regolamentare, la quale può in effetti disciplinare solo nei limiti in cui ciò sia consentito dalla legge.

Il Tar Liguria, Sez. II, con la sentenza n. 399/2001, ha dichiarato illegittimo il provvedimento di esclusione di uno straniero da un concorso riservato in via esclusiva a cittadini italiani. La scelta del Tar Liguria è dipesa (anche) dal fatto che è illegittimo il provvedimento di esclusione da un concorso che trova il suo fondamento in una norma regolamentare (d.p.c.m. 7/02/94). Pertanto, fissando la Costituzione il principio che il reclutamento dei dipendenti debba avvenire per concorso, con un regolamento non è possibile prevedere l'esatto contrario.

Per le Autonomie locali, esiste una riserva di regolamento in materia di organizzazione, comprendente l'accesso ai pubblici uffici locali, in forza del principio di competenza. Lo statuto ed i regolamenti non possono disciplinare i requisiti di accesso all'impiego, che per essi costituiscono limite invalicabile, né possono derogare a norme aventi forza di legge, poiché la riserva di competenza non vale ad attribuire ai suddetti atti normativi una forza pari a quella della legge.

La previsione di limiti all'accesso pubblico si basa su una precisa scala gerarchica: l'art. 97 Cost. e, in subordine, la legge. Le Regioni e le Province autonome, in qualità di unici soggetti *sub*statali titolari della potestà legislativa, ricorrono spesso allo strumento delle leggi speciali⁵⁸, a fronte del regolamento con cui non

⁵⁶ M. CARLI, *L'autonomia statutaria*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione (sub. Artt. 121, 122, 123, 126 Supplemento)*, Bologna, 2002, 171.

⁵⁷ A conferma della riserva di competenza normativa degli Enti locali per quanto concerne la propria organizzazione amministrativa, Corte cost., sentt. n. 4, 380 e 390 del 2004.

⁵⁸ E. INNOCENTI e E. VIVALDI, *La disciplina delle dirigenza regionale alla luce della recente giurisprudenza costituzionale. Nota a Corte costituzionale 9-34/2010*, in *Le Regioni*, 2010.

possono disporre promozioni automatiche o quasi, allo scopo di prevedere deroghe al concorso⁵⁹.

6. *La privatizzazione del pubblico impiego e la Costituzione amministrativa.*

La privatizzazione del pubblico impiego può considerarsi come la “tendenziale applicazione di regole comuni del diritto privato ai rapporti tra pubbliche Amministrazioni e dipendenti”⁶⁰. Ciò è avallato dal fatto che leggi in tema di lavoro trovano applicazione sia per l’impiego privato sia per quello pubblico, tra cui le leggi in materia di assunzioni obbligatorie dei soggetti disabili, di tutela delle lavoratrici madri, del diritto di sciopero.

Il rapporto di lavoro pubblico è stato assoggettato al codice civile, allo Statuto dei lavoratori e alla legislazione speciale. Le più recenti norme rivelano il tentativo di superare, nella disciplina sostanziale, la tradizionale contrapposizione fra impiego pubblico e privato⁶¹, in virtù dell’esigenza di attuare, nell’ambito dello svolgimento dell’azione amministrativa, quei criteri di economicità, efficienza e produttività, propri dell’attività privata, e dedotti dalla sintetica formula costituzionale del buon andamento. Comunque, non si è ancora assistito ad una completa assimilazione delle regole pubbliche a quelle private, ad es., per quanto attiene alle mansioni superiori esiste una regolamentazione derogatoria rispetto alla normativa di diritto privato⁶².

⁵⁹ Le Regioni, spesso in passato, hanno preferito metodi illegittimi come le assunzioni per chiamata diretta e affinità partitica, in P. BELLINI, *L’impiego pubblico nell’ordinamento regionale*, Milano, 1977, 61. In generale, le deroghe al concorso pubblico riguardano: il personale con qualifica per la quale non si richiede un titolo di studio superiore alla scuola dell’obbligo, la copertura di particolari cariche amministrative o giudiziarie dello Stato, l’assunzione di personale a tempo determinato per gli uffici di diretta collaborazione degli organi di governo, promozioni a posti di grado o qualifica superiore del personale in servizio legate all’anzianità maturata.

⁶⁰ S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in RIDL, 1993, 287, sostiene che non si tratterebbe di una vera e propria privatizzazione, quanto dell’utilizzo di alcuni strumenti privatistici a fini di efficienza per il pubblico impiego; F. CARINCI, *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in GDLRI, 1993, 653, contesta l’utilizzo del termine “privatizzazione”, poiché tale definizione, pur comunemente accolta, appare non solo “ideologicamente sovraccarica ma anche tecnicamente impropria”.

⁶¹ Cfr., M.S. GIANNINI, *Per la privatizzazione del pubblico impiego*, in *Studi per Nigro*, Milano, 1999, 159; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1999, 178; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2002, 11; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 325 ss., e D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un’introduzione*, Bologna, 2010, 276 ss., E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma – Bari, 2012, 239 ss., e A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013, 25 ss.

⁶² Un esempio è l’art. 19, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, per cui al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi, per quanto attiene la dirigenza, non si applica l’art. 2103 c.c.

Ferme restando tutte le differenze di fondo, il processo di avvicinamento continua attraverso l'inserimento, nel rapporto di lavoro pubblico, di istituti tipici del rapporto di lavoro privato, tra cui la tutela sindacale, che si realizza mediante l'applicazione diretta, in tutti i comparti pubblici, di normativa privatistica. A conferma, è stato introdotto nel pubblico impiego, il premio di produttività e il principio di mobilità, istituti di derivazione privatistica.

La tendenza generale a ridefinire la disciplina, secondo criteri di stampo privatistico, conduce ad una complessiva trasformazione del lavoro pubblico, si pensi anche all'indubbia legittimazione dei privati a gestire servizi pubblici, in base alle numerose misure di esternalizzazione⁶³.

Nonostante i significativi mutamenti, il processo di evoluzione in senso privatistico non è certo giunto a conclusione. Anche se non si esclude la possibilità di ulteriori interventi modificativi del pubblico impiego, il processo di privatizzazione, comunque, non potrà riguardare in nessun caso l'esercizio di potestà pubbliche, ai quali andrà conservata la natura giuridica pubblica⁶⁴.

Dal canto suo, con la sentenza n. 309/1997, la Corte ha eliminato i dubbi di legittimità che investivano il pubblico impiego privatizzato, consapevole della sua rilevanza per l'ordinamento.

Con il d.lgs. n. 29/1993, si assiste ad un fenomeno di riduzione delle procedure concorsuali, cui ha fatto fronte l'aumento esponenziale delle procedure di progressione verticale o di riqualificazione dei dipendenti⁶⁵.

Il giudice delle leggi, con le sentt. n. 1/1999, n. 194 e 373 del 2002, ha affermato che il sistema delle carriere e l'istituto dell'inquadramento unico, la progressione verticale e la riqualificazione dei dipendenti, sono procedure non selettive e perciò incostituzionali⁶⁶. Tali previsioni, nel quadro di una sorta di globale scivolamento verso l'alto, realizzano un'anacronistica forma

⁶³ L'esternalizzazione corrisponde al trasferimento di attività svolte precedentemente dall'Amministrazione pubblica a soggetti privati secondo la convenienza della gestione (logica detta del *make or buy*, "fai da te" o "acquista") mediante contratti di vario genere (tra cui concessioni, convenzioni, appalti, ecc..) che permettono all'ente pubblico di risparmiare. In merito, si legga A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 119.

⁶⁴ Si pensi al profilo organizzativo, per cui sono necessarie regole speciali di diritto pubblico, come affermato da F. BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 407-408.

⁶⁵ In merito alla necessità condivisibile che i contratti collettivi si adeguino alla Costituzione e alla giurisprudenza costituzionale, M.G. RODOMONTE, *In margine a un nuovo "no" della Corte costituzionale a tentativi di "cooptazione" di dipendenti pubblici*, in *QC*, 2003, 335 e in part. nota n. 48.

⁶⁶ *Pro*: M. OLIVETTI, *Riflessioni sulla giurisdizione relative alle vertenze per le "progressioni verticali"*; *Id.*, *La conformità costituzionale della concezione monastica della carriera alle dipendenze della pubblica Amministrazione*, in *www.lexitalia.it*. *Contra*: L. TAMASSIA, *La valorizzazione della professionalità nel sistema contrattuale tra sviluppo professionale e progressione verticale: l'evoluzione del sistema*, in *RPEL*; P. VIRGA, *Progressione verticale mediante procedure selettive*, in *www.lexitalia.it*.

di generalizzata cooptazione, che pone in evidenza gravi elementi di irragionevolezza.

La previsione della sola riqualificazione interna anche nel pubblico impiego privatizzato è costituzionalmente illegittima. Il concorso mantiene valore di regola generale anche per la progressione interna. Il problema della legittimità della riserva dei posti vacanti ai soli interni, nell'ambito del procedimento di privatizzazione del rapporto di lavoro, è risolto nel senso che trovano applicazione il principio del concorso e quello della riserva dell'accesso dall'esterno.

La Corte, con la sentenza n. 89/2003, ha affermato che non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, nella parte in cui, diversamente da quanto previsto per il lavoro privato, esclude che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle Amministrazioni, possa comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime Amministrazioni. Il lavoro pubblico non è assimilabile, sotto ogni aspetto, a quello privato, atteso che, limitando l'esame al solo profilo genetico del rapporto, il principio fondamentale per l'instaurazione del rapporto di impiego pubblico è quello, del tutto estraneo alla disciplina privata, dell'accesso mediante concorso. Il concorso rende palese la disomogeneità delle situazioni e giustifica la scelta del Legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione conseguenze di carattere risarcitorio, in luogo della conversione in rapporto a tempo indeterminato per i lavoratori privati.

Con la sentenza n. 205/2004, il giudice costituzionale ha sostenuto che l'art. 97, co. 3, Cost., trova applicazione anche al pubblico impiego privatizzato. La Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali norme che prevedono una procedura di corso-concorso totalmente riservata al personale già in servizio presso la medesima Amministrazione con contratti di natura privata, e non reclutato, a suo tempo, mediante concorso. La possibilità di derogare al concorso, a favore dell'interesse pubblico, è rimessa al Legislatore, nei limiti della non manifesta irragionevolezza, individuando casi eccezionali⁶⁷, senza che alcun vincolo possa ravvisarsi in un'esigenza di uniformità di trattamento rispetto alla disciplina dell'impiego privato, cui il concorso è del tutto estraneo.

Il Legislatore, sia statale che regionale, non può prevedere indebite sottrazioni al principio del concorso, che svolge il ruolo di pilastro del sistema di reclutamento pubblico. Pertanto, si afferma l'ineludibilità del concorso anche per l'accesso al pubblico impiego privatizzato.

Il concorso è uno dei diversi principi, che insieme compongono il sistema costituzionale amministrativo. Questi principi, presenti sia nella prima che nella seconda parte della Costituzione, riguardano tutte le Amministrazioni. La Corte costituzionale è chiamata a ribadire che i principi amministrativi continuano a

⁶⁷ Corte cost., sentt. n. 205/1996 e n. 320/1997.

porsi rispetto alla legge come parametri di legittimità. I limiti derivanti da tali principi svolgono anche la funzione di assicurare quell'equilibrio tra unità e autonomia sintetizzato nell'art. 5 Cost. L'attuazione di questi principi costituzionali previene situazioni produttive di un'ingiustificata e irragionevole discriminazione nel godimento di diritti costituzionalmente rilevanti e riconosciuti *erga omnes*.

Il presupposto della doverosità di far propri tutti i principi amministrativi poggia sulla considerazione dell'implicita connessione fra i diversi principi, che, nel loro insieme, svolgono una funzione di garanzia dell'equilibrio del sistema costituzionale amministrativo. Tali principi svolgono quel ruolo uniformante l'intero sistema amministrativo, senza i quali ci sarebbero problemi di armonizzazione tra le diverse Amministrazioni.

I principi amministrativi sono contenuti nella stessa Costituzione che, nella sua interezza, viene indicata all'art. 117, co. 1, Cost., come limite diretto e comune all'esercizio delle diverse potestà legislative⁶⁸. I principi enunciati dal giudice costituzionale vanno applicati al pubblico impiego privatizzato, in quanto si tratta di principi generali ed indefettibili. Essa ha il compito di individuare un punto di equilibrio tra l'evoluzione dell'Amministrazione pubblica e il rispetto della Costituzione amministrativa, in base alla portata di ogni riforma legislativa, nonché in base all'essenza dei principi relativi all'organizzazione e all'ordinamento amministrativo.

In materia di pubblico impiego privatizzato, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 146/2008, ha affermato che malgrado la progressiva assimilazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche Amministrazioni con quello alle dipendenze dei datori di lavoro privati, sussistono ancora differenze sostanziali che rendono le due situazioni non omogenee⁶⁹. Per tale motivo è da ritenere ammissibile una disciplina differenziata del rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato, in quanto il processo di omogeneizzazione incontra il limite della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali⁷⁰.

⁶⁸ V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 113.

⁶⁹ Cfr., Cass., S.U., sentt. 8 luglio 2008 n. 18622; 14 maggio 2007, n. 10939; e 28 giugno 2006, n. 14847.

⁷⁰ Corte cost., sent. n. 275/2010. In particolare, la Corte costituzionale rileva che la specificità del lavoro pubblico, per il quale rileva l'art. 97 Cost. (già Corte cost., sentenza n. 367/2006), legittima differenziazioni di trattamento rispetto al lavoro privato; in particolare, le peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego, che è efficace *erga omnes*, funzionale all'interesse pubblico di cui all'art. 97 Cost., inderogabile sia *in peius* che *in melius*, oggetto di diretto sindacato da parte della Corte di cassazione per violazione o falsa applicazione, influiscono anche sul piano processuale determinando l'impossibilità di ritenere *a priori* irrazionali le peculiarità della diversa disciplina (già Corte cost., sentenza n. 199/2003).

Il diritto privato è entrato nel cuore dell'organizzazione amministrativa⁷¹, ma esso può essere ammesso in base ad *adattamenti* strettamente collegati ai diversi principi costituzionali sulla Pubblica Amministrazione. Riformare in senso privatistico l'impiego pubblico rappresenta una necessità per l'Amministrazione che vuole stare al passo con i tempi, ma tale previsione non può comportare il superamento del principio del concorso pubblico. In tal senso nella recente sentenza costituzionale n. 167/2013 si conferma che il trasferimento dei lavoratori, non da pubblico a privato, ma da dipendenti privati a dipendenti pubblici, anche in regime di lavoro privatizzato, presuppone un passaggio di *status* giuridico che correttamente, ad avviso della Corte costituzionale, non può avvenire in assenza di una prova concorsuale aperta al pubblico.

7. *Riflessioni conclusive.*

Le sentenze n. 137 e 167 del 2013 risultano significative per confermare il concorso come un principio essenziale dell'ordinamento giuridico⁷², la netta ripartizione della materia dell'organizzazione amministrativa tra Stato e Regioni e i limiti alla privatizzazione dell'impiego pubblico.

Nella maggior parte dei moderni Stati di diritto si rinvencono norme volte ad evitare che la nomina dei pubblici impiegati sia fatta secondo favoritismi e arbitri di sorta⁷³. L'imparzialità si pone quale nodo centrale con cui valutare il sistema di reclutamento, in quanto l'Amministrazione si deve identificare nella cura degli affari della generalità delle persone⁷⁴. Lo stesso Costituente precisava che l'inserimento della regola del concorso ha il significato di stabilire “in forma solenne che non si può entrare a far parte di una pubblica Amministrazione per tramite di favoritismi.”⁷⁵

In un ordinamento democratico, che affida all'azione amministrativa, separata nettamente da quella di governo, il perseguimento imparziale delle finalità pubbliche dall'ordinamento, il principio del concorso pubblico impone che le verifiche concorsuali siano indipendenti da ogni considerazione connessa alle

⁷¹ G. REBUFFA, *La trasformazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981, 180; P. Virga, *La privatizzazione del pubblico impiego*, Milano, 2002, 34; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 5.

⁷² R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *FA*, 2002, 1994.

⁷³ Cfr., D. TAMMASONE, *L'attività dell'Amministrazione nel concorso a pubblico impiego*, Firenze, 1926, 21, e A. PETROZZIELLO, *Il pubblico impiego*, in V.E. ORLANDO (a cura di) *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, II, Milano, 1935, 17 e 163.

⁷⁴ G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e Amministrazione*, Padova, 1994, 393.

⁷⁵ *Assemblea costituente*, Seconda Commissione, prima Sez., 14 gennaio 1947, 123; in merito, si veda C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 256.

condizioni personali dei vari concorrenti, avendo importanti ripercussioni di carattere sociale⁷⁶.

Al fine di assicurare la generalità della regola del concorso pubblico, l'area delle eccezioni va, pertanto, delimitata in modo rigoroso tramite parametri di valutazione misurabili.

La condotta amministrativa per l'assunzione di personale deve rispettare il principio di concorsualità e di trasparenza. Le scelte discrezionali delle Amministrazioni sono sindacabili, in quanto il potere discrezionale, per sua natura, è esercitabile soltanto in presenza di una pluralità di soluzioni alternative tutte ugualmente consentite dalla legge e, quindi, lecite.

Le Pubbliche Amministrazioni possono provvedere all'assunzione di personale in base alla legge, e nel rispetto di ogni elementare principio di correttezza amministrativa, come quello della concorsualità, della trasparenza, e anche della copertura economica⁷⁷.

Con la riforma del Titolo V Cost., il riparto delle competenze legislative regionali risulta improntato ad una maggiore autonomia sia in termini quantitativi, per le numerose materie ascritte e ascrivibili a favore delle Regioni, che in termini qualitativi, per la sostanza delle singole materie per le Regioni.

La Corte costituzionale diviene lo strenuo difensore del rispetto dei criteri di ripartizione delle diverse competenze legislative, e dei diversi principi costituzionali sull'Amministrazione pubblica che compongono la Costituzione amministrativa, quale fondamento dell'ordinamento repubblicano.

In un ordinamento democratico, anche policentrico qual è divenuta la Repubblica, l'unità del sistema costituzionale passa attraverso il riconoscimento di un modello di organizzazione e di azione amministrativa volto al perseguimento imparziale delle finalità di interesse pubblico.

Il diritto regionale è entrato nel cuore dell'organizzazione amministrativa. Riformare in senso autonomistico l'organizzazione amministrativa rappresenta una necessità per l'Amministrazione che vuole stare al passo con i tempi, ma tale previsione non può comportare il superamento dell'unità giuridica amministrativa⁷⁸.

⁷⁶ M. CERASE, *Pubblica Amministrazione. Un'analisi sociologica*, Milano, 2002, 78.

⁷⁷ La Corte dei conti, Sez. Giur. Regione Abruzzo, con la sent. n. 596/2007, afferma la sussistenza del danno erariale per il conferimento illegittimo di incarichi impiegatizi, perché sono da considerare ingiustificate le somme erogate da un Comune in adempimento di contratti illegittimi, dal momento che specie si ravvisa il voluto aggiramento di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento, strettamente correlata ai principi di buona Amministrazione che presiedono all'assunzione di personale pubblico.

⁷⁸ Sulle difficoltà nel bilanciare autonomia e unità si vedano le riflessioni conclusive di G. Astuto, *L'Amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo*, Roma, 2011, 334-342.

Ben venga l'ammodernamento amministrativo, ma ciò non si può spingere oltre il limite del nucleo duro della *Costituzione amministrativa*. La pubblica Amministrazione, infatti, conserva pur sempre, anche in presenza di un rapporto di lavoro sempre più privatizzato e contrattualizzato, una connotazione peculiare, essendo tenuta al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa⁷⁹.

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 82/2003. E si veda per un'analisi critica, E. BALBONI, *Regioni e amministrazione: un approccio critico, alcuni decenni dopo*, in L. VANDELLI (a cura di), *Il governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali*, Bologna, 2012, 113 ss.

Hanno collaborato a questo numero:

Sandro Amorosino

Professore ordinario di Diritto dell'economia nell'Università di Roma La Sapienza

Lucia Corso

Professore associato di filosofia del diritto, Università Kore di Enna

Bruno Di Giacomo Russo

Professore a contratto di diritto costituzionale, Università Bicocca di Milano

Roberto Di Maria

Professore associato di diritto costituzionale, Università Kore di Enna

Francesco Follieri

Avvocato e dottore di ricerca in Diritto amministrativo

Pierangelo Grimaudo

Professore associato di Istituzioni di diritto, Università di Messina

Antonio Ruggeri

Professore ordinario di diritto costituzionale, Università di Messina

Mario R. Spasiano

Professore ordinario di diritto amministrativo, Seconda Università di Napoli

Paolo Tanda

Ricercatore confermato di diritto amministrativo, UNICUSANO telematica di Roma

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI LUGLIO 2014
DALLA TIPOGRAFIA LA BUONA STAMPA srl
CASERTA

