

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

2

2013 · ANNO XXXIV
aprile/giugno

LA NUOVA DISCIPLINA
ANTICORRUZIONE

DIRETTORE DELLA RIVISTA
Gianluca Gardini

COMITATO DI DIREZIONE
Filomena Terzini
Luigi Benedetti
Francesca Paron

REDAZIONE
Marina Caporale
Simone Calzolaio
Annamaria De Michele
Francesca Palazzi
Claudia Tubertini

EDITING
Carlo Pedrazzi

DIREZIONE E REDAZIONE
Regione Emilia-Romagna
Servizio innovazione e semplificazione amministrativa
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Fax 051 5277674
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: www.regione.emilia-romagna.it/affari-ist/federalismo

EDITORE
Maggioli Editore presso c.p.o. Rimini,
via Coriano, 58 – 47924 Rimini
tel. 0541.628111 – fax 0541.622100
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628779
Sito web: www.maggioli.it
E-mail: abbonamenti@maggioli.it
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2000

Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA
Titanlito – Dogana R.S.M.

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Pubblicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824
Direttore responsabile: Piero Venturi

COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitarese Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

 **Regione Emilia-Romagna**


**MAGGIOLI
EDITORE**

Condizioni di abbonamento

La quota di abbonamento alla Rivista per il 2013 è di € 139,00 da versare sul c.c. postale n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. – Periodici, Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).

La Rivista è disponibile nelle migliori librerie.

Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 25,00.

Il prezzo per ciascun fascicolo arretrato è di € 29,00.

I prezzi suindicati si intendono Iva inclusa. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno.

La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo

INDICE

SAGGI E ARTICOLI

- 349 L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa
Francesco Merloni
- 377 Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici
Enrico Carloni
- 409 La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali
Benedetto Ponti
- 425 Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale
Marco Magri
- 453 Di alcune "regolarità" nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V
Simone Calzolaio
- 477 La delegittimazione della classe politica regionale
Maurizio Cerruto

NOTE E COMMENTI

- 509 Crisi, scioglimento anticipato e nuove elezioni nelle Regioni Lazio e Lombardia: una lettura in parallelo
Daniele Coduti
- 535 Scioglimento del Consiglio regionale e nuove elezioni: il caso Molise
Michele Della Morte e Bruno De Maria

- 551 **La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi**
Edoardo Nicola Fragale
- 583 **Beni comuni e servizi pubblici: utilità sociale e gestione democratica**
Nicola Giannelli

OSSERVATORIO REGIONALE

- 617 **Governo locale e benessere dei cittadini: i costi evitabili della frammentazione**
Sabrina Iommi

LETTURE E SEGNALAZIONI

- 643 **E. ÁLVAREZ CONDE, A. GARCÍA-MONCÓ, R. TUR AUSINA, *Derecho Autonómico*, Madrid, Tecnos, 2013**
Sabrina Ragone
- 647 **Table of contents and abstracts**
- 653 **Note sugli autori**

L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa

Francesco Merloni

Abstract

Il contributo, dopo avere rilevato la tendenza della recente legislazione anticorruzione ad imporre soluzioni uniformi per l'intero sistema amministrativo, si sofferma sulle soluzioni in concreto adottate. Da un lato l'incertezza del legislatore statale che, a tratti, emerge, è solo attenuata nel coinvolgimento "a valle", con le intese, delle Regioni e degli enti locali per la fissazione degli adempimenti attuativi delle nuove misure. Dall'altro esistono situazioni diversificate che vanno da imposizioni lesive dell'autonomia organizzativa degli enti territoriali all'adozione di regole nazionali, aperte ad una differenziazione virtuosa (ad elevare i livelli di garanzia dell'imparzialità amministrativa). Nelle conclusioni si avanzano ipotesi di contemperamento tra esigenze unitarie e di differenziazione con riforme anche di rango costituzionale.

1. Premessa. Limiti e implicazioni della legislazione anticorruzione

La legge 190/2012 costituisce il primo tentativo dell'ordinamento italiano di darsi una disciplina organica della lotta alla corruzione, nella quale convergano, in modo coordinato, misure di prevenzione e misure di repressione (prevalentemente penale), di cui ci si preoccupa di garantire l'efficacia con la predisposizione di strumenti operativi e autorità *ad hoc*. Il peso che nella legge viene attribuito alla prevenzione amministrativa della corruzione è un'assoluta novità per l'ordinamento italiano, che fino allora aveva adottato solo pochissime misure, tra le quali va ricordata la travagliata vicenda dell'autorità nazionale anticorruzione¹.

(1) Dapprima costituita (nel 2003) nella veste dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministra-

La crescente attenzione internazionale sui temi della corruzione (dapprima come fattore di alterazione dei commerci internazionali, poi come fattore di affidabilità dei singoli paesi quanto alla garanzia di imparzialità, negli scambi tra privati e nei comportamenti delle pubbliche amministrazioni) ha dato luogo a numerose convenzioni internazionali², sottoscritte dal nostro paese, ma poi ratificate con molto ritardo³. Una prima accelerazione nella legislazione anticorruzione si è verificata con il Rapporto di *monitoring* del GRECO sull'Italia del 2009, che rivolgeva al nostro paese molte critiche e molte raccomandazioni, tra le quali l'adozione di un piano nazionale organico di lotta alla corruzione e la configurazione di un'autorità nazionale anticorruzione che avesse spiccati tratti di indipendenza dal governo. La pressione internazionale ha indotto il governo Berlusconi a presentare un ddl, primo firmatario il Ministro della Giustizia Alfano, approvato il 1°

zione e poi, dopo la soppressione (nel 2008) di questo, nella veste di un Servizio anticorruzione e trasparenza (SAET), modesto ufficio di supporto al Presidente del Consiglio (o al Ministro da lui delegato, il Ministro per la Pubblica amministrazione). La vicenda è ricostruita da G. SCIULLO, *L'alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli*, Milano, Angeli, 2009.

(2) Vedi l'attenta ricostruzione di S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze-Antella, Passigli, 2010.

(3) Si vedano: *a*) la Convenzione dell'OCSE del 1997, che ha dato luogo ad un apposito gruppo di lavoro il *World Group against Bribery* (WGB), cui l'Italia partecipa fin dalla costituzione, che redige da allora rapporti periodici sulla situazione dei diversi paesi che aderiscono al Gruppo; *b*) la Convenzione dell'ONU contro la corruzione (UNCAC) di Merida del 2003 ratificata dall'Italia con la legge 116/2009. La convenzione ha dato luogo alla Conferenza degli Stati parte, cui l'Italia partecipa a partire dall'avvenuta ratifica; le due Convenzioni, penale (1998) e civile (1999), contro la corruzione del Consiglio d'Europa hanno dato luogo al GRECO (*Groupe Européen contre la Corruption*), cui l'Italia partecipa, dal 2007, anche prima della ratifica, che effettua periodiche visite di *monitoring*. Particolarmente rilevante anche per i suoi effetti sul dibattito interno italiano il rapporto di *monitoring* pubblicato dal GRECO il 2 luglio 2009. Non va trascurata la crescente attenzione dell'Unione europea sul tema (testimoniata dall'adozione dei "Dieci principi" (di cui alla Comunicazione (COM/2003/0317)). Si veda anche il rapporto anticorruzione della Ue. Vedi la Comunicazione (COM/2011/308), nonché l'avvio di una politica anticorruzione del G8. Si veda il *2009 Accountability Report*, consultabile sul sito del G8 dell'Aquila.

marzo 2010. Il ddl ha avuto un lunghissimo *iter* parlamentare, che ha subito una forte accelerazione con la costituzione del governo Monti, il quale ha presentato un consistente pacchetto di emendamenti, soprattutto in materia di prevenzione amministrativa della corruzione. L'*iter* si è concluso solo con l'approvazione definitiva della Camera del 31 ottobre 2012. Il risultato complessivo presenta, inevitabilmente, luci ed ombre: pessima la tecnica legislativa imposta dalla gestione del ddl in Parlamento⁴, con un'evidente difficoltà nella comprensione della partizione delle materie oggetto dell'intervento normativo; negativa l'esclusione di materie pur centrali nella lotta alla corruzione. Mentre costituiscono il cuore della prevenzione i piani anticorruzione, la trasparenza e le misure di garanzia dell'imparzialità dei funzionari amministrativi, fuori restano aspetti altrettanto qualificanti, quali i controlli⁵, il generale tema dei rapporti tra interessi privati e cura dell'interesse pubblico⁶, la disciplina dei partiti politici e la relativa trasparenza. Pur con questi limiti la legge costituisce il primo tentativo di un approccio globale, non una risposta definitiva al tema, che cerca di aggredire i fenomeni di maggiore rilevanza.

2. La lotta alla corruzione come politica che tende a imporre soluzioni uniformi

Con la legge 190/2012, si è compreso, il legislatore nazionale tenta di presentarsi come il primo protagonista di una nuova politica anticorruzione. Lo spingono in questa direzione: la pressione internazionale, una maggiore attenzione del mondo imprenditoriale e della società civile in generale, la considerazione del costo economico pesantissimo che la corruzione crea⁷.

(4) La legge consta di due articoli, un primo, *monstre*, di 73 commi e un secondo dedicato alla sola clausola di invarianza finanziaria.

(5) Come si ricorda, il capo relativo ai controlli negli enti locali era già stato stralciato nella discussione del ddl in Senato.

(6) Che porta con sé la problematica del procedimento amministrativo, della regolamentazione delle *lobbies* (nei loro rapporti con gli organismi di normazione, ma anche di amministrazione attiva), dei conflitti di interesse per i componenti degli organi politici.

(7) Negli ultimi anni la relazione annuale del Presidente della Corte dei conti ha quan-

Il governo e il Parlamento non hanno dubbi sulla dimensione essenzialmente nazionale della risposta al fenomeno della corruzione: solo lo Stato, vincolato a ciò da convenzioni internazionali e sottoposto a verifiche circa l'effettivo adempimento delle obbligazioni internazionali in tal modo assunte, è in grado di adottare un'organica politica anticorruzione. Alla dimensione nazionale della risposta spinge proprio la pressione internazionale, di regola indifferente all'articolazione istituzionale e amministrativa interna dei paesi che sottoscrivono le convenzioni internazionali: ciò che conta è che lo Stato adotti tutte le misure che consentono al complesso delle istituzioni comprese nel suo sistema amministrativo di combattere la corruzione. Non si trascuri che le convenzioni che abbiamo richiamato richiedono, come prima dimostrazione, che lo Stato stia operando seriamente, con la costituzione di un'autorità *nazionale* anticorruzione e l'adozione di un piano *nazionale* anticorruzione.

Con questo viatico si comprende la relativa disattenzione al tema del coinvolgimento degli enti territoriali autonomi nella politica anticorruzione, sia sul versante della individuazione delle misure sia su quello della loro effettiva attuazione. Il ddl iniziale, anche nel testo approvato in prima lettura al Senato, dedicava al tema un articolo molto succinto, fondato sulla consueta tecnica dell'*adeguamento* degli ordinamenti autonomi alle disposizioni della legge destinate alla prevenzione della corruzione⁸. In questo primo approccio, lo Stato sembra non preoccuparsi né dei titoli competenziali che lo legittimano ad adottare discipline nazionali, né dei modi in cui le misure previste nelle disposizioni nazionali si debbano attuare in sede regionale e locale.

tificato in circa 60 miliardi di euro il costo della corruzione. Il calcolo è effettuato in modo approssimativo (costituisce il 3% del Pil annuale), ma contribuisce a dare una idea dell'impatto economico della corruzione e dei benefici effetti di una sua, se non eliminazione, forte riduzione.

(8) Si veda l'art. 6. dell'originario ddl, rubricato *Principi generali per Regioni ed enti locali*: "1. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, nonché gli enti locali adeguano, compatibilmente con le disposizioni previste dagli statuti e dalle relative norme di attuazione in materia, i propri ordinamenti alle disposizioni di cui agli artt. da 1 a 5 della presente legge".

Come si vedrà, il testo finale della legge 190/2012 contiene una correzione sostanziale di questo primo indirizzo, che deve essere valutata e criticata, ma che dimostra una maggiore consapevolezza del tema, pur in un clima generale di tendenziale sottovalutazione. Per un'adeguata valutazione si tenterà, di seguito, di esaminare lo stato della questione dei titoli di legittimazione dello Stato nell'adozione di discipline per le quali la competenza legislativa non appare chiara (soprattutto dopo il nuovo Titolo V) e le soluzioni concretamente adottate dalla legge 190/2012.

3. I titoli di legittimazione dello Stato nella imposizione di soluzioni uniformi

Si tratta di un argomento delicato e complesso che ha visto una notevole attenzione delle Regioni, soprattutto in sede di contenzioso davanti alla Corte costituzionale. Qui ci occupiamo solo della possibilità per lo Stato, in assenza di titoli di legittimazione espliciti, di dettare norme uniformi che possano avere effetti negativi, di lesione, sull'autonomia organizzativa delle Regioni e degli enti locali⁹. Il problema deve essere qui richiamato nei suoi elementi essenziali.

Primo. Nella storia delle istituzioni amministrative italiane le principali innovazioni dell'amministrazione, continuano ad essere "calate dall'alto", metodo che risale a consolidate tradizioni nella stessa concezione italiana di autonomia locale e sulla concezione dell'uniformità organizzativa come la prima garanzia dell'uguaglianza dei cittadini nel godimento dei loro diritti su tutto il territorio nazionale¹⁰.

(9) Un tema particolarmente a cuore alla "scuola perugina" del diritto amministrativo, a partire dallo studio di E. CARLONI, *Lo Stato differenziato*, Torino, Giappichelli, 2004. Si vedano anche A. PIOGGIA, *Gli enti locali di fronte all'attuazione della riforma Brunetta. Chi crede nelle autonomie?*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, Bononia University Press, 2012 e F. MERLONI, *Il ruolo della Regione nella costruzione di una nuova amministrazione territoriale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Milano, Giuffrè, 2012.

(10) In F. MERLONI, *Il ruolo della Regione nella costruzione di una nuova amministrazione territoriale*, cit., si ricorda come si tratti di una storia che "attraversa la stessa disciplina dell'ordinamento degli enti locali, con testi unici lunghi e dettagliatissimi, nei

Secondo. Il nuovo Titolo V ha sancito la rottura del principio di uniformità organizzativa: lo Stato può disciplinare solo la propria organizzazione amministrativa e quella degli enti pubblici nazionali (art. 117, comma 2, lett. g)¹¹ e non dispone più di strumenti generali, quali l'individuazione di principi generali dell'ordinamento, né di principi generali nella materia dell'organizzazione amministrativa, che è materia esclusiva statale, non concorrente. Al più ampio decentramento delle funzioni amministrative, corrisponde il pieno riconoscimento di autonomia normativa che, riferita all'organizzazione (generale e delle singole funzioni), significa accettazione della differenziazione organizzativa dell'amministrazione territoriale.

Terzo. Nonostante la garanzia costituzionale dell'autonomia organizzativa degli enti territoriali, lo Stato ha dimostrato in questi anni di continuare nella predeterminazione di soluzioni organizzative generali, da applicarsi in tutte le amministrazioni pubbliche, qualificando (autoqualificando) determinate disposizioni di legge statali come rientranti nella competenza legislativa dello Stato.

Quarto. Le tecniche adottate sono diverse: a) un'interpretazione estensiva delle materie di sicura competenza legislativa esclusiva dello Stato: si pensi agli "organi di governo" o alle "funzioni fondamentali"¹² degli enti locali (art. 117, comma 2, lett. p); oppure alle materie

quali i funzionari locali (a partire dai segretari di Comuni e Province) trovassero il loro 'manuale' operativo, l'*handbook*, la risposta concreta ai problemi dell'amministrazione quotidiana, ma riguarda le stesse Regioni, inserite nella Costituzione del 1948 come (unico?) segno di discontinuità rispetto al mantenimento delle grandi linee del sistema amministrativo ereditato dallo Stato liberale e fascista, rimaste a lungo non attuate e poi cresciute molto di più sul versante amministrativo, delle funzioni direttamente ed effettivamente esercitate, che non su quello legislativo (della differenziazione delle regole fino ad allora uniformi) e della programmazione".

(11) Per una compiuta ricostruzione di questa novità si veda E. CARLONI, *Lo Stato differenziato*, cit.

(12) Secondo una recente tendenza allo Stato spetterebbe non solo determinare quali siano le funzioni fondamentali, ma anche, una volta determinate, fissare la loro disciplina. Per una decisa critica di questa tendenza e dell'avallo che le dà la Corte costituzionale (sent. 307/2009), si veda F. MERLONI, *Una new entry tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materia regionali: le "funzioni fondamentali" degli enti locali*, in *Le Regioni*, 4, 2010, p. 794 ss. Sulla nozione di funzioni fondamentali e sulle sue recenti vicende si veda F. MERLONI, *Semplificare il governo locale? Partiamo dalla funzioni*, in

dell'“ordinamento civile” o della “giustizia amministrativa” (lett. *l*); *b*) un'applicazione estensiva di alcune materie c.d. “trasversali”, quali la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni” (lett. *m*), o la “tutela della concorrenza” (lett. *e*), spesso richiamando insieme più titoli di legittimazione (senza peraltro specificare quali disposizioni appartengano all'uno o all'altro titolo di competenza legislativa statale¹³); *c*) in assenza di un più o meno agevole riferimento alle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato, si ricorre ad altri titoli di legittimazione, non espressamente previsti in Costituzione, quali il potere statale di fissare i principi direttamente derivanti da principi costituzionali e i principi generali dell'ordinamento¹⁴, ovvero utilizzare la riserva di legge come titolo abilitante la disciplina con legge statale¹⁵.

S. MANGIAMELI (a cura di), *Le Autonomie della Repubblica: la realizzazione concreta*, Milano, Giuffrè, 2013.

(13) L'esempio più recente e significativo è costituito dall'art. 74 del d.lgs. 150/2009 (“Brunetta”), che individua una lunga serie di articoli (11, commi 1 e 3, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 54, 57, 61, 62, comma 1, 64, 65, 66, 68, 69 e 73, commi 1 e 3).

(14) Di nuovo l'esempio più significativo si ritrova nel d.lgs. 150/2009. Il secondo comma dell'art. 74 prevede, infatti, che una serie di disposizioni del decreto (artt. 3, 4, 5, comma 2, 7, 9, 18, 23 e 24, 25 e 26, 27) tutte attinenti all'organizzazione amministrativa di Regioni ed enti locali, siano da applicarsi da parte di questi ultimi in quanto recano previsioni “di diretta attuazione dell'art. 97 della Costituzione” e costituiscono “principi generali dell'ordinamento”. I limiti del meccanismo sono evidenziati in F. MERLONI, *Il ruolo della Regione*, cit., nel quale si considera scontato il dovere di rispetto della norme costituzionali da parte di Regioni ed enti locali, peraltro chiaramente espresso dal comma 1 dell'art. 117 Cost. così come la possibilità di rinvenire nelle norme costituzionali alcuni principi generali in materia di organizzazione amministrativa.

(15) Sempre in F. MERLONI, *Il ruolo della Regione*, cit. si ricorda che non si può affermare che “Lo Stato sarebbe legittimato a porre principi che condizionino le scelte organizzative delle autonomie territoriali in tutti i casi in cui la materia sia soggetta a riserva di legge, quindi anche al di là dell'individuazione dei principi direttamente derivanti da principi costituzionali. L'argomento non tiene: in primo luogo esso non vale per le Regioni, che hanno lo strumento legislativo. Se siamo in materia di organizzazione amministrativa questa non è riservata, neanche per la fissazione di principi, allo Stato. In secondo luogo non vale per gli enti locali, i quali dispongono, è vero, del solo strumento regolamentare, soggetto alla legge, ma qui vale l'esclusione di una competenza dello Stato quando si tratta di un'organizzazione amministrativa diversa dalla propria (e degli enti pubblici nazionali). Esclusione rafforzata, come si è visto, dalla garanzia dell'autonomia normativa in materia di organizzazione delle funzioni (art. 117, comma

Le tecniche segnalate sono state variamente e spesso congiuntamente utilizzate anche per interventi legislativi dello Stato che avevano oggetti diversi dalla fissazione di regole uniformi in materia di organizzazione. Si consideri la vasta materia dell'azione amministrativa, a partire dalla disciplina generale del procedimento amministrativo, la legge 241/1990 (e successive modificazioni) nella sua complessa disciplina relativa all'applicazione negli enti territoriali autonomi (l'art. 29). Qui, nelle successive stesure della norma, sembra si possa distinguere tra le disposizioni dichiarate di diretta applicazione (senza alcuna indicazione del titolo legittimante, ma in generale riconducibili alla materia "giustizia amministrativa", in quanto volte alla tutela delle situazioni giuridiche nel procedimento) e le disposizioni che, al di fuori di finalità di tutela, abbiano un impatto sull'organizzazione delle amministrazioni regionali e locali. Per queste ultime l'art. 29 fa espreso riferimento alla materia "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni", dando luogo alla possibilità, almeno in astratto, di regole regionali e locali in grado di garantire livelli qualitativi più elevati. Si tratta di un'operazione più chiara delle precedenti, ma non priva di limiti, soprattutto quando non sia agevole ricondurre i diritti dei cittadini (partecipazione, termini, accesso) ai livelli essenziali, perché non è agevole individuare una vera e propria "prestazione" nel procedimento amministrativo¹⁶. L'operazione realizzata con riferimento al diritto di accesso è stata poi replicata per i più generali doveri (delle amministrazioni) e diritti (dei cittadini) in materia di trasparenza¹⁷. Ma l'intervento della legge statale non si è fermato qui. Lo Stato, negli ultimi anni, anche sulla forte pressione della crisi finanziaria,

6). Quindi o si tratta di principi costituzionali e allora vale il discorso fatto in precedenza, ovvero si tratta di altre soluzioni organizzative per le quali lo Stato non ha strumenti di imposizione con propria legge".

(16) Per una valutazione sostanzialmente positiva del tentativo statale di imporre a tutte le amministrazioni pubbliche i principi generali sul procedimento si veda M. COCCONI, *Il giusto procedimento tra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5, 2010, p. 1021 ss.

(17) Ancora una volta in questa direzione si veda il d.lgs. 150/2009, all'art. 11, comma 1, e all'art. 16.

è largamente intervenuto sul sistema amministrativo locale con un crescendo di norme¹⁸ che hanno riguardato non solo gli organi di governo regionali (nonostante la riserva di statuto e di legge regionale in materia) e locali, ma l'organizzazione interna degli enti locali, le loro forme associative e la modifica delle circoscrizioni comunali (queste ultime due materie di competenza regionale residuale, non più statale) e provinciali (materia di competenza statale, ma difficilmente esercitabile senza il concorso delle Regioni). Il tutto evitando ormai di rivendicare un preciso titolo di legittimazione all'intervento della legge statale. Si direbbe che la crisi finanziaria venga considerata come una situazione di tale gravità da giustificare anche interventi legislativi *extra ordinem*, nei quali l'esigenza di una normazione unitaria e uniformante che si imponga all'intero sistema amministrativo e in qualche caso prevalga su disposizioni normative in contrasto trova una nuova giustificazione nell'emergenza.

In conclusione: da tempo assistiamo ad interventi legislativi dello Stato non più forniti, dopo la riforma del Titolo V, di adeguato fondamento costituzionale, che vengono legittimati in modo confuso e contraddittorio o per i quali, più di recente, non viene neanche ricercato un adeguato titolo di competenza legislativa. È in questo contesto che si devono valutare le disposizioni della legislazione anticorruzione sull'adeguamento di Regioni ed enti locali alle novità da essa introdotte.

4. Le disposizioni in materia di adeguamento di Regioni ed enti locali alla legislazione anticorruzione

Le disposizioni volte ad assicurare l'adeguamento di Regioni ed enti locali alla legislazione anticorruzione sono numerose e si trovano tanto nella legge 190/2012 quanto nei singoli atti normativi attuativi.

(18) Si vedano: la legge finanziaria per il 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191); il d.l. 2/2010 (convertito in legge dalla legge 42/2010), che corregge la legge 191/2009 appena approvata; il d.l. 78/2010 (convertito in legge dalla legge 122/2010); il d.l. 138/2011 (convertito in legge dalla legge 148/2011); il d.l. 95/2012 (convertito in legge dalla legge 135/2012). Per una valutazione critica di questa legislazione si veda G. GARDINI, *Le autonomie ai tempi della crisi*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2011 e ancora, sotto il profilo della legittimazione statale, F. MERLONI, *Il ruolo della Regione*, cit.

4.1. Nella legge 190/2012

Cominciamo dalla legge 190/2012, che contiene tre disposizioni di carattere generale:

a) il comma 59, che qualifica tutte le disposizioni precedenti (dal comma 1 al comma 57 dell'art. 1) come “di diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione” e ne ricava l'applicabilità “in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni”;

b) il comma 60, che prevede “intese in sede di Conferenza unificata” per identificare “gli adempimenti, con l'indicazione dei relativi termini, delle Regioni [...] e degli enti locali, nonché degli enti pubblici e dei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo, volti alla piena e sollecita attuazione delle disposizioni della presente legge”, con l'indicazione degli adempimenti più significativi (piani di prevenzione della corruzione, regolamenti sugli incarichi esterni vietati ai pubblici dipendenti, codici di comportamento delle singole amministrazioni);

c) il comma 61, con il quale il meccanismo dell'intesa viene esteso anche alla definizione “degli adempimenti attuativi delle disposizioni dei decreti legislativi previsti dalla presente legge”.

Si devono, poi, considerare le disposizioni relative all'adeguamento contenute nei singoli provvedimenti attuativi.

4.2. Nel Piano nazionale anticorruzione

Per i piani anticorruzione delle amministrazioni non si dispone ancora del Piano nazionale, che potrebbe anch'esso contenere disposizioni sulla sua attuazione.

4.3. Nei regolamenti sugli incarichi vietati ai pubblici dipendenti

Anche quanto ai regolamenti sugli incarichi vietati ai dipendenti non risultano ancora adottati quelli di livello nazionale. Anche in questo caso non siamo in grado di valutare l'esistenza di norme specifiche per l'adeguamento di Regioni ed enti locali.

4.4. Nel d.P.R. 62/2013 (codice di comportamento)

Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, il d.P.R. 62/2013,

invece, contiene specifiche disposizioni sulla sua applicazione, all'art. 2, comma 4¹⁹.

4.5. Nel d.lgs. 33/2013 (codice della trasparenza)

Altrettanto fa il d.lgs. 33/2013 in materia di trasparenza, in due diverse disposizioni: una all'art. 1, comma 3²⁰, che si occupa di definire la trasparenza come livello essenziale e di rivendicare il titolo competenziale del "coordinamento nazionale dei dati"; la seconda all'art. 11, comma 1²¹, che estende l'applicazione delle norme del decreto a tutte le amministrazioni pubbliche identificate con il criterio, ormai base, della definizione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, che comprende evidentemente anche Regioni ed enti locali.

4.6. Nel d.lgs. 39/2013 (inconferibilità e incompatibilità di incarichi dirigenziali)

Consideriamo, infine, il d.lgs. 39/2013, che fissa il regime di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi dirigenziali. Esso contiene un apposito articolo, il 22, comma 1²², che dispone la prevalenza delle disposizioni del decreto, in quanto norme attuative (non viene detto

(19) "4. Le disposizioni del presente codice si applicano alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nel rispetto delle attribuzioni derivanti dagli statuti speciali e delle relative norme di attuazione, in materia di organizzazione e contrattazione collettiva del proprio personale, di quello dei loro enti funzionali e di quello degli enti locali del rispettivo territorio".

(20) "3. Le disposizioni del presente decreto, nonché le norme di attuazione adottate ai sensi dell'art. 48, integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *r*), della Costituzione".

(21) "1. Ai fini del presente decreto per 'pubbliche amministrazioni' si intendono tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni".

(22) "1. Le disposizioni del presente decreto recano norme di attuazione degli artt. 54 e 97 della Costituzione e prevalgono sulle diverse disposizioni di legge regionale, in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e presso gli enti privati in controllo pubblico".

“direttamente”) degli artt. 54 e 97 della Costituzione, su diverse disposizioni di legge regionale.

Da questa prima ricostruzione si possono già ricavare alcune prime constatazioni.

La prima è che la legge dello Stato, in questo caso, a differenza da altre leggi “emergenziali” dello stesso periodo (e dello stesso governo) si preoccupa di trovare un fondamento generale e unitario per l’ampia gamma, in realtà, diversificata, di misure anticorruzione che si vogliono introdurre nell’ordinamento.

La seconda è che l’operazione è in generale effettuata in nome del principio costituzionale dell’imparzialità di cui all’art. 97 Cost., che sembra riassumere in sé tutti i diversi aspetti della lotta alla corruzione. La terza è che, consapevole dell’assenza di una chiara materia o di una clausola generale che consenta l’operazione, la legge “attenua” la dichiarazione di diretta attuazione delle disposizioni dell’art. 97 rinviando ad un largo utilizzo dello strumento dell’*intesa* con Regioni ed enti locali in sede di Conferenza unificata. L’*intesa* è sempre volta ad individuare (e quindi ad articolare e anche a distribuire nel tempo) gli adempimenti attuativi. In questo senso essa servirà a rendere compatibili le disposizioni della legge con l’autonomia organizzativa degli enti territoriali. Si tratta, però, di una *intesa* “a valle” della definizione della nuova disciplina anticorruzione. L’oggetto dell’*intesa* sono gli adempimenti attuativi di norme già dichiarate comunque applicabili, non l’individuazione condivisa, “a monte”, di una normativa, poi destinata ad essere attuata in modo differenziato ai diversi livelli di governo.

La quarta è che proprio la non completa “copertura” che le disposizioni generali (commi 59, 60 e 61) danno alla dichiarazione di diretta applicabilità delle norme della legge 190/2012 spinge il legislatore statale a ricercare ulteriori, più specifiche, legittimazioni, ricorrendo alternativamente al criterio della generale applicazione al settore pubblico (così come delimitato dall’art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001), al criterio della individuazione di materie di competenza legislativa esclusiva (soprattutto in materia di trasparenza), al criterio della individuazione di norme costituzionali di cui le disposizioni di legge costituiscono attuazione (più o meno “diretta”).

5. Necessità di un esame differenziato dei titoli di legittimazione della legge statale nelle diverse materie della legislazione anticorruzione

Le richiamate incertezze del legislatore anticorruzione impongono di procedere ad una lettura articolata delle diverse materie che sono state ricomprese nella legislazione anticorruzione, per andare alla ricerca, al di là dei titoli dichiarati dalla legge, di titoli effettivamente legittimanti e entro quali limiti, l'intervento del legislatore statale. Così come si tratta di ricavare dal contenuto delle disposizioni il fondamento per una loro diretta applicazione o, comunque, per l'imposizione a Regioni ed enti locali di obblighi di adeguarvisi. Per semplicità di discorso la materia degli interventi di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni verrà organizzata intorno ai tre assi di fondo della nuova disciplina: i piani anticorruzione; le misure di garanzia dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici; le misure di trasparenza.

6. I piani anticorruzione

6.1. L'obbligo di adozione di un piano di prevenzione della corruzione

La legge 190/2012 pone in particolare rilievo i piani di prevenzione della corruzione che ciascuna amministrazione dovrà adottare. I piani sono costruiti sul modello adottato, con successo, nelle imprese private, con il d.lgs. 231/2001, che impone alle imprese di adottare "modelli organizzativi" volti a prevenire attività corruttive svolte da propri dirigenti, quadri o dipendenti, in aree di particolare rischio corruttivo. A questo fine essa attribuisce al Piano nazionale anticorruzione il ruolo di regia generale della politica di adozione di misure anticorruzione e più in particolare di "guida" nella predisposizione dei piani triennali di prevenzione della corruzione (PTPC) delle singole amministrazioni. La legge, quindi, da un lato vuole imporre a tutte le amministrazioni, comprese Regioni ed enti locali, l'adozione del PTPC (indicando anche i tratti essenziali della procedura di adozione) e dall'altro intende predeterminare alcuni suoi contenuti.

Sotto il primo profilo l'adempimento dell'approvazione del piano può

essere considerato come un “peso” ulteriore che viene fatto gravare sulle amministrazioni e quindi può avere riflessi sull’organizzazione e sul suo funzionamento, ma di per sé non costituisce una predeterminazione del modello organizzativo.

Qualche maggiore elemento di condizionamento dell’autonomia organizzativa sta nell’attribuzione all’organo di indirizzo politico dell’amministrazione²³ della competenza all’adozione del PTPC, con l’ulteriore limite della necessaria proposta del responsabile della prevenzione della corruzione e della impossibilità di affidamento esterno della predisposizione del piano (l’attività viene considerata al cuore dell’esercizio di funzioni pubbliche e quindi da porre al riparo da ogni condizionamento di interessi esterni all’amministrazione). L’adozione del PTPC da parte dell’organo politico, che non viene precisato, vuole sottolineare l’impegno che ogni amministrazione deve porre nella lotta alla corruzione: un’adozione solo da parte di un organo amministrativo equivarrebbe ad un depotenziamento del piano²⁴.

Sotto il profilo dei contenuti può essere esaminato il comma 9 dell’art. 1: “Il piano di cui al comma 5 risponde alle seguenti esigenze: *a*) individuare le attività, tra le quali quelle di cui al comma 16, nell’ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, anche raccogliendo le proposte dei dirigenti; *b*) prevedere, per le attività individuate ai sensi della lettera *a*), meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione”. Da questa indicazione di fondo si comprende come scopo della legge (e

(23) Si veda il comma 8 dell’art. 1: “L’organo di indirizzo politico, su proposta del responsabile individuato ai sensi del comma 7, entro il 31 gennaio di ogni anno, adotta il piano triennale di prevenzione della corruzione, curandone la trasmissione al Dipartimento della funzione pubblica. L’attività di elaborazione del piano non può essere affidata a soggetti estranei all’amministrazione”.

(24) Si noti, però, che la legge, pur ponendo un obbligo sulle amministrazioni, non prevede alcuna conseguenza giuridica, di tipo sanzionatorio, in caso di mancata adozione del PTPC da parte dell’organo politico. Questa lacuna deve essere attribuita non tanto al rispetto dell’autonomia degli enti territoriali, per i quali la legislazione recente ha moltiplicato misure sostitutive e anche sanzionatorie (si pensi ai commissariamenti per mancata approvazione del bilancio o per mancata adozione di provvedimenti di stabilità finanziaria), quanto alla difficoltà di prevedere sanzioni a livello nazionale (si pensi al Ministro che non adotta il PTPC per il suo ministero).

del piano nazionale) sia quello di indurre le amministrazioni ad adottare quei “modelli organizzativi” già adottati dalle imprese secondo il d.lgs. 231/2001, ma non di imporre propri modelli di organizzazione. La legge impone, quindi, una obbligazione di risultato, ma non interviene sui mezzi per raggiungerlo. Al contrario una delle condizioni di successo dell’operazione “modelli organizzativi di prevenzione della corruzione” sta nella massima adesione ai caratteri specifici di ciascuna amministrazione, sia quanto all’organizzazione che quanto alle attività svolte (alle funzioni amministrative attribuite).

6.2. Il responsabile della prevenzione della corruzione

La legge 190/2012 impone alle amministrazioni, in particolare all’organo di indirizzo politico, di nominare un responsabile della prevenzione della corruzione²⁵, cui sono affidati compiti (la predisposizione del piano da proporre all’approvazione dell’organo di indirizzo politico; la vigilanza sull’attuazione delle misure previste dal PTPC) e responsabilità (in caso di commissioni di reati contro la p.a.²⁶ e in caso di “ripetute violazioni del piano”²⁷) rilevanti. La legge predetermina, avendo a mente, si direbbe, l’organizzazione dei ministeri, i possibili destinatari della nomina (dirigenti amministrativi di prima fascia sono quasi sempre assenti nelle amministrazioni locali), ma non esita a individuare nel segretario (comunale e provinciale) il soggetto cui, “di norma” e “salva diversa e motivata determinazione”, affidare la funzione di R_{PC} negli enti locali. Dalla disposizione si ricava²⁸ che la legge ha voluto predeterminare alcuni caratteri di fondo della nuova

(25) Si veda il comma 7 dell’art. 1: “A tal fine, l’organo di indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione.

(26) Vedi il comma 12 dell’art. 1.

(27) Vedi il comma 14 dell’art. 1.

(28) Ai fini dell’interpretazione della legge intorno a questi aspetti è utile considerare la circolare n. 1 del Dipartimento della funzione pubblica del 25 gennaio 2013, firmata dallo stesso Ministro Patroni Griffi.

figura, a partire da una sua collocazione elevata nell'organizzazione amministrativa. Si deve trattare di un funzionario in grado di ottenere, dall'intero apparato amministrativo, a cominciare dai dirigenti, la massima collaborazione, per la costruzione del PTPC e per la sua attuazione. Molto più adatta allo scopo sarebbe stata, allora, l'individuazione di una sorta di *identikit* del funzionario e della funzione da svolgere, lasciando alle amministrazioni la scelta, in rapporto al proprio modello organizzativo.

Si tratta di una disposizione controversa, perché, da un lato, si era alla ricerca di un modello simile a quello del d.lgs. 231/2001 e si trattava di identificare un responsabile paragonabile all'imprenditore; dall'altro lato, però, si sono caricate su di esso anche responsabilità di vigilanza sull'attuazione del piano, che nell'impresa sono affidate a organi indipendenti dall'imprenditore. Al di là del merito non vi sono dubbi che l'imposizione di una figura di così grande rilievo nell'organizzazione dell'amministrazione è destinata ad influire, e molto, su di essa.

Controversa anche la scelta di indicare di norma il RPC nel segretario comunale o provinciale. Qui non ci possiamo occupare a fondo del tema, che implica la valutazione attenta della figura del segretario comunale e provinciale per come si è venuta delineando negli ultimi anni e per le implicazioni che l'attribuzione dei compiti di RPC comporta. Quanto all'impatto sull'organizzazione degli enti locali esso è, con tutta evidenza, diretto: la legge non si limita ad identificare una nuova funzione (la lotta alla corruzione) attribuendola all'ente; né si limita ad identificare in via generale i caratteri del soggetto che deve essere chiamato a svolgerla, ma opera una diretta individuazione, all'interno dell'organizzazione degli enti, del dirigente destinatario dei nuovi compiti (e delle relative responsabilità).

Tutta la normativa relativa ai piani e alla figura del RPC non individua specifici titoli di legittimazione; quindi, in questo caso, resta la sola copertura generale del comma 59 (la diretta attuazione del principio costituzionale di imparzialità). Si tratta di una copertura abbastanza problematica, colmata, ma solo in parte, dalla previsione dell'intesa²⁹.

(29) Al momento (10 giugno) l'intesa, in mancanza di un piano nazionale approvato,

Questa, anche se destinata ad intervenire a valle della emanazione delle nuove disposizioni di legge, potrebbe essere utile per trovare anche parziali correttivi, in considerazione dei problemi di attuazione delle norme nel contesto dei diversi modelli organizzativi di Regioni ed enti locali.

7. L'imparzialità soggettiva del funzionario

7.1. I codici di comportamento dei funzionari pubblici

La legge 190/2012 ha riscritto, al comma 44 dell'art. 1, l'art. 54 del d.lgs. 165/2001 allo scopo di dare al codice di comportamento un sicuro valore giuridico: "La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare". I doveri di comportamento dovranno trovare nel codice nazionale e nei codici di ogni amministrazione la propria fonte. Il nuovo codice nazionale è stato emanato con il d.P.R. 62/2013. Le diverse amministrazioni dovranno (entro termini che la legge non stabilisce in modo netto) adottare propri codici, che avranno lo scopo di identificare ulteriori doveri di comportamento, individuati in rapporto alle specifiche funzioni attribuite e alla relativa organizzazione. Il codice nazionale costituisce pertanto una base "minima" di doveri, integrabile dalle singole amministrazioni.

Il d.P.R. 62/2013 definisce l'ambito di applicazione delle sue disposizioni, sia quanto alle categorie di soggetti destinatari dei doveri³⁰, sia

non è ancora intervenuta, mentre molte amministrazioni locali hanno già provveduto alla nomina dei propri RPC e, si direbbe, stanno lavorando alla predisposizione dei PTPC.

(30) Si veda l'art. 2 del d.P.R. 62/2013: "1. Il presente codice si applica ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il cui rapporto di lavoro è disciplinato in base all'art. 2, commi 2 e 3, del medesimo decreto. 2. Fermo restando quanto previsto dall'art. 54, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le norme contenute nel presente codice costituiscono principi di comportamento per le restanti categorie di personale di cui all'art. 3 del citato decreto 165/2001, in quanto compatibili con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti. 3. Le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 165/2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta

quanto alle amministrazioni interessate³¹. Non vi è una esplicita indicazione di un titolo di legittimazione, diverso da quello generale del comma 59 della legge 190/2012. La scelta appare giustificata proprio dalla volontà espressa dalla legge di fissare un livello essenziale, minimo, di doveri, lasciando alle amministrazioni la possibilità di integrarli. La novità del codice è la fissazione dei doveri avendo riguardo non più solo agli obblighi del dipendente di fornire un'adeguata prestazione lavorativa, ma all'esigenza di un esercizio imparziale delle funzioni pubbliche svolte, o direttamente (come nel caso dei dirigenti, cui è riservata la competenza per gli atti di amministrazione e gestione) o indirettamente (come nel caso dei funzionari che partecipano, con funzioni istruttorie o comunque di supporto) all'esercizio della funzione. Appare quindi inutile anche la ricerca di specifici titoli, quali la materia dell'ordinamento civile, che potrebbe valere per i dipendenti privatizzati, meno per quelli che mantengono uno statuto pubblicistico. D'altra parte, anche in assenza delle nuove aperture esplicite alla possibilità di integrare i doveri di comportamento con specifici codici, nessuno aveva fin qui contestato la legittimazione dello Stato alla fissazione di questi doveri con un codice nazionale. La mancanza di reazione si deve in buona sostanza all'effetto del tutto *indiretto* che la disciplina può avere sull'assetto organizzativo delle amministrazioni. Il codice stabilisce che il funzionario pubblico, qualunque sia la sua collocazione organizzativa e indipendentemente dalle competenze e dai compiti assegnati, ha dei doveri minimi, essenziali, di comporta-

previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione. A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice".

(31) Si veda il comma 4 dell'art. 2: "4. Le disposizioni del presente codice si applicano alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nel rispetto delle attribuzioni derivanti dagli statuti speciali e delle relative norme di attuazione, in materia di organizzazione e contrattazione collettiva del proprio personale, di quello dei loro enti funzionali e di quello degli enti locali del rispettivo territorio".

mento. Si tratta, quindi, di un limite del tutto “esterno” all’organizzazione, che non è volto ad imporre alcun modello organizzativo. Le disposizioni del d.P.R. 62/2013 sembrano costituire un buon esempio di equilibrio tra esigenze di disciplina unitaria (la fissazione dei doveri “minimi”) e di differenziazione (la fissazione di ulteriori doveri) che consente di corrispondere anche alla differenziazione delle condizioni delle diverse amministrazioni.

7.2. Il d.lgs. 39/2013 sulle inconferibilità e incompatibilità

Con la disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità, invece, la volontà del legislatore statale è di stabilire direttamente³² una disciplina dell’accesso agli incarichi amministrativi (non politici), che impedisca a soggetti in posizioni che la legge considera pregiudizievoli dell’imparzialità nell’esercizio delle funzioni connesse all’incarico di accedere, sia pure per periodi limitati, alla titolarità dell’organo amministrativo o di permanervi.

Si noti che la disciplina individua cause di inconferibilità e di incompatibilità che attengono agli incarichi amministrativi e quindi stabilisce limiti e divieti in rapporto all’esigenza di garantire l’imparzialità di questi incarichi. Quando le limitazioni della legge hanno ricadute sugli organi politici (l’aver ricoperto incarichi politici è causa di esclusione temporanea dal conferimento di incarichi; lo svolgimento di incarichi amministrativi è incompatibile con quelli politici) esse derivano sempre da una considerazione dei caratteri della funzione amministrativa da svolgere. Per questo spetta alla legge valutare (e graduare) le conseguenze dei divieti in termini di diritto fondamentale alla partecipazione politica di cui all’art. 51 della Costituzione.

La disciplina ha un impatto sull’organizzazione amministrativa di Regioni ed enti locali? È probabile, ma si tratta di un impatto *indiretto*, nel senso che essa preclude il conferimento di incarichi o il permanere nell’incarico di determinati soggetti. Se si tratta dell’accesso di soggetti esterni all’amministrazioni, provenienti dal settore privato, le

(32) Con prevalenza su diverse disposizioni di legge regionale o di statuto o regolamento di ente locale, secondo l’art. 22, comma 1, del d.lgs. 39/2013.

conseguenze sono di fatto inesistenti (l'amministrazione provvede a conferire l'incarico a un diverso soggetto); se, invece, la limitazione riguarda un funzionario in servizio nell'amministrazione la limitazione produce effetti sul mantenimento del rapporto di lavoro con l'amministrazioni e con gli incarichi, diversi da quelli preclusi, che al funzionario possono essere conferiti³³.

In sostanza e molto schematicamente, si può affermare che i divieti derivanti dalla disciplina delle inconferibilità e incompatibilità non attingono sicuramente all'organizzazione amministrativa. La disciplina fa ricadere conseguenze organizzative, ma non è volta a definire (tantomeno ad imporre) un determinato modello organizzativo, che resta sempre nella disponibilità delle amministrazioni regionali e locali.

Sempre schematicamente si può affermare che le discipline che consideriamo, pur fissate avendo riguardo alla posizione di imparzialità del funzionario nell'esercizio della funzione, non siano discipline dello stato giuridico del funzionario, ma *discipline sui caratteri della funzione*, sulla condizione di chiunque, funzionario professionale, di diritto pubblico o privato, interno o esterno all'amministrazione, si trovi a dover ricoprire un incarico dirigenziale, si trovi ad essere titolare di funzioni. Discipline che non potrebbero, quindi, trovare titoli di legittimazione in materie quali l'ordinamento civile (che basterebbe a malapena solo per i dirigenti amministrativi privatizzati).

Resta da valutare se la fonte di questa disciplina possa essere diversa da quella statale. Il tema è stato largamente dibattuto con numerosi interventi della Corte costituzionale, in rapporto alle ineleggibilità e incompatibilità delle cariche politiche, mentre il tema è del tutto nuovo per gli incarichi dirigenziali (dei quali nessuno si era occupato finora), ma il ragionamento non può che essere analogo: spetta alla legge stabilire se, e in che misura, determinati incarichi pubblici siano accessibili e siano compatibili per coloro che abbiano interessi in conflitto anche potenziale con l'incarico considerato. Non resta che

(33) La questione è particolarmente delicata nei casi di condanna penale non definitiva (di cui si occupa l'art. 3 del d.lgs. 39/2013) o del dirigente incompatibile con l'assunzione di una carica politica.

applicare al nostro caso le indicazioni della giurisprudenza della Corte: spetta alla legge dello Stato fissare una disciplina comune, unitaria (giustificata, secondo la Corte, dalla *inviolabilità e infrazionabilità* dei diritti di elettorato passivo³⁴), che provveda alla necessaria graduazione delle situazioni di preclusione. Poiché siamo in regime di riserva di legge, l'unica altra fonte abilitata ad intervenire è la legge regionale, che può, con limiti, differenziare (ma sempre nel senso di innalzare i livelli di preclusione, non di abbassarli) la disciplina dell'accesso e della permanenza negli incarichi politici, ma sempre con riferimento a incarichi politici di livello regionale, anche in base al riconoscimento di questo potere con il nuovo art. 122 Cost, sia pure nei rispetto di principi generali fissati con legge statale³⁵, perché gli incarichi politici a livello locale sono riservati alla legge dello Stato (art. 117, comma 2, lett. *p*: "organi di governo").

Quanto agli incarichi amministrativi forse ci sarebbe uno spazio per una differenziazione con legge regionale, ma solo nel senso dell'innalzamento dei limiti fissati con legge statale.

Alla luce di queste considerazioni il titolo di legittimazione rivendicato dal d.lgs. 39/2013 (attuazione degli artt. 54 e 97, trascurando l'art. 98³⁶) insieme alle conseguenze che se ne ricavano (la prevalenza sulle diverse disposizioni di legge regionale), può apparire "forzato" e semplificante. Non si dimentichi, però, che nel nostro caso si tratta di definire una disciplina del tutto nuova in settori nei quali nessun esempio virtuoso è mai provenuto dalle amministrazioni regionali e

(34) Questa competenza della legge dello Stato, secondo la più recente sentenza della Corte in materia, la 143/2010, resiste anche in presenza di una competenza legislativa regionale esclusiva (nel caso in esame una legge della Regione siciliana).

(35) Si veda la legge 165/2004, soprattutto agli artt. 2 (ineleggibilità) e 3 (incompatibilità).

(36) Il richiamo all'art. 98 sarebbe stato utile nel quadro di una rilettura aggiornata del principio che pone i "pubblici impiegati" al "servizio esclusivo della Nazione", dove per pubblici impiegati si devono in realtà considerare tutti i funzionari pubblici (compresi i componenti di organi politici) e il servizio esclusivo della Nazione, come obbligo di totale imparzialità nel perseguimento dell'interesse generale. Per questa rilettura si veda F. MERLONI, *Introduzione. L'etica dei funzionari pubblici*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN, *Al servizio della Nazione*, Milano, Angeli, 2009.

locali, che, semmai, si sono distinte nella realizzazione di quella circolazione continua tra incarichi diversi e tra interessi spesso in conflitto (le c.d. *revolving doors*) che la legge ha inteso interrompere, sia pure con l'introduzione di brevi periodi di raffreddamento. In questa prospettiva va anche detto che lo Stato non ha saputo dare fino in fondo il buon esempio quanto al porre fine a pratiche dubbie, dal momento che il testo finale del d.lgs. esclude del tutto dal regime delle inconfiribilità e incompatibilità i soggetti provenienti da incarichi politici di livello nazionale³⁷.

8. *La trasparenza*

Il d.lgs. 33/2013 è stato definito come il nuovo “codice” della trasparenza³⁸. Esso realizza la revisione organica della sparsa legislazione precedente in materia di obblighi di pubblicazione delle amministrazioni sui propri siti informatici ufficiali. Gli obblighi (in realtà ancora non pienamente soddisfacenti in alcune materie) sono resi operativi dal diritto del cittadino, senza dover dimostrare alcuna situazione giuridica da tutelare, di trovare sul sito dell'amministrazione tutte le informazioni pubbliche, a partire da quelle obbligatoriamente pubblicate in base alla disciplina vigente; il diritto, definito come “accesso

(37) Si veda l'art. 6 del d.lgs. 39/2013. La differenziazione che in tal modo si crea nella condizione dei componenti di organi politici da un lato statali e dall'altro regionali e locali non trova nessuna giustificazione nella legge di delega, che anzi, nel prevedere la necessaria graduazione dei regimi di inconfiribilità e incompatibilità (comma 50, lettera c: “I casi di non conferibilità devono essere graduati e regolati in rapporto alla rilevanza delle cariche di carattere politico ricoperte, all'ente di riferimento e al collegamento, anche territoriale, con l'amministrazione che conferisce l'incarico”), evidentemente considerava tutti i livelli di governo. La disposizione, pertanto, è da ritenersi contraria al principio costituzionale di uguaglianza. Si consideri, poi, che una precedente versione del testo stabiliva l'inconfiribilità di incarichi amministrativi per i componenti del governo e per i parlamentari, anche se per solo un anno. Nella formulazione finale del testo per questi soggetti restano in vigore le più blande previsioni (sola incompatibilità) della legge 60/1953 e della legge 215/2004.

(38) Per una lettura organica delle disposizioni in materia di trasparenza, con specifico riferimento al d.lgs. 33/2013, si veda il recente B. PONTI (a cura di), *Codice della trasparenza amministrativa. Commento al d.lgs. 33/2013*, Santarcangelo, Maggioli, 2013. Sul tema particolare dell'applicazione del decreto alle Regioni ed agli enti locali, si veda, *ivi*, il commento di F. GIGLIONI.

civico”, si sostanzia nella possibilità di rivolgersi alla stessa amministrazione inadempiente e, in caso di ulteriore inerzia, al giudice amministrativo che potrà, con lo stesso rito abbreviato previsto in materia di accesso, imporre all’amministrazione la pubblicazione.

Gli obblighi di pubblicazione sono anche assistiti, oltre che dall’obbligo di predisporre un programma triennale della trasparenza e dell’integrità³⁹, da sanzioni di tipo pecuniario, dirigenziale e disciplinare, gravanti sui dirigenti di uffici amministrativi che non alimentano adeguatamente i flussi informativi relativamente ai documenti e alle informazioni concernenti le attività del proprio ufficio.

La trasparenza di cui parliamo è, quindi, tutta spostata sul versante degli obblighi di pubblicazione, mentre resta immodificata la disciplina, assai restrittiva rispetto agli standard di altri paesi⁴⁰, dell’accesso ai documenti amministrativi.

In questa materia, quanto ai titoli di legittimazione dello Stato, sia la legge 190/2012 che il d.lgs. 33/2013 seguono la strada già tracciata dalla legislazione precedente (legge 69/2009, modificativa dell’art. 29 della legge 241/2009 e d.lgs. 150/2009, che introduceva la nuova allargata nozione di trasparenza-pubblicazione), consistente nel duplice (e indistinto) richiamo ai livelli essenziali delle prestazioni e alla funzione statale di coordinamento dei dati⁴¹. Il duplice richiamo appare

(39) Previsto dall’art. 11, comma 2, del d.lgs. 150/2009 e poi confermato dal d.lgs. 33/2013 (art. 43). Il coordinamento tra il Programma (PTPI) e il piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC) è previsto dall’art. 10, comma 2, del d.lgs. 33/2013: “Le misure del Programma triennale sono collegate, sotto l’indirizzo del responsabile, con le misure e gli interventi previsti dal Piano di prevenzione della corruzione. A tal fine, il Programma costituisce di norma una sezione del Piano di prevenzione della corruzione”.

(40) Per un’analisi critica della scelta della legge 190/2012 di confermare la trasparenza nella sola dimensione della pubblicazione sui siti delle pubbliche amministrazioni, M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO, *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

(41) Nella legge 190/2012 si veda il comma 36: “Le disposizioni di cui al decreto legislativo adottato ai sensi del comma 35 integrano l’individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell’art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell’am-

giustificato dal fatto che la trasparenza-pubblicazione è configurata da un lato come un diritto ad una prestazione (la pubblicazione dei dati previsti dalla legge) e dall'altro come un obbligo gravante sulle amministrazioni, obbligo che comporta una necessaria opera di coordinamento dei dati al fine di garantire non solo l'effettiva pubblicazione, ma la qualità informativa dei dati⁴². Anche in questo caso si tratta di obblighi che possono avere effetti indiretti sull'organizzazione, ma che restano ad essa "esterni". La stessa imposizione di un programma triennale per la trasparenza e l'integrità, oggi da riportare all'interno del PTPC, non è volta all'imposizione di modelli organizzativi, ma a porre obbligazioni di risultato.

9. Qualche conclusione. Discipline necessariamente unitarie e discipline differenziabili

Il quadro che abbiamo cercato di dare della legislazione anticorruzione, nei suoi elementi di base, conferma la già nota incertezza dello Stato nel rivendicare titoli di legittimazione, poiché si oscilla tra le diverse tecniche che abbiamo imparato a conoscere: richiamo a materie di legislazione statale, sia di settore (ma con tendenza ad interpretazioni estensive), sia generali e trasversali; richiamo a principi generali di diretta attuazione di principi costituzionali (per i quali in realtà non vi sarebbe bisogno dell'intermediazione della legge statale dal momento che tali principi graverebbero comunque direttamente anche su Regioni ed enti locali).

ministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione. Nel d.lgs. 33/2013 si veda l'art. 1, comma 3: "3. Le disposizioni del presente decreto, nonché le norme di attuazione adottate ai sensi dell'art. 48, integrano l'individuazione del livello essenziale..." (il testo prosegue identico al comma 36 della legge 190/2012).

(42) Sulla tematica del coordinamento dei dati nel nuovo Titolo V Cost., si veda B. PONTI, *I dati di fonte pubblica: coordinamento, qualità e riutilizzo*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; F. MERLONI, *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in B. PONTI (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Rimini, Maggioli, 2008; M. LAZZARO, *Coordinamento informativo e pubbliche amministrazioni*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, p. 659 ss.

Questa condizione di incertezza è attenuata non solo dal ricorso all'intesa in sede di Conferenza unificata (sia pure a valle, per l'identificazione degli adempimenti), ma dalla constatazione, una volta analizzato il merito delle misure anticorruzione adottate, che solo in pochissimi casi si configura una possibile lesione dell'autonomia organizzativa di Regioni ed enti locali. Si tratta dei casi in cui la legge predetermina funzioni e prefigura organi interni alle amministrazioni cui affidare le nuove funzioni (tipico il caso dell'affidamento a dirigenti di prima fascia o al Segretario comunale/provinciale dei compiti e delle responsabilità del Rpc).

Nella maggioranza dei casi, invece, la legge impone lo svolgimento di attività (si vedano i programmi e i piani) o disciplina le condizioni di accesso e di permanenza in carica di funzionari, ma senza imporre l'adozione di specifici modelli organizzativi. In questi casi la disciplina con legge statale trova il suo fondamento soprattutto nell'esigenza di discipline sicuramente unitarie, non differenziabili se non nel senso di raggiungere ulteriori e più avanzati livelli di tutela di diritti fondamentali del cittadino o di interessi pubblici oggettivi (all'imparzialità, nel nostro caso).

Resta l'insoddisfazione generale nel vedere non adeguatamente assicurata una funzione fondamentale dello Stato (nel nostro caso l'attivazione, anche per vincoli internazionali, di una seria politica anticorruzione), che possa essere svolta con il concorso attivo delle autonomie territoriali.

Nell'inerzia di fondo di Regioni ed enti locali lo Stato si è sentito come l'unico legittimo interprete e promotore di una politica che comporta una profonda innovazione, quasi una rottura con tradizioni e prassi precedentemente attuate (a tutti i livelli di governo). Tende, quindi, a concepire per intero la politica da solo, salvo a porsi, a valle, il problema del grado di vincolo con il quale imporre l'attuazione della politica all'intero sistema amministrativo. Se il Titolo V lo ha privato della possibilità di disciplinare in modo unitario politiche come quella anticorruzione, la risposta è: prima agire e poi coinvolgere le autonomie territoriali.

Qualcosa di simile a quanto è avvenuto con la c.d. chiamata in sussidiarietà nella quale lo Stato ha assunto la disciplina di determinate funzioni di sicura spettanza regionale e poi la Corte ha fornito (con

la nota sentenza 303/2003 e la giurisprudenza che ne è seguita) la necessaria copertura, avallando interventi di questo tipo a condizioni che essi siano preceduti (non seguiti) da intese vere, forti, con le Regioni (anche se la condizione posta dalla Corte è stata quasi sempre disattesa). Nel caso in esame, se da un lato la situazione sembra peggiore della prima perché l'intesa è a valle della disciplina statale (che fissa, in solitudine, gli adempimenti gravanti su Regioni ed enti locali), dall'altro non siamo, in molte materie, in presenza di competenze legislative regionali lese, ma di sicure esigenze unitarie (le discipline non possono essere differenziate se non a migliorare standard, livelli minimi, fissati in sede nazionale).

All'insoddisfazione segnalata non esiste altra risposta, definitiva, a regime, se non quella di una revisione costituzionale: da un lato delle procedure di raccordo tra Stato e autonomie territoriali e dall'altro della ripartizione di competenze tra Stato e Regioni.

La strada maestra è quella della creazione della Camera delle Regioni (o delle autonomie). In quella sede lo Stato troverebbe la via per il necessario coinvolgimento, a monte, nel procedimento legislativo, di Regioni ed enti locali, per tutte le materie che lo richiedano (non solo quelle concorrenti, ma anche quelle esclusive statali con forte impatto sull'autonomia, soprattutto organizzativa, degli enti territoriali).

Quanto alle competenze l'analisi che abbiamo effettuato ha posto in evidenza almeno due problemi generali:

- a)* la necessità di individuare, in modo condiviso, principi generali (e unitari) in materia di organizzazione amministrativa;
- b)* la necessità di riservare allo Stato, salva una ulteriore differenziazione regionale, le discipline che attengono all'imparzialità dei funzionari pubblici (tutti) nell'esercizio delle funzioni affidate.

Al primo problema si potrebbe dare risposta in due modi: *a)* con la modifica della materia riservata allo Stato dall'art. 117, comma 2, lettera *g)* sull'organizzazione, aggiungendo la possibilità di fissare "principi generali per l'organizzazione amministrativa di Regioni, enti locali e degli enti pubblici e privati in loro controllo"⁴³; *b)* con la ag-

(43) In altra sede, ma per finalità analoghe, avevo tentato di individuare tali principi, con riferimento all'organizzazione amministrativa in generale. Si veda F. MERLONI,

giunta dell'“organizzazione amministrativa di Regioni, enti locali ed enti pubblici e privati in loro controllo” come materia di legislazione concorrente (con il potere statale di fissarne i principi fondamentali). In entrambe i casi, condizione indispensabile per una modifica costituzionale come quella proposta, dovrebbe essere la esplicita necessità di un esame della legge statale che individua i principi generali (o fondamentali) da parte della Camera delle Regioni.

Al secondo problema si risponde con la espressa previsione di una specifica materia di competenza legislativa statale (esclusiva, ma sempre con il necessario intervento della Camera delle Regioni) di disciplinare con norme generali i “requisiti di accesso e permanenza nelle cariche dei funzionari pubblici, al fine di assicurare l'esercizio imparziale delle funzioni a livello statale regionale, locale e degli enti pubblici e privati in controllo pubblico”.

In attesa che la strada maestra sia resa percorribile, non restano che i modesti *escamotages* attuali. Essi andrebbero, però, temperati dall'adozione, costante, di una procedura “rafforzata e di condivisione” fondata sulla *previa intesa* in Conferenza unificata⁴⁴ per l'adozione di

Principi generali comuni alla dirigenza dello Stato e delle amministrazioni regionali e locali, in G. D'ALESSIO, *L'amministrazione come professione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 214), dove si trova una prima loro elencazione nei seguenti: “a) distinzione fra competenze di indirizzo politico e competenze di gestione amministrativa (artt. 95 e 97 Cost.); b) distinzione tra titolari di incarico fiduciario e dirigenti con incarico professionale quanto a durata, procedure di conferimento e revoca degli incarichi, con esclusione di ogni ipotesi di decadenza automatica per gli incarichi professionali (artt. 95, 97 e 98); c) riserva di compiti di gestione e amministrazione attiva ai soli dirigenti con incarico professionale, con esclusione di ogni potere di intromissione degli organi politici e dei titolari di incarico fiduciario (art. 97); d) accesso per concorso selettivo, fondato sulla competenza professionale, a tutti i livelli dirigenziali professionali (artt. 51 e 97); e) assegnazione degli incarichi professionali unicamente sulla base di criteri predeterminati di valutazione di titoli professionali (art. 97); f) valutazione della dirigenza professionale e attivazione della relativa responsabilità sulla base di meccanismi e parametri oggettivi idonei a evidenziarne la capacità professionale e il raggiungimento dei risultati (art. 97); g) disciplina per legge o atto normativo di diritto pubblico dei doveri di comportamento dei titolari di incarico fiduciario e dei dirigenti professionali (artt. 54 e 98); h) disciplina per legge del sistema delle compatibilità e incompatibilità, che ponga i dirigenti professionali al riparo da indebiti condizionamenti di interessi economici o politici (art. 98)”.

(44) Si dovrebbe trattare di un'intesa veramente “forte”, nel duplice senso che fino

ogni disciplina di legge statale, attuativa di principi costituzionali, che possa avere un impatto organizzativo, anche indiretto, sulle amministrazioni regionali e degli enti locali.

all'intesa lo Stato si dovrebbe astenere dall'adozione della legge (salvo improcrastinabili esigenze di intervento della legge) e l'intesa dovrebbe riguardare un testo che provveda ad identificare esplicitamente, senza rinvii a future attività interpretative, i principi direttamente ricavabili dalla Costituzione.

Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici

Enrico Carloni

Abstract

La legge anticorruzione 190/2012 ha modificato l'art. 54 del decreto legislativo 165/2001 e ha ridefinito la normativa italiana dei codici di comportamento. Su questa base, il governo italiano ha adottato un nuovo Codice di comportamento, con d.P.R. 62/2013, che definisce gli obblighi minimi dei funzionari pubblici e che deve essere integrato, in tutte le amministrazioni, da specifici codici di condotta. Il nuovo sistema che sta emergendo è volto a rafforzare l'imparzialità dei funzionari, e questo è legato alle disposizioni costituzionali che affermano i principi di esclusività al servizio della Nazione, lealtà e diligenza, imparzialità e responsabilità. Il modello che si sta definendo, in cui la violazione dei doveri contenuti nei codici è "fonte di responsabilità disciplinare", è in contrasto con l'idea di una completa privatizzazione della disciplina del rapporto di lavoro, e conferma la recente tendenza ad un recupero della specialità dell'impiego pubblico.

1. Premessa

Il tema dell'etica del funzionario pubblico, sia esso tale di carriera o per nomina o mandato politico, è tornato di stringente attualità nel corso degli ultimi anni, come è evidente sia seguendo il dibattito pubblico sia ponendo attenzione alla letteratura scientifica¹: la legge an-

(1) Tra gli altri, nel campo delle scienze amministrative, si veda B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009; F. MERLONI, L. VANDRELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni, rimedi*, Firenze, 2010; G. SIRIANNI, *Etica della politica, rappresentanza, interessi: alla ricerca di nuovi istituti*, Napoli, 2008; S. CASSESE, *L'etica pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 1097 ss.

ticorruzione 190/2012², che si colloca a valle di queste sollecitazioni costituisce uno snodo fondamentale per lo sviluppo di un sistema di prevenzione del malcostume ed innalzamento degli standard etici nella pubblica amministrazione. Il versante dei meccanismi preventivi, “interni” al sistema amministrativo, che si compone attraverso le previsioni della legge 190/2012 ed una serie di provvedimenti successivi, risulta a ben vedere quello più innovativo nell’impianto della legge: la dimensione amministrativa del contrasto della corruzione (e la sua stessa accezione “amministrativistica”) si articola in una innovativa politica di contrasto del malcostume e della *maladministration*³ che costituisce, anche a prescindere dai singoli istituti che la compongono, la “cifra” qualificante della normativa anticorruzione⁴.

Al fianco dell’intervento (non privo di criticità) sulle norme e sanzioni penali e del rafforzamento dei meccanismi di trasparenza (che si presenta come una delle parti rilevanti del complessivo intervento riformatore)⁵, quello qui sinteticamente inquadrato costituisce, dunque, uno degli aspetti salienti nel nuovo sistema dell’anticorruzione.

È un dato, peraltro ben evidenziato dai primi commentatori della riforma, quello della presenza di una serie di meccanismi che tra loro si legano e si rafforzano (piani e programmi, responsabili, misure di trasparenza, regole sulle condotte, incompatibilità ed inconfiribilità di incarichi, rafforzamento delle misure di prevenzione dei conflitti di interesse e di *disclosure*, garanzie per chi denuncia illeciti, vincoli

(2) Sulla legge, in termini complessivi, cfr. B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2013, p. 123 ss.; S. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 2013, p. 293 ss.

(3) Sul concetto di *maladministration*, cfr. S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Il foro italiano*, 6, 1996, p. 243 ss.

(4) La legge 190/2012, infatti, al di là delle sue singole previsioni, rileva perché “definisce finalmente i contorni della politica di prevenzione della corruzione nel nostro ordinamento” (B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., p. 124) e lo fa nel quadro di un’accezione “più larga” del concetto di corruzione “che è connessa alla prevenzione del malcostume politico ed amministrativo” (*ivi*, p. 123).

(5) Il riferimento è, in particolare, al d.lgs. 33/2013, sul quale v., ampiamente, i diversi contributi in B. PONTI (a cura di), *Codice della trasparenza amministrativa*, Rimini, 2013.

post employment), che è indebolito ma non inficiato dalle inevitabili carenze di una riforma non priva di cedimenti (al personale politico nazionale, *in primis*, di norma sottratto ai meccanismi della legge). Nel disegno della riforma emerge, con chiarezza, l'idea di una complessiva ricostruzione dell'*ethos* dei funzionari pubblici attraverso misure volte al rafforzamento della dimensione "soggettiva" dell'imparzialità.

In quest'ambito, tra gli interventi della legge, possiamo distinguere, in termini descrittivi, tra quelli di "messa a punto" di istituti esistenti (e, quindi, di riforma delle relative previsioni contenute nel d.lgs. 165/2001⁶) e quelli che introducono nuovi istituti: nel corpo del d.lgs. 165/2001, come è il caso, ad esempio, della tutela del *whistleblower*⁷, od al di fuori di esso, come è per il regime delle inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi⁸.

È in questo contesto che, attraverso una riformulazione dei doveri del personale, non senza dimenticanze ed incertezze⁹, il legislatore mira a ridefinire gli standard di condotta connessi all'esercizio di funzioni pubbliche. Il cuore di questi interventi è dato, dunque, dalla nuova disciplina del codice di comportamento, frutto di una completa riformulazione dell'art. 54 del d.lgs. 165/2001¹⁰ ad opera del comma 44

(6) Si veda, sulle riforme che hanno interessato l'art. 53 ed il regime delle incompatibilità, B. PONTI, in questo fascicolo, nonché ID., *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a. (art. 1, commi 39-40 e 42-43)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 167 ss.

(7) La tutela dei funzionari che denunciano fatti illeciti di cui sono a conoscenza, prevista dal comma 51 dell'art. 1 della legge 190/2012 (che inserisce un nuovo articolo, il 54-bis, nel d.lgs. 165/2001), è operata attraverso una disciplina "embrionale, se non simbolica" per B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit.; per una descrizione dell'istituto (con la valutazione complessiva di una portata certo non rivoluzionaria della previsione), cfr. R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., spec. pp. 258-259.

(8) Sul punto, cfr. F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, *ivi*, p. 191 ss.

(9) Alcuni limiti della riforma sono segnalati, ad es. da M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, *ivi*, spec. pp. 66-67.

(10) Per una puntuale illustrazione delle previsioni del precedente Codice, si veda

dell'art. 1 della legge 190/2012, cui ha fatto seguito la recente adozione di un nuovo Codice chiamato a definire le regole di condotta minime ed uniformi richieste a chi è inserito in organizzazioni pubbliche¹¹. Intorno a questo nucleo, concettuale ma anche normativo, ruotano una molteplicità di previsioni che, nel loro complesso, si rivolgono, sul versante amministrativo, al rafforzamento della dimensione organizzativa e "soggettiva" dell'imparzialità e che si inseriscono in larga parte, innovandolo, nel corpo del decreto 165/2001.

L'obiettivo di questo contributo è, in primo luogo, quello di analizzare il nuovo impianto del decreto 165/2001 ed entro questo, in modo specifico, il Codice di comportamento, anche alla luce delle prospettive determinate dal suo inserimento in un "sistema" di meccanismi rivolti, ora, dichiaratamente, alla prevenzione della corruzione amministrativa attraverso la costruzione di una *ethics infrastructure* di regole, doveri, sanzioni, meccanismi di *accountability*¹².

2. L'imparzialità: principi costituzionali e statuto del funzionario pubblico

In termini complessivi, la legge 190, attraverso una disciplina contenuta in un unico articolo¹³ composto di oltre ottanta commi, opera su

AA.Vv., *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005; sul precedente art. 54 e la relativa disciplina dello strumento del codice di comportamento, cfr. E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto pubblico*, 1, 2002, p. 319 ss.; C. GREGORATTI, R. NUNIN, *I codici di comportamento*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, p. 827 ss.

(11) D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*), in G.U. n. 129 del 4 giugno 2013.

(12) Cfr. G. SIRIANNI, *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit., p. 129 ss.; in merito, cfr. il documento OCSE, *Government at Glance*, 2009, che collega la "*culture of integrity*" ad una serie di interventi sistematici di individuazione di standard, indirizzo, controllo: sul punto, cfr. M. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, cit.

(13) L'art. 1 della legge si compone di 83 commi, che contengono l'intera regolazione dei meccanismi di prevenzione e repressione della corruzione, mentre l'art. 2 si limita a contenere la clausola di invarianza finanziaria.

più fronti rispetto al rafforzamento dell'imparzialità "soggettiva" del funzionario. La legge acquisisce, in sostanza, l'approccio che vede nell'intervento "successivo" (del giudice penale) un rimedio insufficiente per contenere i fenomeni corruttivi, dovendo questo essere affiancato da meccanismi preventivi: tra questi, il legislatore punta con forza sulla trasparenza e, appunto, sulla disciplina della posizione dei soggetti incaricati di svolgere funzioni pubbliche.

In questo senso, la legge segna un passo avanti, verso un sistema maggiormente in grado di assicurare la correttezza e l'imparzialità del personale responsabile dell'esercizio di funzioni pubbliche (qui essenzialmente con riferimento a quello professionale): la legge è evidentemente espressione anche di un equilibrio politico ed è quindi per più aspetti incompleta o timida, ma, per quanto qui rileva, è chiaro il rafforzamento di alcuni meccanismi, anche se è sul fronte dell'effettiva applicazione che le precedenti riforme hanno mancato, come ci dimostrano i dati del GRECO¹⁴ relativamente, ad esempio, all'esercizio della stessa azione disciplinare¹⁵.

Quanto alla nozione di "funzionari", alla luce degli interventi nel loro insieme, appare non ancora pienamente matura quella tendenza, presente nello scenario comparato e da più parti invocata, alla definizione di un sistema di regole rivolte, in modo differenziato ma sostanzialmente comune, tanto al personale politico che a quello dipendente, comunque incaricato di pubbliche funzioni. In termini complessivi, assistiamo ad una gradazione di interventi: la gran parte rivolti al personale dipendente, talora estesi al personale legato all'amministrazione da rapporti di tipo diverso (incarichi, consulenze), infine, in misura minore, orientati verso il personale politico.

(14) Si veda l'*Evaluation Reports on Italy* del Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) del Consiglio d'Europa, del 2009, dove i dati raccolti mostrano un ricorso limitato, e decrescente, a sanzioni disciplinari, come anche procedimenti penali ("*Despite [...] there was a widely shared perception that corruption in Italy is a pervasive and systemic phenomenon which affects society as a whole*").

(15) Sulle disfunzioni della responsabilità disciplinare, cfr. A. TIZZANO, *Il potere disciplinare nella p.a.: un potere trascurato*, in *Il lavoro nelle p.a.*, 1, 2008, p. 207 ss.; già P.G. LIGNANI, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche: civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, p. 381 ss.

La legge anticorruzione vanta, in questo, il merito di contribuire in modo decisivo a riportare al centro dell'attenzione i valori che la Costituzione affida ai funzionari pubblici: principi ed articoli in un certo senso, per lungo tempo, trascurati, che si legano intimamente al principio di imparzialità¹⁶ sancito dall'art. 97 della Costituzione.

Il riferimento più chiaro è all'art. 54 della Costituzione, che prevede il dovere di servire la Nazione "con disciplina ed onore" da parte di coloro cui sono affidate funzioni pubbliche (sia come dipendenti che per incarico fiduciario o politico), ma non meno rilevante è la prospettiva, affermata dall'art. 98 per i funzionari professionali, del "servizio esclusivo" a vantaggio della Nazione¹⁷.

La lettura combinata di questi articoli conduce, da un lato, a ritenere necessaria la definizione di un sistema adeguato di "precauzioni ausiliarie" riferite a chiunque eserciti funzioni pubbliche, ma, sul versante del personale dipendente, marca la distanza tra impiego privato ed impiego pubblico¹⁸, nella disciplina della funzione, certo, ma anche nella disciplina dell'organizzazione e, per aspetti non marginali, del rapporto di lavoro.

Il legame tra Costituzione e stato giuridico dei funzionari, o, più specificamente, il rapporto "diretto" tra principi costituzionali e condotte dei soggetti chiamati, personalmente, a realizzare i fini pubblici, è spesso non rimarcato nella riflessione sui caratteri "auspicabili" del

(16) Come evidenziano R. CAVALLO PERIN, M. GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Diritto amministrativo*, 2009, p. 53: "la tendenza a ridurre i valori deontologici ad un sinallagma dare-avere tra dipendente e datore di lavoro [...] porta a ritenere che l'efficienza dell'amministrazione sia data dal mero raggiungimento di risultati verso il datore di lavoro in ragione del numero di pratiche disbrigate o di prestazioni erogate, che porta inevitabilmente a trascurare l'imparziale erogazione delle stesse".

(17) Sull'esigenza di dedicare adeguata attenzione a livello normativo ai profili di esclusività ed imparzialità dei funzionari pubblici, cfr. F. MERLONI, *I funzionari professionali*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit., p. 281 ss.

(18) In merito, cfr. R. CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 119 ss.; nonché, più recentemente, M. CALCAGNILE, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, *ivi*, 2010, p. 87 ss.

rapporto di lavoro con le amministrazioni, eppure costituisce un elemento dal quale risulta difficile prescindere nell'articolare un modello coerente, ed efficiente, di regolazione del fenomeno¹⁹. Come evidenzia ora il nuovo Codice di comportamento, infatti, "il dipendente osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa" e, dunque, la "attività lavorativa" costituisce un momento nel quale si intrecciano la dimensione prestazionale (di norma, privatistica) e quella funzionale (pubblicistica), secondo combinazioni, e gradazioni, che variano in relazione alla posizione professionale, al settore di intervento, all'amministrazione di riferimento.

3. Le riforme tra rilegificazione e ripubblicizzazione

Si tratta di una questione non priva di ricadute pratiche: se poniamo attenzione allo statuto costituzionale del funzionario pubblico (e, in particolare ma non esclusivamente, di quello che è tale a titolo professionale), emerge l'alterità o, se vogliamo, l'irriducibilità della figura del funzionario nelle maglie di una dimensione esclusivamente privatistica, fatta di obblighi negoziati e sottoscritti, di una regolazione eminentemente contrattuale del rapporto. È, questo, un discorso che ci conduce lontano, e che porta a riflettere anche criticamente su taluni approdi della riflessione lavorista ma anche amministrativista rispetto ad una serie di istituti del rapporto di lavoro "pubblico", quali per tutti la responsabilità disciplinare, a vent'anni dalla riforma del pubblico impiego²⁰.

(19) Sul punto, cfr. M.G. RACCA, *Disciplina e onore nell'attuazione costituzionale dei codici di comportamento*, in F.MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, cit., p. 254 ss.

(20) Tra l'ampia letteratura in materia, successiva all'avvio del processo di privatizzazione del rapporto di lavoro, cfr., in termini generali, S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004; A. POLICE, *Il rapporto di lavoro*, in L. MAZZAROLI ET AL. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 471 ss.

In questo quadro, pur tra evidenti diversità di approccio, è evidente un solco di continuità tra le (in questo, “contro”)²¹ riforme del 2009 e del 2012, segnate l’una come l’altra da una sottrazione di spazi all’autonomia contrattuale in favore di una disciplina legislativa di fenomeni inerenti, anche, la disciplina del rapporto di lavoro. C’è, in questa rilegificazione, un recupero di differenza e, quindi, specialità, che è però orientata, in un caso, quasi a “simulare” quelli che il legislatore presume essere corretti standard di relazioni così come (li ritiene) presenti in ambito privato, frenando dunque taluni eccessi e diversificazioni (tra ambito pubblico e privato) frutto di “derive” contrattuali. La legge anticorruzione utilizza lo stesso strumento, il recupero di una più penetrante disciplina legale, per finalità diverse: non è in favore di un, giusto o sbagliato, ideale “modello privatistico” di rapporti (nella valutazione, nell’esercizio della funzione disciplinare), ma in favore di una ripresa delle ragioni della specialità dell’impiego pubblico.

A mo’ di esempio: il diverso ricorso al medesimo istituto, del licenziamento, è utilizzato nell’un caso per violazioni meramente prestazionali e, quindi, per assicurare che, nel pubblico esattamente come si presume avvenga nel privato, al “fannullone” siano comminate sanzioni effettive ed addirittura “espulsive”; nella riforma del 2012 la stessa sanzione è rivolta a violazioni gravi o reiterate di doveri “pubblici”, la cui fissazione e specificazione è rimessa a regolamenti ed atti unilaterali (pubblicistici) dell’amministrazione.

La rilegificazione si lega, in sintesi, ad una ripubblicizzazione di alcuni aspetti della disciplina del rapporto di lavoro con pubbliche amministrazioni, ed è evidente che questo mutamento di prospettiva rende sempre più complesso il modello “misto”²² del pubblico impiego privatizzato, nel quale il Codice di comportamento si pone, ora più che in passato, come punto di snodo tra un ambiente di fonti e doveri pubblicistici e un ambiente di sanzioni la cui definizione è, di norma, rimessa ai contratti.

(21) Cfr. G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Il Lavoro nelle p.a.*, 3-4, 2010, pp. 579-602.

(22) La disciplina di questi fenomeni richiede, dunque, ritornando a quanto affermato in una fondamentale sentenza della Corte costituzionale (la 313/1996) un “equilibrato dosaggio” di fonti regolatrici, pubbliche e private.

La questione di fondo, a nostro avviso, è che la dimensione della cura esclusiva dell'interesse pubblico e dell'imparzialità costituisce un profilo costituzionalmente imprescindibile nella disciplina del rapporto di coloro i quali sono preposti alla cura di funzioni pubbliche, e si tratta di una dimensione che è insuscettibile di essere limitata ai soli profili di azione e disciplina della funzione, penetrando necessariamente (ed anzi, compenetrando inevitabilmente) i profili di organizzazione e di regolazione della prestazione²³. Si tratta, d'altra parte, di una problematica che era tutt'altro che estranea alla riforma del pubblico impiego²⁴, ma che è stata progressivamente subordinata ad altre logiche e priorità, come ben ci dimostra la storia della privatizzazione-contrattualizzazione che ha portato alla progressiva riduzione della specialità del dipendente in quanto funzionario.

Vi è stata, invero, una duplice matrice di questo risultato: da un lato, certo, la privatizzazione e le dinamiche espansive della contrattazione; dall'altro, l'acquisita centralità, a livello normativo e di riflessione scientifica, della figura del dirigente²⁵, quasi fosse questa l'unica chiamata ad esercitare in concreto funzioni pubbliche. Schiacciato tra il dirigente e il dipendente, in sostanza, il funzionario ha perso la sua

(23) La prestazione lavorativa, in particolare, risulta ordinata non solo alla soddisfazione dell'interesse dell'organizzazione, ma "al perseguimento imparziale di quegli interessi superindividuali o collettivi – detti interessi pubblici – che l'ordinamento di volta in volta ha inteso tutelare" (R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, cit., p. 159).

(24) Basti pensare agli spazi, inerenti alle responsabilità dei dipendenti connesse all'esercizio di attività amministrative, sottratti alla privatizzazione ai sensi della legge 421/1992. Sui meccanismi di cura dell'imparzialità nella riforma del pubblico impiego e sulla loro evoluzione, prima delle riforme del 2009, ci sia consentito rinviare, *amplius*, a E. CARLONI, *Imparzialità e disciplina della dirigenza. Status del funzionario e "precauzioni ausiliarie" nella riforma del pubblico impiego e nella sua attuazione*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando?*, Milano, 2007, p. 85 ss.

(25) Specie nella prospettiva dell'imparzialità amministrativa: cfr. ad es. G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003; ID., *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2001, p. 42 ss.; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2007; B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012.

rilevanza e, con questo, la prospettiva della cura dell'imparzialità si è in qualche modo eclissata nella dimensione dell'organizzazione e del rapporto di lavoro, per emergere per quasi un ventennio essenzialmente sotto altri profili, quali la disciplina dell'azione e la dinamica della distinzione politica-amministrazione.

La "parabola" del pubblico impiego, come percorso di allontanamento e poi riavvicinamento al modello "comune" del Codice civile, costituisce dunque, nelle sue manifestazioni più radicali sul versante dell'equiparazione di modelli, il risultato di riforme "per abbandono", che nello spostare progressivamente l'attenzione del legislatore dal funzionario al dirigente, hanno lasciato di converso il funzionario-non-dirigente pienamente rimesso alle dinamiche "pan-privatistiche" legittimamente proprie, al più, del dipendente-non-funzionario.

Un approdo, che ha toccato i suoi punti più estremi prima della riforma aperta dalla legge 15/2009, rispetto al quale paiono radicalmente diverse le valutazioni, secondo un crinale che segue, in modo però non rigido, i diversi approcci disciplinari: da un lato, vi è chi vede nel pieno dominio del contratto rispetto agli aspetti inerenti il rapporto di lavoro, un invero di un modello di privatizzazione che richiede di essere portato alle sue piene conseguenze anche in termini di omologazione al regime del lavoro privato; dall'altro chi segnala, e lamenta, l'irriducibile differenza tra il rapporto di lavoro con amministrazioni pubbliche e quello con datori privati, per la presenza di elementi non negoziabili relativi alla prestazione lavorativa²⁶ ma anche per l'assenza, in ambito pubblico, delle dinamiche proprie della relazione tra associazioni sindacali e datoriali.

In questo contesto complessivo, la responsabilità disciplinare costituisce il punto di snodo del modello della privatizzazione, e la riforma del 2012 si inserisce in un processo, già avviato pochi anni prima, di riapertura di una distanza tra rapporto di lavoro con le pubbliche

(26) Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5935/2005, dove si evidenzia che il rapporto di pubblico impiego non può ricondursi ad una relazione di mera sinallagmaticità, propria delle obbligazioni a prestazioni corrispettive di natura strettamente patrimoniale, e questo "discende dal principio costituzionale [...] in base al quale i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione".

amministrazioni e lavoro privato, attraverso la riduzione degli spazi di regolazione affidati alla contrattazione. La rilegificazione di una parte della responsabilità disciplinare costituisce un aspetto che può essere letto dunque in modi diversi, ma che appare evidente e che, da ultimo, si collega ad un percorso di ripubblicizzazione: questo crea, evidentemente, un punto di rottura nel disegno della omologazione pubblico-privato e nell'idea di una signoria del contratto, definendo un sistema di doppio binario "doveri pubblici-obblighi privati" che è però tutt'altro che incoerente rispetto agli obiettivi della privatizzazione del rapporto di lavoro esplicitati già a partire dalla legge delega 421/1992.

Un modello, quello della duplice lista di situazioni doverose, pubbliche e private, unilaterali e contrattuali, che convergono in sanzioni irrogate con poteri privatistici e quindi sindacabili in un ambiente "privatizzato", certo complesso ma non privo di una sua coerenza teorica e che, in ultima istanza, risponde all'esigenza di conciliare l'inconciliabile: doveri non sindacabili e contrattazione.

4. Verso un nuovo modello di uniformità

Un secondo grande processo nel quale a pieno titolo si inserisce la legge 190/2012 è quello di un forte recupero di uniformità: la "signoria della legge" è intesa, a ben vedere, non solo come riduzione del valore e dell'area della contrattazione, ma anche come riaffermazione di una relazione latamente gerarchica tra legge statale e fonti di autonomia.

Un tratto distintivo delle riforme del 2009 è stato, come ben evidenziato in dottrina²⁷, la sfiducia nell'autonomia, nel duplice senso di disillusione rispetto alla capacità dell'autonomia contrattuale (sia essa esercitata a livello centrale che decentrato) di assicurare, di per sé, un corretto sviluppo dei rapporti tra amministrazioni e dipendenti, e di disincantamento rispetto alle prospettive della differenziazione,

(27) A. PIOGGIA, *Gli enti locali di fronte all'attuazione della riforma Brunetta. Chi crede nelle autonomie?*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012.

attraverso fonti regionali e locali, nella disciplina dell'organizzazione e del rapporto di lavoro "pubblico".

Si afferma, in sostanza, un ritorno ad un ruolo uniformante della legislazione, e questo si inserisce in un processo, più risalente, di compressione degli spazi di autonomia normativa che si intravedevano nel nuovo Titolo V della Costituzione, che ha trovato via via emersione nelle principali leggi che hanno inteso riformare l'amministrazione nel corso dell'ultimo decennio (solo a titolo esemplificativo: la riforma della legge sul procedimento, del 2005; il Codice dell'amministrazione digitale; le riforme "Brunetta" del 2009), anche tacendo degli eccessi più evidenti legati alle normative contenute nei decreti "emergenziali" del 2011-2012.

Questo processo è particolarmente evidente nel corpo della legge anticorruzione²⁸, dove la prospettiva legata all'ordinamento penale (che si lega alla presenza di meccanismi di contenimento e prevenzione di fenomeni corruttivi), orienta e supporta una spinta marcatamente uniformante.

Il progressivo ritorno dell'uniformità, a discapito delle potenzialità di differenziazione insite nel modello formalmente iscritto nella riforma del Titolo V della Costituzione²⁹, ha caratterizzato l'ultimo decennio³⁰: la riduzione degli spazi di competenza esclusiva statale in materia di organizzazione e attività amministrativa, limitata alla disciplina delle amministrazioni statali e, per quelle locali, contenuta nelle tre "sub-materie" dell'art. 117, comma 2, lett. *p*), della Costituzione, è stata progressivamente rivista dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale, secondo processi diversi. In primo luogo, attraverso l'interpretazione estensiva dei titoli legittimanti l'intervento statale, come per l'ordinamento civile (ad esempio, in materia di contrattazione e lavoro "privatizzato").

(28) Sul punto, più ampiamente, si veda F. MERLONI, in questo fascicolo.

(29) Tema sul quale, più ampiamente, si rinvia a E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004; più recentemente, cfr. F. MERLONI, *Il ruolo della Regione nella costruzione di una nuova amministrazione territoriale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Milano, 2012.

(30) Cfr. la ricostruzione più ampia, ma non dissimile, di F. MERLONI, in questo fascicolo.

In secondo luogo, attraverso la ricostruzione di un improprio rapporto privilegiato tra Costituzione e legislazione dello Stato, che consente al legislatore nazionale di farsi interprete delle norme “direttamente applicative” delle previsioni costituzionali.

Infine, cosa che qui più interessa, attraverso un’espansione delle implicazioni anche organizzative della competenza statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni³¹ e la sua proiezione, vieppiù generalizzata, sulle “prestazioni burocratiche”. La cosa più rilevante è, nella nostra prospettiva, il fatto che la regolazione “per livelli essenziali”, nella quale l’intervento regionale e da parte delle autonomie locali non è escluso *tout court*, ma ammesso purché sulla base di una disciplina “minima” (*rectius*, essenziale) riservata allo Stato, costituisce progressivamente lo standard che regge, nella disciplina del fenomeno amministrativo, le relazioni tra centro e periferia. Si tratta di una riflessione che meriterebbe di essere più ampiamente sviluppata in termini generali, ma che con specifico riferimento agli aspetti che sono riferibili alla sistematica dell’anticorruzione si ritrova nella disciplina del Piano anticorruzione, degli obblighi di trasparenza, e, non ultima, in quella del Codice di comportamento.

Questo approccio, che non richiede neppure più di essere esplicitato o giustificato, conferma, in sintesi, un progressivo recupero sostanziale di una competenza legislativa generale da parte dello Stato, che può essere giustificato, in questo caso, dalla “finalità” (di contrasto della corruzione) e che si sostiene sulla presenza di meccanismi di leale collaborazione³²: in presenza di adeguate finalità di interesse nazionale, ricollegabili ad esigenze incompressibili o a competenze esclusive statali, si giustifica dunque un rafforzamento delle esigenze di uniformità, anche in ambiti astrattamente attribuibili, diversamente,

(31) Si veda, relativamente alla disciplina del procedimento, M. COCCONI, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5, 2010, p. 1021 ss.

(32) Così, per quanto ci interessa, la previsione di intesa sia relativamente all’adozione del nuovo Codice (si veda l’intesa del 7 febbraio 2013, relativa allo schema poi confluito nel d.P.R. 62/2013), che relativamente all’adattamento delle regole relative ai codici “decentrati”, oltre che ai provvedimenti attuativi del Piano anticorruzione (cfr. art. 1, comma 60, della legge 190/2012).

a fonti di autonomia. Questo discorso, che era valso prima a giustificare le “incursioni” contenute nella decretazione legata alla crisi (finanziaria ed economica), si applica ora per la normativa di prevenzione della corruzione.

5. I nuovi codici di comportamento ed il loro rilievo a fini disciplinari

La riforma dell'articolo nel quale riposa la disciplina del codice di comportamento (il 54 del d.lgs. 165/2001) e, quindi, l'adozione del nuovo codice “base”, fornisce l'occasione per riflettere sulla natura e sul ruolo, di un istituto che, in un andamento che è stato definito “carsico”³³, ora si appresta ad essere nuovamente calato su un sistema amministrativo che, sin qui, è stato scarsamente propenso a riceverlo. In termini generali, si può affermare, alla luce delle due stagioni di codificazione “etica” e quindi dei due Codici di comportamento sin qui adottati (del 1994 e del 2000), che nell'esperienza italiana questo strumento non ha giocato un ruolo significativo nella ricostruzione dell'etica del funzionario pubblico o nella riduzione dei fenomeni di corruzione, ma neppure, più semplicemente, nell'interiorizzazione di obblighi e valori inerenti all'esercizio di funzioni pubbliche.

Le ragioni di questo “insuccesso”, proprio nell'esperienza italiana di un istituto che ha invece dato buona prova di sé nello scenario comparato (*codes of ethics*), si fonda su più motivi, sui quali si è soffermata l'attenzione della dottrina. La riferibilità del Codice di comportamento al solo personale burocratico; il complicato, ed in ultima istanza inefficiente, collegamento tra doveri pubblici e sanzioni contrattuali e quindi la dubbia valenza disciplinare delle sue disposizioni (cui si aggiunge la debolezza della responsabilità disciplinare *tout court*); la genericità delle previsioni (riferite, indifferentemente, ai dipendenti di gran parte delle amministrazioni); la scarsa specificazione dei doveri; la disattenzione relativamente alla sua adozione e implementazione sia da parte degli organi preposti che della stessa cittadinanza; la

(33) Così U. GARGIULO *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *Il lavoro nelle p.a.*, 5, 2012, p. 751.

limitata attuazione quanto ad adozione di codici propri di ogni amministrazione, pur prevista come possibilità; la scarsa conoscenza dei suoi contenuti e, soprattutto, la debole assunzione di consapevole responsabilità sul suo rispetto; l'incerta applicabilità e comunque il non adattamento specifico ai titolari di incarichi dirigenziali.

Se questi, senza pretesa di completezza, costituiscono le ragioni che hanno ostacolato l'entrata a regime, in termini di efficacia, dello strumento, viene da interrogarsi sulle risposte fornite dal legislatore a queste criticità.

In termini generali, va segnalato come la nuova formulazione dell'art. 54³⁴ costituisca senz'altro un miglioramento della disciplina, rispetto alla gran parte degli elementi di debolezza: continua a segnalarsi, criticamente, l'assenza di adeguate previsioni riferite al personale politico, ma entra nel campo visuale del nuovo Codice il personale legato all'amministrazione da rapporti professionali e di consulenza; resta in parte incompiuta la ridisciplina della materia disciplinare, ma il raccordo tra doveri pubblici e sanzioni contrattuali appare più chiaro, e certamente la nuova formulazione appare risolutiva per il riconoscimento di una autonoma valenza, non solo giuridica ma anche proprio a fini disciplinari, alle disposizioni del Codice di comportamento "base" ed a quelle contenute nei codici adottati da parte delle singole amministrazioni³⁵.

È, quest'ultimo, un aspetto decisivo, che merita di essere meglio analizzato: la valenza disciplinare del Codice, che come accennato introduce certo elementi di complessità nell'impianto, peraltro già non privo di ibridazioni, della privatizzazione del rapporto di lavoro con amministrazioni pubbliche, è un dato incontrovertibile visto il tenore letterale del nuovo art. 54 ed in particolare del comma 3³⁶. La viola-

(34) Per una lettura del quale cfr. E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 211 ss.

(35) Si veda il comma 3 dell'art. 54 del d.lgs. 165/2001.

(36) Per una diversa lettura, che partendo da una lettura "sistematica" (di una certa interpretazione) della privatizzazione tende a ridurre il valore di questa affermazione, si veda già U. GARGIULO, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, cit.

zione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, ivi compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, "è fonte di responsabilità disciplinare"³⁷.

Questo passaggio segna un evidente cambiamento rispetto a quanto previsto dalla precedente formulazione dell'art. 54, che prevedeva che i principi del Codice dovessero essere coordinati con le previsioni dei contratti: resta alla fonte negoziale la definizione delle infrazioni e delle sanzioni, ma questo avviene a valle di doveri definiti con regolamento e fonti unilaterali.

Questa previsione è ulteriormente rafforzata dall'ultimo passaggio contenuto nel terzo comma, alla luce del quale "violazioni gravi o reiterate del Codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'art. 55-*quater*, comma 1", vale a dire del licenziamento *ex lege*, introdotto dalle riforme del 2009 con riferimento ad una serie di ipotesi esplicitate nello stesso art. 55-*quater*, essenzialmente legate a violazioni, ritenute particolarmente gravi, di doveri di diligenza e prestazione lavorativa³⁸.

Viene chiaramente affermata, dunque, la tesi di una valenza a fini disciplinari del Codice di comportamento, che prescinde dal collegamento contrattuale con le relative sanzioni: i doveri preesistono e sono indisponibili rispetto alle dinamiche negoziali³⁹, né si tratta

(37) Comma 3 dell'art. 54; si noti che, alla luce del comma 5, la medesima valenza va riconosciuta ai codici adottati da ciascuna amministrazione.

(38) Ai sensi dell'art. 55-*quater* (*Licenziamento disciplinare*), "salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi: *a*) falsa attestazione della presenza in servizio [...]; *b*) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio [...]; *c*) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio; *d*) falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera; *e*) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui; *f*) condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro". La legge prevede, inoltre, ipotesi di licenziamento per insufficiente rendimento e specifica che "Nei casi di cui al comma 1, lettere *a*), *d*), *e*) ed *f*), il licenziamento è senza preavviso".

(39) Cfr. B.G. MATTARELLA, *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 1996, pp. 275

di norme “imperfette”, perché hanno un autonomo rilievo al di fuori della dimensione disciplinare⁴⁰ ed anche in questa assumono una propria efficacia in termini anche sanzionatori laddove la violazione dei doveri sia “grave” o “reiterata”.

La norma primaria introduce una serie di questioni che, per quanto chiaramente formulate e quindi insuscettibili di una rimozione interpretativa, pongono significativi problemi di “messa a sistema”: questo sia in relazione alle sanzioni applicabili alla violazione delle disposizioni del codice ancorché non “gravi o reiterate”, sia con riferimento a quelle violazioni che, per la loro consistenza o ripetizione, risultano suscettibili di giustificare persino provvedimenti espulsivi.

Da quest’ultimo punto di vista si tratta di problematiche comunque non nuove, vista la presenza di ipotesi di licenziamento *ex lege* già nelle riforme del 2009 (e quindi, appunto, nell’art. 54-*quater* del decreto 165/2001): viene in ogni caso, anche qui, in soccorso il nuovo Codice di comportamento, adottato con decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62 (secondo la nuova procedura di adozione definita dalla legge, che ne ha elevato il grado di formalizzazione ed il rango)⁴¹, che definisce i criteri da seguire nell’irrogare provvedimenti sanzionatori per violazioni di doveri comportamentali ivi contenuti.

Dopo aver ricondotto, in via generale, le sanzioni disciplinari entro criteri procedurali e principi generali, affermando che se la violazione degli obblighi “integra comportamenti contrari ai doveri di ufficio” ed è dunque “fonte di responsabilità disciplinare”, questa va in ogni

ss.; E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. “codici etici” delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto pubblico*, 1, 2002, p. 319 ss.

(40) In base allo stesso art. 54, comma 3, “La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti”; in dottrina, sulla valenza giuridica del Codice di comportamento, ci sia consentito rinviare già ad E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. “codici etici” delle amministrazioni pubbliche*, cit.

(41) Il Codice è, ora, approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata.

caso accertata “all’esito del procedimento disciplinare” e “nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni”, il Codice, all’art. 16, circoscrive l’ambito di operatività della sanzione del licenziamento *ex lege*.

Per quanto la legge preveda che le sanzioni espulsive possano seguire, in via generale, alla violazione di previsioni del codice “base” (e degli stessi codici adottati a livello di singole amministrazioni), il d.P.R. 62/2013 limita il loro raggio di azione ad alcune specifiche ipotesi, dal momento che “possono essere applicate esclusivamente nei casi, da valutare in relazione alla gravità, di violazione” di alcune disposizioni relative a regali ed altre utilità, appartenenza ad associazioni, contratti ed atti negoziali, nonché, in caso di recidiva, con riferimento sempre a regali, oltre che all’assunzione di decisioni in conflitto di interesse e, per il dirigente, all’incontrollata circolazione di informazioni false. Per quanto possa leggersi questa previsione anche in termini garantistici, appare chiara la discordanza tra Codice e norma primaria, dal momento che attraverso le previsioni del d.P.R. 62/2013 risulta non solo esclusa l’applicabilità della sanzione più grave per violazioni (ancorché gravi o reiterate) degli altri doveri definiti dal Codice, ma appare anche difficile configurare un’ipotesi di licenziamento (che pure risultava altresì espressamente prevista dalla legge) per violazioni degli ulteriori doveri contenuti nei codici adottati a livello “decentrato”. Un’ulteriore questione che si pone è quella del raccordo, al di là delle ipotesi di licenziamento, dei doveri del Codice con le sanzioni disciplinari definite (in base all’art. 55 del d.lgs. 165/2001 in questo non innovato dalla riforma) dalla contrattazione. Qui l’art. 16 del d.P.R. 62/2013 fornisce una serie di spunti utili, alla luce dei quali si può ravvisare la definizione di un nuovo assetto nel quale alla contrattazione risulta rimessa la previsione delle tipologie di sanzioni, ma non anche il raccordo tra queste ed i doveri posti unilateralmente attraverso i codici di comportamento. Infatti, a tenore del decreto, “ai fini della determinazione del tipo e dell’entità della sanzione disciplinare”, la violazione è valutata “con riguardo alla gravità del comportamento e all’entità del pregiudizio, anche morale, derivatone al decoro o al prestigio dell’amministrazione” e le sanzioni risultano dunque essere quelle “previste dalla legge, dai regolamenti e dai contratti collettivi”.

Se poniamo mente al fatto che il decreto legislativo 150/2009 ha sostanzialmente rilegificato una parte consistente della materia disciplinare, definendo in particolare “Forme e termini del procedimento disciplinare”⁴², e che ora, più di prima⁴³, i doveri posti unilateralmente definiscono in modo rilevante le condotte suscettibili di sanzione disciplinare, appare evidente un progressivo svuotamento dello spazio della contrattazione nella regolazione della materia disciplinare⁴⁴. Residuano, certo, spazi per la fissazione di obblighi e, quindi, per un codice disciplinare, ma la previsione in base alla quale “la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi”⁴⁵ va letta sempre più nel quadro dei limiti posti dallo stesso decreto 165 e, quindi, finisce per dover essere interpretata in termini restrittivi, come affidamento alla contrattazione di uno spazio oramai ridotto.

6. I nuovi “doveri minimi” dei dipendenti pubblici

Il decreto 62/2013 ha disciplinato, sulla base del novellato art. 54, i “doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta”⁴⁶ che i pubblici dipendenti sono tenuti a rispettare: in attesa dell’integrazione di questi doveri da parte dei codici di comportamento delle singole amministrazioni, si definisce dunque un nucleo di precetti che regolano i comportamenti del personale pubblico.

Ci troviamo di fronte ad un corpo di 17 articoli, che si presenta strutturalmente non distante dal precedente Codice, sia pure con differenze sostanziali.

(42) Art. 55-bis del d.lgs. 165/2001.

(43) Questo, ora, quale che fosse il valore da attribuire alla riformulazione dell’art. 55 ad opera del d.lgs. 150/2009, con l’eliminazione dell’inciso che teneva “ferma” la definizione dei doveri da parte dei Codici di comportamento.

(44) Una previsione, questa, che si inserisce dunque “nella tendenza, avviata dal d.lgs. 150/2009, a limare lo spazio della contrattazione collettiva in materia di responsabilità disciplinare” (M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, cit., 64).

(45) Art. 55 del d.lgs. 165/2001.

(46) “Doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta” e non già, come nella precedente formulazione (art. 1 del Codice di comportamento del 2000), “specificazioni esemplificative degli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità” (il corsivo è nostro).

In termini generali, la prima differenza, radicale, è appunto il porsi questo Codice non come testo “generale”, eventualmente integrabile da parte delle singole amministrazioni, ma come contenuto “minimo”, necessariamente e doverosamente suscettibile di essere ampliato e specificato. In questo senso, il fatto di mantenere una struttura “asciutta” di doveri pare assolutamente coerente col nuovo approccio.

Se scendiamo ad analizzare le singole previsioni, appare comunque evidente un qualche maggiore grado di specificazione e dettaglio: il nuovo Codice di comportamento si pone in questo senso, più del precedente, come fonte di precetti puntuali e di indicazioni operative. Resta una prospettiva di proiezione sul dipendente dei principi cardine delle riforme amministrative dell'ultimo ventennio: i doveri del dipendente costituiscono dunque un piccolo manuale che ci guida nelle trasformazioni del sistema amministrativo ed il Codice risulta essere, in particolare, lo strumento che proietta sul funzionario, come propri obblighi di condotta, le regole che reggono l'azione pubblica. Così, l'economicità, l'efficacia, l'efficienza, la trasparenza, l'imparzialità e non discriminazione, la comunicazione tra amministrazioni⁴⁷, il rispetto di standard di qualità⁴⁸, assumono un rilievo nella dimensione soggettiva dei doveri del funzionario, così come l'hanno nella dimensione oggettiva della disciplina del dispiegarsi della funzione.

Questa valenza del Codice come strumento che conforma ed indirizza l'azione porta con sé, evidentemente, il fatto di non poter sottovalutare le previsioni e, al contempo, le dimenticanze: così è per l'omissione del dovere di chiarezza di linguaggio, presente nella precedente formulazione ma non ripreso dal d.P.R. 62/2013⁴⁹.

(47) Cfr., per tutti questi principi, quanto previsto dall'art. 3 del d.P.R. 62/2013.

(48) V. art. 12, comma 3, del d.P.R. 62/2013.

(49) La cosa, si noti, appare tanto più contraddittoria se si pensa che quasi contestualmente all'adozione del nuovo Codice, lo stesso governo, con il d.lgs. 33/2013, art. 6, sanciva la chiarezza e la comprensibilità tra i principi da seguire nella diffusione di informazioni *on line*. Il dovere di “chiarezza” era previsto, nel precedente Codice di comportamento, dall'art. 11, comma 4, che prevedeva che “nella redazione dei testi scritti e in tutte le altre comunicazioni il dipendente adotta un linguaggio chiaro e comprensibile”.

Il Codice rispondendo a quanto previsto (come contenuto obbligatorio) dalla legge⁵⁰, contiene specifiche disposizioni relative a “regali, compensi ed altre utilità”, ricomprendendo in questo contesto anche un divieto di collaborazioni con soggetti privati “che abbiano o abbiano avuto nel biennio precedente un interesse economico significativo in decisioni o attività inerenti l’ufficio di appartenenza”⁵¹.

Dalla lettura delle previsioni contenute nel Codice appare presente un rafforzamento dell’attenzione al tema dei conflitti di interesse, sia reali che apparenti, ed in questo senso è evidente come lo strumento si ponga in coerenza con una disciplina volta a prevenire i fenomeni di malcostume e, al contempo, a rilegittimare le istituzioni pubbliche nei confronti dei cittadini.

Al contenimento di eventuali situazioni di conflitto, tra la funzione pubblica ed interessi privati, propri o di terzi, sono rivolti obblighi di *disclosure* (l’obbligo di comunicare la propria appartenenza ad associazioni o la presenza di rapporti di collaborazione retribuiti nel triennio precedente), doveri di astensione⁵², misure di trasparenza.

Interessante è, in questo contesto ma complessivamente, l’attenzione che viene prestata alla “apparenza”⁵³: è un tratto distintivo dell’etica pubblica quello di dedicare specifica valenza non solo alla concreta o potenziale lesività dei comportamenti, ma anche alla valutazione pubblica che può connettersi ad una determinata condotta. Questo “pa-

(50) Infatti, in base al comma 1 dell’art. 54 del d.lgs. 165/2001, esso “comunque prevede per tutti i dipendenti pubblici il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l’espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d’uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia”.

(51) Art. 4 d.P.R. 62/2013.

(52) Artt. 6, comma 2, e 7 d.P.R. 62/2013.

(53) Da notare però, al contrario, come sia particolarmente scarna la disciplina dei doveri “fuori dal servizio”: questo può forse essere giustificato dal fatto che si tratta di doveri il cui rilievo è fortemente variabile, legandosi strettamente alle funzioni, alle qualifiche ed alle competenze affidate ai diversi funzionari ed ai diversi settori di intervento (v. D. CASALINI, *La rilevanza dei comportamenti “fuori servizio” dei dipendenti pubblici*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, cit., spec. pp. 234-240). È dunque, questo, un ambito nel quale un ruolo significativo appare correttamente affidato ai codici delle singole amministrazioni.

radosso”⁵⁴ dell’etica pubblica, per il quale la forma finisce per essere sostanza, si sviluppa in varie previsioni del decreto: così, l’obbligo di astensione rileva in situazioni di conflitto “anche potenziale”⁵⁵ con interessi personali. Più complessivamente, a rilevare è però l’attenzione al pericolo di pregiudizio per l’immagine dell’amministrazione, che emerge già tra i principi generali del Codice⁵⁶ che si preoccupa, sempre in termini generali, di “preservare il prestigio” delle istituzioni⁵⁷. I doveri contenuti nel Codice sono suscettibili di essere integrati attraverso due percorsi distinti.

Da un lato, secondo quanto previsto già a livello di norma primaria, questi si arricchiscono dei doveri “relativi all’attuazione del Piano di prevenzione della corruzione”⁵⁸, dei quali la legge afferma (al pari) la valenza a fini disciplinari. In questo senso, nel Codice, è contenuta una norma “in bianco” di collegamento: una sorta di “clausola di ingresso” sulla scorta della quale “il dipendente rispetta le prescrizioni contenute nel piano”⁵⁹.

Inoltre, il Codice “base” deve essere integrato e specificato attraverso propri codici da parte delle amministrazioni, adottati “con procedura aperta alla partecipazione”, previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione (ovviamente, se previsto dalla legge). Qui la legge lascia alcuni dubbi, o meglio consente un certo spazio di apprezzamento: in primo luogo, rispetto alle modalità partecipative da seguire. Si tratta, evidentemente, di percorsi rimessi alle singole amministrazioni, ma che paiono in ogni caso orientati diversamente rispetto a quanto previsto dalla precedente formulazione

(54) Cfr. D.F. THOMPSON, *Paradoxes of Government Ethics*, in *Public Administration Review*, 3, 1992, p. 254 ss.

(55) Art. 6, comma 3, d.P.R. 62/2013.

(56) Art. 3, comma 3, ma cfr. anche art. 10, sempre del d.P.R. 62/2013, che si preoccupa di evitare che il comportamento nei rapporti privati del dipendente “possa nuocere all’immagine dell’amministrazione”.

(57) Art. 4, comma 3, d.P.R. 62/2013.

(58) Art. 54, comma 3, d.lgs. 165/2001.

(59) Art. 8 del d.P.R. 62/2013.

dell'art. 54, che al comma 5 prevedeva la possibilità, da parte di ciascuna amministrazione, di adottare proprie regole di condotta “sentite le organizzazioni sindacali rappresentative” (nonché “le associazioni di utenti e consumatori”).

Appare evidente, al riguardo, la scelta di non riconoscere un ruolo privilegiato alle associazioni sindacali nella definizione dei doveri “pubblici” dei funzionari⁶⁰: escluse dal processo di adozione del Codice “nazionale”⁶¹, le associazioni sindacali *possono* rientrare tra i soggetti coinvolti nel percorso volto all’approvazione dei Codici da parte delle singole amministrazioni, ma al pari degli altri *stakeholders* e sulla base delle scelte e dei modelli partecipativi propri di ciascuna istituzione⁶².

Il processo partecipativo di adozione dei nuovi Codici di comportamento delle singole amministrazioni è un passaggio importante, nella prospettiva di un’applicazione “politica” e non meramente burocratico-formale della previsione: la scommessa aperta dalla legge 190/2012 sul fronte dell’etica pubblica potrà, infatti, essere vinta se le amministrazioni coglieranno realmente quest’opportunità “e si asteranno dal ripetere, nei loro codici, enunciazioni di principio già presenti nella legge e nel codice generale”⁶³.

Un’altra, diversa questione si pone rispetto all’organo competente all’adozione del Codice “decentrato”: la precedente formulazione rimetteva la facoltà all’organo di vertice di ciascuna amministrazione, mentre nel nuovo testo si parla di “ciascuna amministrazione”. Premesso che la soluzione di questi, ed altri, dubbi può ritenersi rimessa

(60) Il nuovo art. 54 del d.lgs. 165/2001, infatti, “non menziona più, in nessun passaggio, il ruolo delle organizzazioni sindacali, né per la fase di redazione del codice generale, né per l’adozione di codici da parte delle singole amministrazioni” (v. E. D’ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, cit., p. 222).

(61) Nella precedente formulazione dell’art. 54 del d.lgs. 165/2001, era espressamente previsto che l’adozione del Codice avvenisse sentite le associazioni sindacali.

(62) Sull’essere la partecipazione un contenitore suscettibile di essere variamente riempito di contenuti, specie in casi come questo in cui la formulazione del legislatore è particolarmente “aperta”, si veda ad es. A. VALASTRO, *Dizionario della partecipazione*, Perugia, 2012.

(63) In questi termini B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit.

già alla CIVIT⁶⁴, cui compete la definizione di “criteri, linee guida e modelli uniformi per singoli settori o tipologie di amministrazione” proprio al fine dell’adozione da parte di ciascun soggetto pubblico di un proprio codice di comportamento “integrativo”, pare in ogni caso evidente che, così come il codice “base” è stato adottato dal vertice politico, lo stesso possa ritenersi per le singole amministrazioni.

D’altro canto, rispetto al Piano per la prevenzione della corruzione, che come visto si integra strettamente con il Codice, la legge è esplicita nell’affidare la competenza all’organo di indirizzo politico dell’amministrazione. Ancora, la natura del Codice, che per omogeneità con il codice base deve ritenersi (e preferirsi) regolamentare, circoscrive e chiarisce ulteriormente rispetto alla competenza sull’adozione, salva l’incertezza che residua a livello locale tra competenza consiliare (soluzione che pare preferibile)⁶⁵ o di giunta⁶⁶.

Va peraltro premesso che, a livello territoriale, l’adozione del Codice è anche legato, secondo quanto previsto dall’art. 1, comma 60 della legge 190/2012, alla definizione di intese, in Conferenza unificata, che si riferiscono a diversi momenti attuativi della riforma, ma che riguardano in modo specifico anche l’adozione dei codici “decentrati”. A queste intese, previste entro 120 giorni dall’entrata in vigore della legge 190/2012, compete, secondo la circolare della funzione pubblica⁶⁷, anche l’individuazione delle “necessarie misure di flessibilità” volte

(64) Nonché, per le amministrazioni territoriali, all’intesa da definire in Conferenza unificata secondo quanto previsto dall’art. 1, comma 60, della legge 190/2012.

(65) Questo, sia per ragioni più propriamente politiche, per conferire la massima legittimazione ed investitura politica al Codice, in un contesto di condivisione o quantomeno partecipazione delle minoranze, sia per ragioni di competenza, che derivano dal fatto che il rilievo *organizzativo* del Codice di comportamento è “indiretto” (cfr. F. MERLONI, in questo fascicolo, par. 7.1), e questo fa sorgere dubbi rispetto alla competenza della Giunta comunale.

(66) Questo, in particolare, in virtù della competenza che il TUEL (d.lgs. 267/2000, art. 48, comma 3) rimette alla Giunta comunale rispetto all’adozione del regolamento sull’ordinamento degli uffici e dei servizi.

(67) Circolare n. 1/2013 del Ministro Patroni Griffi, avente ad oggetto *Legge n. 190 del 2012 – Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*.

ad adattare alle specificità degli enti locali i meccanismi della legge. La valenza disciplinare del codice delle singole amministrazioni (al pari di quello “base”), sposta sulla contrattazione decentrata un pezzo significativo delle esigenze di raccordo tra doveri (rilevanti a fini disciplinari) e sanzioni corrispondenti, ed ha dunque effetti sulla struttura della contrattazione⁶⁸: in ogni caso, sia con riferimento ai doveri contenuti nel Codice “base” che a quelli definiti dalle amministrazioni, oltre che relativamente a quelli fissati dai Piani anticorruzione⁶⁹, alla contrattazione, quale che ne sia il livello, non competerà definire “se” alla violazione corrisponda una sanzione disciplinare, ma piuttosto fissare quale sia la sanzione, nel rispetto di principi di proporzionalità e gradualità. Non il “cosa” è rilevante ai fini disciplinari, in sostanza, ma il “come” (oltre che, evidentemente, la definizione di ulteriori obblighi disciplinari più direttamente rilevanti nella prospettiva dell’efficiente prestazione lavorativa).

7. L’ambito soggettivo di applicazione

Il Codice trova applicazione per tutto il personale delle pubbliche amministrazioni, così come definite dall’art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, dunque ivi compresi gli enti territoriali⁷⁰, e si riferisce tanto al personale in regime di diritto privato quanto (compatibilmente “con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti”) alle restanti categorie di personale in regime di diritto pubblico.

Risultano escluse dal campo di applicazione della norma alcune figure professionali comunque destinatarie di proprie regole di condotta, quali i docenti universitari⁷¹. Per i magistrati e gli avvocati dello Stato,

(68) Cfr. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit.

(69) Sui quali, cfr. F. DI CRISTINA, *I piani per la prevenzione della corruzione (art. 1, commi 5-14)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, cit., p. 91 ss.

(70) Costituisce parziale eccezione solo il regime previsto per le Regioni a Statuto speciale e per le Province di Trento e Bolzano: qui le previsioni del codice si applicano “nel rispetto delle attribuzioni derivanti dagli statuti speciali” in materia di organizzazione e contrattazione collettiva del personale regionale e locale (art. 2, comma 4, del d.P.R. 62/2013).

(71) Per i quali la legge 240/2010 prevede specifici codici etici.

lo stesso art. 54 prevede uno speciale regime di codificazione etica, che peraltro riproduce in larga misura quanto già fissato nella precedente formulazione.

Con riferimento all'ambito di applicazione, sono però soprattutto due le novità di un certo rilievo. Ferma la disattenzione per la "politica" (e, quindi, per i funzionari onorari che compongono, per elezione o nomina, gli organi politici di vertice delle amministrazioni), il Codice trova, infatti, sia pure entro percorsi parzialmente diversi, espressamente applicazione per i "collaboratori e consulenti" e per i dirigenti delle amministrazioni⁷².

Dal primo punto di vista, ci troviamo di fronte ad una novità certamente rilevante: le pubbliche amministrazioni sono tenute ad estendere "per quanto compatibili" gli obblighi di condotta previsti dal Codice anche al personale "non dipendente" (collaboratori, consulenti, titolari di organi e incarichi negli uffici di diretta collaborazione, financo i "collaboratori di imprese fornitrici di beni e servizi"). A tal fine negli atti di incarico o nei contratti "le amministrazioni inseriscono apposite [...] clausole di risoluzione o decadenza dal rapporto in caso di violazione degli obblighi". Questa previsione, che conferisce natura contrattuale alla applicazione degli obblighi del Codice a persone esterne alle pubbliche amministrazione, appare una soluzione apprezzabile, perché elimina, come ravvisato anche dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema del regolamento, "ogni possibile contrasto con la norma primaria"⁷³.

Dalla seconda angolazione, merita attenzione il fatto che la posizione del dirigente⁷⁴, già in termini di responsabilità disciplinare ed ora di doveri di comportamento, sia progressivamente uscita dal cono d'om-

(72) Cfr., criticamente rispetto alla assenza di una esplicita previsione di queste categorie nell'art. 54 del d.lgs. 165/2001 (assenza cui ovvia, ora, lo stesso d.P.R. 62/2013), E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, cit., p. 225.

(73) Si veda Consiglio di Stato, sez. atti normativi, 21 febbraio 2013, n. 00097/2013.

(74) Dirigenti che sono menzionati, nella nuova formulazione, "non solo nella veste di controllori [...] ma anche nella veste di controllati, a loro volta passibili di sanzioni disciplinari" (così E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, cit., p. 224).

bra nel quale era stata posta dall'errata equiparazione con il modello della dirigenza privata, dove la dimensione disciplinare è sostanzialmente eclissata dal rapporto fiduciario che intercorre con il datore di lavoro. Ciò su cui punta il riformato Codice, anche sulla base di quanto previsto a livello legislativo, è dunque una specificazione dei doveri del dirigente, cui si applicano le altre disposizioni del d.P.R. 62/2013 ma che è in modo puntuale destinatario, insieme alle altre figure "assimilate"⁷⁵, delle previsioni contenute nell'art. 13.

Come accennato, uno dei problemi che aveva contribuito alla scarsa applicazione del precedente Codice era stata la sua eccessiva genericità: questo, in particolare, mentre la specificità del ruolo dirigenziale, delle sue competenze e dei suoi poteri richiede, e giustifica, la previsione di regole dedicate. Il Codice contiene, dunque, secondo quanto fissato dall'art. 54, comma 1, "una specifica sezione dedicata ai doveri dei dirigenti, articolati in relazione alle funzioni attribuite": troviamo, qui, obblighi più penetranti di *disclosure*, ma soprattutto doveri relativi alla gestione del personale. Ecco, allora, doveri, peraltro di massima generici, quali l'adozione di un "adeguato comportamento organizzativo"⁷⁶, la cura del benessere organizzativo, l'attenzione all'aggiornamento del personale ed all'inclusione⁷⁷, l'equa ripartizione dei carichi di lavoro⁷⁸, la valutazione imparziale del personale⁷⁹, oltre che la sollecita attivazione della responsabilità disciplinare e la tempestiva denuncia di eventuali reati⁸⁰.

(75) Ai sensi dell'art. 13, comma 1, del d.P.R. 62/2013, tali previsioni si applicano ai dirigenti, ivi compresi i titolari di incarico "esterni" (v. art. 19, comma 6, d.lgs. 165/2001) e ai soggetti che svolgono funzioni equiparate a quelle dirigenziali negli uffici di diretta collaborazione, oltre che i titolari di posizioni organizzative negli enti privi di dirigenza.

(76) Art. 13, comma 2, d.P.R. 62/2013.

(77) Art. 13, comma 5, d.P.R. 62/2013.

(78) Art. 13, comma 6, d.P.R. 62/2013.

(79) Art. 13, comma 7, d.P.R. 62/2013.

(80) Art. 13, comma 8. Previsione, quest'ultima, che si lega peraltro ai compiti di "vigilanza sull'applicazione del Codice" che il d.lgs. 165/2001, art. 54, affida appunto ai dirigenti.

8. Profili e problemi applicativi: il ruolo delle amministrazioni

Da poco entrato in vigore, il Codice di comportamento, ma nel complesso lo stesso sistema delle politiche anticorruzione, si trova di fronte a sfide decisive, che ne segneranno il radicamento nel tessuto amministrativo o, al contrario, la condanna, dopo l'ennesimo tentativo di rilancio, all'irrelevanza.

Non mancano gli elementi che consentono di porsi di fronte alla fase attuativa, che pure sconta un momento politico non privo di incertezze, con un ragionevole, ancorché moderato, ottimismo: per la prima volta il Codice, rinvigorito nella sua valenza giuridica, chiaritone il rilievo disciplinare, si pone all'interno di un sistema di strumenti, destinati a rinforzarsi (o sorreggersi) l'un l'altro.

È evidente, in particolare, lo stretto collegamento tra la predisposizione dei piani anticorruzione e l'efficace messa a punto del Codice di comportamento: il Piano, previsto dall'art. 1, comma 5, della legge 190/2012, "indica gli interventi organizzativi" volti a prevenire il rischio di corruzione ed alla sua adozione ed al suo rispetto è preposto un responsabile che è chiamato a rispondere a titolo personale (e disciplinare), salvo che provi di aver predisposto il piano e di aver vigilato sul suo rispetto⁸¹. Dal momento che i contenuti del Piano, come visto, si integrano con i doveri del Codice e ne costituiscono parte, risulta evidente che il responsabile dell'anticorruzione finisce per essere chiamato a sovrintendere, e vigilare, anche sul corretto funzionamento delle regole di condotta, intendendo con questo, in particolare, la predisposizione di adeguate politiche di formazione per favorirne la conoscenza e di controllo per assicurare l'emersione di eventuali violazioni.

Per quanto attiene agli aspetti legati alla formazione, il nuovo sistema di doveri richiederà di essere interiorizzato, perché possa essere effettivamente in grado di dispiegare i suoi effetti: decisiva è in questo senso una formazione che sia ad un tempo "culturale" (e, quindi, propriamente etica) e "tecnica" (con riferimento puntuale ai doveri ed alle condotte che si richiedono nei diversi contesti), che si affianchi in

(81) V. l'art. 1, comma 12, della legge 190/2012.

questo processo ai più incisivi meccanismi volti ora a garantire la conoscenza dei Codici, a partire da quello generale (la consegna al dipendente, ma anche la sua sottoscrizione come momento di assunzione consapevole di responsabilità, oltre che le misure di pubblicità)⁸². Rilevante, nel processo di *enforcement* del nuovo modello, è anche il rapporto con le regole di trasparenza⁸³, che contribuiscono a definire un ambiente maggiormente favorevole per l'emersione di comportamenti scorretti, nonché quello con le norme sull'inconferibilità che consentono di eliminare in radice una serie di situazioni di potenziale conflitto di interessi⁸⁴.

Significativo, per una migliore efficacia dello strumento, è, però, in misura non secondaria, il suo inserirsi in un contesto di rafforzamento della funzionalità della responsabilità disciplinare, frutto in larga parte delle riforme del 2009 che hanno inteso rendere più agevole l'attivazione di procedure volte all'irrogazione di sanzioni, oltre che a favorire l'emersione dei comportamenti devianti.

Resta, anche dopo le riforme, il rischio legato al fatto che, nelle amministrazioni pubbliche, l'interesse a perseguire la devianza disciplinare è spesso "un interesse minimo"⁸⁵: il legislatore ha costruito, tra

(82) Un passaggio, quello della sottoscrizione, che assume un rilievo in qualche misura assimilabile a quello del giuramento, non più previsto per il personale "privatizzato", quale assunzione come propri dei doveri inerenti alla funzione.

(83) Il collegamento tra trasparenza ed integrità, esaltato dalla legge 190/2012 e dal successivo d.lgs. 33/2013, è presente in modo significativo anche nelle riforme di pochi anni prima. Così, la stessa Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza (CIVIT), nel fornire le sue linee di indirizzo per la redazione dei piani per la trasparenza, aveva evidenziato che "con riferimento alla legalità e alla cultura dell'integrità, la pubblicazione di determinate informazioni pubbliche risulta *strumentale* alla prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni. [...] La trasparenza è, dunque, il mezzo attraverso cui prevenire e, eventualmente, disvelare situazioni in cui possano annidarsi forme di illecito e di conflitto di interessi" [...] Pertanto, gli obblighi di trasparenza risultano correlati a un siffatto novero di principi e regole nella misura in cui il loro adempimento è volto alla rilevazione di ipotesi di *maladministration e alla loro consequenziale eliminazione*" (delibera 105/2010).

(84) Il riferimento è, in primo luogo, alle ipotesi di inconferibilità di incarichi a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni (d.lgs. 39/2013, artt. 4 e 5).

(85) Così P.G. LIGNANI, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, cit.

le riforme del 2009 e quelle del 2012, un sistema fatto di incentivi e automatismi, forme di responsabilizzazione, misure organizzative, meccanismi di trasparenza, che mirano a “forzare” all’intervento un datore di lavoro pubblico tradizionalmente scarsamente sollecito nel riscontrare violazioni alle regole di condotta⁸⁶.

La perdurante presenza di una, seppure variamente, penetrante capacità dei vertici politici di condizionare la dirigenza⁸⁷, da un lato indebolisce l’autonoma capacità di questa di assumere una veste pienamente datoriale, dall’altro trasferisce sulla politica, in assenza però di adeguati meccanismi di responsabilizzazione, un ruolo significativo nella costruzione di un “clima” di contrasto alla *maladministration* e di sostegno ed incentivo all’attivazione di procedure sanzionatorie. In questo senso, una delle lacune della legge 190/2012, vale a dire il mancato intervento sul versante dello *spoils system*⁸⁸ e dell’indipendenza “soggettiva” della dirigenza, rischia di pregiudicare il funzionamento dei rinnovati istituti volti al rafforzamento dell’imparzialità e dell’integrità dei funzionari.

È, complessivamente, una sfida, quella della prevenzione e del contrasto della corruzione e ricostruzione di un’etica pubblica, che richiede dunque un forte investimento, a livello di vertici politici ed amministrativi nei diversi enti ed organismi pubblici. Il rischio, altrimenti, è quello, cui si è già assistito, di un’adesione meramente formale alla riforma, ai suoi piani e codici, attraverso un’amministrativizzazione di questi processi. La stanca e “dovuta” attuazione, a livello di singole amministrazioni, della riforma mediante la predisposizione formalistica dei piani e programmi, l’adozione di propri codici di comporta-

(86) In questo senso cfr. già, ad es., P. VIRGA, *La responsabilità disciplinare*, in *Atti del LXIV convegno di studi amministrativi di Varenna*, Milano, 1999, p. 308, per il quale “nel rapporto pubblicistico manca un padrone sollecito a far rispettare i doveri del dipendente”.

(87) La questione, che rimanda in particolare alla tematica dello *spoils system*, è da ultimo ampiamente affrontata da B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, cit.

(88) Cfr. B.G. MATTARELLA, M. CLARICH, *La prevenzione della corruzione*, cit., 67, che segnalano tra le “lacune più evidenti” il mancato intervento sui meccanismi di *spoils system*.

mento visti come meri “adempimenti” di obblighi legali, costituisce un rischio non minore dell’attenuarsi della spinta ed attenzione politica a livello nazionale.

La copertura politica, e dei cittadini, rispetto a questi processi è decisiva, sia a livello governativo che, non meno, a livello di singole amministrazioni. Lo strumentario predisposto dal legislatore appare, questa volta, certo perfettibile ma adeguato; resta da verificare se, a partire dalla fase di formazione sulla conoscenza del Codice per arrivare all’adozione di codici calibrati sulle singole realtà, un sistema politico ed amministrativo quanto mai debole troverà al suo interno le energie per rispondere a queste sfide e, così facendo, rilegittimarsi.

La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali

Benedetto Ponti

Abstract

Tra le misure anticorruzione introdotte dalla legge 190/2012, trova posto anche una "stretta" nella regolazione dei meccanismi di accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti pubblici. L'esclusività del servizio, in funzione della tutela dell'imparzialità amministrativa, viene rafforzata rendendo obbligatoria ed esplicita la valutazione analitica dei potenziali conflitti di interesse attivati dall'incarico, e chiede alle amministrazioni di stilare un catalogo di incarichi comunque vietati. Il contributo, oltre ad analizzare tali misure, segnala i problemi che possono derivare da una applicazione non adeguatamente governata ed eccessivamente differenziante di tali istituti a livello regionale e locale.

1. Premessa

La specifica disciplina anticorruzione, adottata nella parte finale della XVI legislatura, ha contribuito in modo decisivo a rimettere al centro dell'attenzione (e dell'azione) del legislatore i profili attinenti allo *status* giuridico dei soggetti che, in diverso modo e con diversi gradi di responsabilità diretta¹, concorrono all'esercizio delle funzioni pub-

(1) Si noti, infatti, che i diversi istituti introdotti, riformati o rafforzati dalla legge 190/2012 e dai connessi decreti legislativi delegati riguardano diverse figure soggettive, con ambiti di applicazione variabili: le incandidabilità di cui al d.lgs. 235/2012 riguardano le cariche elettive; le inconfiribilità e le incompatibilità di cui al d.lgs. 39/2013 gli incarichi dirigenziali; il divieto di accesso ad incarichi esterni in costanza di servizio – art. 53 del d.lgs. 165/2001 come riformulato – concerne tutti i dipendenti; il divieto di accesso a specifici incarichi *dopo* la cessazione dal servizio – comma 16-ter sempre dell'art. 53 – invece, solo i dipendenti con poteri "autoritativi o negoziali"; ecc.

bliche, per ciò che concerne, in particolare, il profilo della imparzialità. Rinviano per una lettura più sistematica al contributo di Enrico Carloni², si vuole qui concentrare l'attenzione su quegli istituti a tutela dell'imparzialità che mirano a prevenire l'insorgenza di una situazione di conflitto di interessi relativamente alla funzione amministrativa *attualmente esercitata*, insorgenza connessa al contemporaneo svolgimento, da parte degli addetti all'esercizio della funzione pubblica, di un incarico *estraneo* all'esercizio dei compiti propri dell'ufficio ricoperto. In particolare, una volta ricostruito il quadro normativo disegnato dalle modifiche apportate all'art. 53 del d.lgs. 165/2001, si intende verificare in che termini tali disposizioni trovino applicazione anche a livello regionale e locale, con particolare riferimento ai meccanismi di attuazione/adeguamento previsti nella stessa legge 190/2012; e quali problemi tali adeguamenti pongono.

2. *La ratio sottesa agli istituti dell'esclusività (e la sua potenziale evoluzione)*

L'intervento operato relativamente al meccanismo di regolazione dell'accesso ad incarichi estranei ai doveri di ufficio consiste sostanzialmente in un rafforzamento delle sue logiche ispiratrici, legate al principio di *esclusività* del servizio. Come noto, tale principio si declina su due fronti, ben distinguibili. Per un verso, l'esclusività mira alla preservazione delle energie fisiche ed intellettuali del funzionario (da dedicarsi al migliore esercizio dei compiti connessi all'ufficio), energie che potrebbero essere depauperate in occasione dello svolgimento di compiti ed attività ulteriori, anche al di fuori dell'orario di servizio. Per altro verso, l'esclusività attiene alla dimensione deontica dell'azione delle amministrazioni pubbliche in quanto *funzione*, siccome orientata e conformata dal legislatore (e dalla Costituzione, prima ancora). In questo caso, l'esclusività vale, appunto, ad escludere che sulla funzione possano influire/incidere interessi e finalità non contemplati dallo schema funzionale. Il che comporta la previa

(2) E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in questo fascicolo, p. 377 ss.

individuazione non soltanto di *quali finalità* devono indirizzare e conformare l'esercizio della funzione, ma pure dei *modi* mediante i quali i diversi interessi coinvolti possono manifestarsi ed incidere *legittimamente* su tale esercizio, con esclusione (appunto), in quanto illegittimi, di tutti gli altri modi³.

È su questo secondo fronte che incidono le modifiche all'art. 53 del d.lgs. 165/2001, riportando il *focus* dei meccanismi dell'esclusività sulle esigenze dell'imparzialità soggettiva, dopo una stagione nella quale l'attenzione del legislatore si era dedicata in modo prevalente ai profili del buon andamento (*sub specie* di *performance*), anche con riferimento alla regolazione dell'accesso a incarichi extrafunzionali⁴.

(3) Secondo la più classica accezione dell'imparzialità in senso *escludente*, che però appare – con riferimento ai modi di *manifestazione degli interessi* – evidentemente connessa a quella di imparzialità *inclusiva*: la definizione degli istituti, delle regole e delle modalità mediante i quali gli interessi possono legittimamente tentare di incidere sulla direzione che debba assumere l'esercizio della funzione amministrativa, infatti, delinea anche, in negativo, l'ambito di incidenza/condizionamento *non legittimo*. Sul principio di esclusività, cfr. da ultimo: G. SIRIANNI, *I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze Passigli, 2010; nonché i saggi raccolti in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Angeli, 2009 e B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007.

(4) In questo senso, va segnalato il deciso cambio di segno impresso alla disciplina del *part-time* nel pubblico impiego. Infatti, per effetto delle previsioni di cui alla legge 662/1996 (art. 56 ss.), i dipendenti a tempo parziale (con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno) non soggiacevano ai limiti dell'art. 58 del d.lgs. 29/1993 (poi confluiti nell'art. 53), quanto allo svolgimento di attività extrafunzionali, ferma restando la verifica (caso per caso) dell'esistenza di un conflitto di interessi. A questo si aggiungeva una disciplina particolarmente favorevole per il ricorso al *part-time*, che si è venuta configurando alla stregua di un diritto soggettivo del dipendente: l'amministrazione, a fronte della domanda di transito al *part-time*, non poteva respingerla (salvo, appunto, la verifica dei profili di conflitto dell'attività extrafunzionale che il dipendente intendeva intraprendere), ma solo procrastinarne l'accoglimento (per esigenze di funzionamento) per un massimo di sei mesi. Di conseguenza, le esigenze di servizio si configuravano come recessive, a fronte dell'interesse del dipendente a ricorrere al tempo parziale, per poter beneficiare del più favorevole regime di accesso ad incarichi extrafunzionali (e, per la verità, anche la verifica della situazione di conflitto di interesse è stata resa meno stringente, al fine di favorire il ricorso al *part-time*: cfr. art. 39, comma 25, della legge 449/1997). Di contro, per effetto delle modifiche introdotte con il d.l. 112/2008, ogni automatismo nel passaggio al regime di tempo parziale è stato eliminato, e l'amministrazione ha recuperato una

Ma, come si dirà tra breve, si tratta di un intervento che mira a rafforzare l'impianto esistente, e non a stravolgerlo.

Come noto, infatti, il principio di esclusività si traduce nel divieto – per i dipendenti pubblici – di svolgere attività ulteriori *retribuite*, divieto che assume i caratteri dell'*assolutezza* con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 60 ss. del d.P.R. 3/1957, e della *relatività* con riferimento a tutte le altre attività, dal momento che – in questo caso – il divieto può essere superato per effetto di specifica autorizzazione da parte della stessa amministrazione. Il divieto è poi ulteriormente temperato dalla esplicita previsione di (enumerate, e tendenzialmente tassative) ipotesi di attività (sempre retribuite) che, in deroga ai divieti appena visti, possono essere svolte *liberamente* dagli interessati (ossia, senza la necessità della previa autorizzazione)⁵.

Come detto, il divieto soffre di un più generale temperamento, dal momento che il meccanismo di regolazione appare destinato ad operare solo con riferimento ad attività – continuative, ovvero episodiche o comunque saltuarie – caratterizzate per il fatto di essere *retribuite*, con la conseguente esclusione delle attività svolte a titolo gratuito⁶.

discrezionalità piena nel negare la trasformazione nel caso in cui questa “comporti, in relazione alle mansioni e alla posizione organizzativa ricoperta dal dipendente, pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione” (cfr. art. 58 della legge 662/1996, nella sua attuale formulazione).

(5) L'elenco di attività liberamente esercitabili è dettato al comma 6 (anche se a queste si aggiungono altre deroghe di carattere soggettivo; ad esempio, per i professori universitari, cfr. art. 6, comma 10 della legge 240/2010). Secondo V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, p. 1112, tali ipotesi sono “solo tendenzialmente tassative e ben suscettibili di interpretazione estensiva in ossequio a concorrenti principi anche costituzionali”, anche se poi l'autore riconduce la possibilità di interpretazione estensiva all'esercizio dei diritti e dei doveri di rilievo costituzionale (ad es., la libertà di manifestazione del pensiero, ovvero la libertà artistica, ecc.; sul punto, v. *infra*).

(6) Di recente, tuttavia, la Cassazione ha affermato (anche in termini perentori) – con specifico riferimento alla fattispecie dell'attività commerciale di cui all'art. 60 del t.u. n. 3 del 1957 – che il carattere della gratuità della attività *extrafunzionale* non costituisce elemento utile a qualificarla (invece) come sottratta al divieto imposto dal medesimo articolo (richiamato integralmente dall'art. 53 del d.lgs. 165/2001), il quale “prevede che l'impiegato non possa esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione, senza alcun riferimento ad attività retribuita, onde il divieto deve ritenersi assoluto, a prescindere dalla sussistenza o meno di una remunerazione, ovvero di una continuità

Si tratta di un aspetto di rilievo della disciplina positiva, e – va subito notato – non del tutto coerente con le sue logiche ispiratrici. Non è coerente con gli intenti “efficientisti” dell’esclusività, perché ben può darsi un’attività extralavorativa non retribuita che – per continuità e spessore dell’impegno richiesti (o profusi dal diretto interessato) – comporti un consumo di energie tale da ripercuotersi sulla prestazione lavorativa⁷, ciò che il principio di esclusività mira invece a prevenire⁸. E – di converso – può accadere che attività pure retribuite e magari routinarie, per la loro consistenza, non configurino un significativo dispendio di energie.

D’altro canto, il criterio della retribuzione non sembra rispondere in modo esaustivo nemmeno alle esigenze di preservazione della funzione (e del suo esercizio) dall’influenza illegittima (per identità e per modalità di manifestazione) degli interessi. Infatti, le ragioni (i meccanismi) in base a cui il funzionario può dare ingresso (ed accordare prevalenza) ad interessi, in modo difforme (e dunque, non legittimo) rispetto allo schema di esercizio della funzione comprendono certamente la logica dello *scambio*, ma non si limitano a questa. Infatti, il funzionario può dare illegittima preferenza a determinati interessi, opzioni, esigenze anche in ragione delle proprie convinzioni, appartenenze ed adesioni ideali (politiche, filosofiche, religiose, ecc.), ossia al di fuori della logica di scambio, ma – appunto – in una logica di *adesione*⁹, che è anch’essa capace di porre in questione il canone

della prestazione lavorativa diversa da quella espletata alle dipendenze della p.a.” (così Cass., sez. lavoro, 26 novembre 2012, n. 20857); per una critica dell’eccessivo rigore di questa decisione, cfr. A. MONEA, *Il dipendente pubblico non può svolgere attività extralavorative di natura commerciale*, in *Azienditalia – Il Personale*, 2, 2013, p. 53.

(7) In questi termini, cfr. V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, cit., p. 1110: “La limitazione appare discutibile, in quanto anche un incarico gratuito potrebbe risultare assorbente e usurante, mentre vi possono essere incarichi onerosi ma routinari e non logoranti”.

(8) In questi casi, non potendosi attivare strumenti di carattere preventivo, tali esigenze finiscono per scaricarsi integralmente sulla sede disciplinare, ad eventuale sanzione dello scarso rendimento causato dalla consumazione (*extra moenia*) delle energie e delle risorse lavorative.

(9) Sulle dinamiche di condizionamento (*rectius*, autocondizionamento) basate sui

dell'imparzialità. Questa incongruenza comincia a manifestarsi anche sul piano positivo: si pensi, ad esempio, all'istituto della *non conferibilità* di incarichi dirigenziali a coloro che ricoprono o abbiano ricoperto nel periodo immediatamente precedente cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali¹⁰, ovvero a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico¹¹. È qui evidente che la ragione della (temporanea) misura di *disqualification* (che impedisce, cioè, al soggetto interessato di svolgere una determinata funzione amministrativa) – in una con le esigenze di tutela della pubblica fiducia nell'imparzialità dell'azione amministrativa – è connessa anche al (presupposto) vincolo ideale che lega tale soggetto all'organizzazione (politica o sindacale) di appartenenza, ciò che costituirebbe fattore di potenziale (o probabile) "corruzione" della funzione, nel senso di patologica alterazione del suo esercizio¹². Tali notazioni sono utili ad evidenziare un potenziale percorso evolutivo intrapreso dall'ordinamento, percorso lungo il quale anche la *summa divisio* tra incarichi retribuiti e non – quale criterio dirimente nell'applicazione degli istituti a tutela dell'esclusività della funzione – potrebbe essere messa in discussione. Ancora di più se ci si pone nell'ottica della valutazione delle opzioni applicative conseguenti alla rivisitazione e rafforzamento degli istituti volti a regolare l'interferenza con interessi estranei *in corso di esercizio* conseguente alle modifiche dell'art. 53 del d.lgs. 165/2001. Con l'avvertenza che ogni disciplina volta a tenere conto anche dei meccanismi di condizionamento per adesione è sempre costretta a fare i conti con un bilanciamento particolarmente delicato,

meccanismi di adesione, sia consentito rinviare a B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2012, p. 97 ss.

(10) Art. 53, comma 1-*bis* del d.lgs. 165/2001, così come introdotto dall'art. 53 del d.lgs. 150/2009.

(11) Cfr. la complessiva disciplina *ex novo* dell'istituto dell'inconferibilità di incarichi dirigenziali contenuta nel d.lgs. 39/2013, in attuazione della specifica delega di cui all'art. 1, commi 49 e 50, della legge 190/2012.

(12) Cfr. F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

e costituzionalmente sensibile, dal momento che si tratta di limitare (o condizionare, in qualche modo) libertà personali e diritti politici e sociali. Con la conseguenza che: *a*) non è sempre agevole individuare il punto di equilibrio nel soddisfacimento delle esigenze che si pongono in conflitto (ad es: tutela dell'imparzialità amministrativa *vs.* esercizio dei diritti di partecipazione politica o sindacale, ovvero libera manifestazione del pensiero); *b*) non tutti gli strumenti giuridici sono adatti allo scopo, richiedendosi per tale opera di bilanciamento la fonte legislativa primaria¹³.

3. L'accesso ad incarichi esterni nelle modifiche all'art. 53 del d.lgs. 165/2001

Il sistema di regolamentazione dell'accesso ad incarichi esterni da parte dei dipendenti è oggetto di due significative modifiche, per effetto della legge 190/2012:

- 1) per quanto concerne l'ambito degli incarichi vietati solo in termini *relativi*, ossia che possono essere svolti solo previa autorizzazione, le modifiche introdotte impongono in modo esplicito che l'amministrazione valuti *sempre* in modo specifico la compatibilità dell'incarico al fine di escludere che esso possa configurare una situazione di conflitto di interessi, anche potenziale;
- 2) correlativamente, lo stesso ambito degli incarichi vietati in termini *relativi* è oggetto di un processo di ridimensionamento a favore dell'ambito degli incarichi vietati in termini *assoluti*. Infatti, il nuovo comma 3-*bis* rimette ad appositi regolamenti del governo il compito di individuare "secondo criteri differenziati in rapporto alle diverse qualifiche e ruoli professionali, gli incarichi vietati ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2".

(13) A mero titolo di esempio, il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, recentemente riformulato (cfr. d.P.R. 62/2013, in seguito alla riscrittura dell'art. 54 del d.lgs. 154/2001 ad opera dell'art. 1, comma 44, della legge 190/2012), appare ben consapevole degli effetti che possono derivare dalla *adesione* del funzionario ad associazioni o organizzazioni i cui interessi possano entrare in conflitto con quelli oggetto delle funzioni esercitate, salvo però escludere l'operatività dei (blandi) meccanismi di regolazione ivi previsti (dovere di comunicazione dell'adesione/partecipazione) nel caso di associazioni politiche e sindacali: cfr. l'art. 5, comma 1, del Codice.

Come si vede, dunque, un intervento che ha oggettivamente un impatto *restrittivo* rispetto alla possibilità di accedere ad incarichi esterni. Da una parte, infatti, l'ordinamento è destinato (in esito all'adozione dei regolamenti di cui al comma 3-*bis*) a contemplare un numero maggiore di casi in cui l'accesso all'incarico è comunque vietato (*iuris et de iure*). Si tratterà, stando ai criteri informativi indicati dal legislatore, di fattispecie *differenziate*, ossia di ipotesi che (diversamente dai casi richiamati al comma 1 dell'art. 53) non troveranno uniforme applicazione per tutti i dipendenti pubblici, ma che sono destinate a *modellarsi* (ed a variare), con riferimento alle diverse amministrazioni considerate, ai ruoli funzionali e alle qualifiche professionali. Una indicazione significativa, che colloca detto istituto (la previsione di ulteriori casi di incarichi comunque *interdetti* ai dipendenti pubblici) *integralmente* sul fronte della tutela dell'imparzialità (e non in quello dell'efficienza/funzionalità). Infatti, tale differenziazione si giustifica solo sulla base della (diversa) valutazione in merito all'alterazione della funzione potenzialmente determinata dall'ingresso di interessi in conflitto (o comunque, interferenti) con l'interesse curato dall'amministrazione, per effetto dello svolgimento di un incarico extrafunzionale¹⁴. Valutazione che muta al mutare della potenziale capacità del dipendente di incidere sulle determinazioni dell'amministrazione, che a sua volta è variabile dipendente dal ruolo ricoperto, nonché dalla specifica qualifica professionale (in relazione alla tipologia di funzione esercitata, di interessi curati, ecc.); laddove, invece, la valutazione del pregiudizio derivante dal dispendio di energie in sede extralavorativa non risulta correlata alla tipologia del servizio espletato. Pertanto, in presenza di un rischio evidente di alterazione della fun-

(14) Uno schema simile, finalizzato alla individuazione di incarichi comunque vietati, in ragione della loro evidente interferenza con l'esercizio della funzione era già previsto con riferimento ai dipendenti in *part-time* (cfr. art. 58-*bis* della legge 662/1996: "le amministrazioni provvedono, con decreto del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, ad indicare le attività che in ragione della interferenza con i compiti istituzionali, sono comunque non consentite ai dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno"): ove adottate, dette previsioni sono evidentemente destinate a confluire (ovvero, ad essere assorbite) nei regolamenti di cui al comma 3-*bis*.

zione, in connessione al grado potenziale di incidenza sull'esercizio della funzione ed alla tipologia di incarico extrafunzionale, si procederà alla introduzione di una ipotesi di *divieto assoluto*. *Evidenza* che consisterà nella possibilità di individuare in via preventiva situazioni di conflitto tra gli interessi che non richiedano, o rendano superflua, una verifica in concreto della singola fattispecie (caso per caso), in ragione del carattere strutturale della situazione di conflitto in questione. Si pensi al caso di un incarico di consulenza affidato ad un dirigente titolare dei poteri di spesa da parte di una impresa strutturalmente destinataria (*ratione materiae*) delle erogazioni conseguenti all'esercizio di tali poteri; o, ancora, si pensi al caso di un incarico di ricerca conferito ad un soggetto titolare dei poteri di vigilanza e sanzionatori da parte di una società potenzialmente oggetto dell'esercizio di tali poteri; e così via.

In casi come questi, lasciare dei margini di apprezzamento (se autorizzare o meno l'incarico) espone la stessa amministrazione (e la collettività) all'adozione di scelte comunque molto pericolose per la tenuta del quadro legale che conforma lo statuto della funzione: una esigenza che risulta prevalente (in ossequio al principio costituzionale di *esclusività*), laddove i benefici e gli interessi connessi allo svolgimento dell'incarico *extrafunzionale* non assurgano ad un pari rilievo. Diversamente, per tutti gli altri incarichi (retribuiti¹⁵), l'amministrazione sarà comunque tenuta a verificare (caso per caso) l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi, anche potenziale. Verifica che, se positiva, comporta comunque il diniego dell'autorizzazione¹⁶. Un

(15) Nonostante le considerazioni di principio esposte nel paragrafo precedente, quantomeno per la autorizzazione puntuale degli incarichi, anche in relazione alla verifica delle situazioni di conflitto di interessi potenziale, continua ad imporsi il criterio della *retribuzione*. Non soltanto in ragione del dato positivo (cfr. art. 53, commi 6 e 7, che si riferiscono esplicitamente ai soli incarichi retribuiti; ma anche la più generale previsione di cui al comma 5, riferendosi ad incarichi attribuiti "da società o persone fisiche, che svolgano attività d'impresa o commerciale", sembra voler implicare la non gratuità della prestazione richiesta).

(16) Infatti, ai sensi dei commi 7 e 9 e 14 dell'art. 53 (così come modificati dalla legge 190/2012), ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione di appartenenza deve verificare "l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi".

onere motivazionale che mira a responsabilizzare tutti gli attori coinvolti, mentre la trasparenza assicurata a tali atti autorizzativi¹⁷ rende più agevolmente verificabile il corretto esercizio di tali prerogative¹⁸. In termini complessivi, dunque, le modifiche introdotte fanno sì che, in ogni caso, la presenza di una situazione di conflitto di interessi, anche potenziale, comporta il divieto dello svolgimento dell'incarico extrafunzionale: in termini generali e preventivi (nei casi di divieto assoluto), ovvero a seguito della verifica caso per caso (diniego di autorizzazione). Una misura di salvaguardia (dell'esclusività del servizio, *sub specie* di garanzia dell'imparzialità) che, sebbene probabilmente

(17) L'art. 53 impone oneri di informazione e comunicazione concernenti le autorizzazioni accordate, che hanno come destinatario prevalente il Dipartimento per la Funzione Pubblica, e mirano pertanto alla realizzazione di forme di trasparenza *verticale*, finalizzata a consentire alle amministrazioni del "centro" di disporre dei dati indispensabili per conoscere l'evoluzione del fenomeno, quantificarne i costi, relazionare al Parlamento, proponendo anche gli eventuali correttivi. Forme di trasparenza *orizzontale* (ossia destinate alla diffusione generalizzata mediante pubblicazione via web) riguardano solo i dati concernenti i contratti di consulenza conferiti (comma 14). Questo evidente limite, con riferimento alla funzione della trasparenza in relazione alla capacità di attivare forme diffuse di controllo civico, è ora in buona misura colmato dagli obblighi di pubblicazione e diffusione previsti nel d.lgs. 33/2013 (c.d. Codice della trasparenza), ed in particolare dall'art. 18, ai sensi del quale "Le pubbliche amministrazioni pubblicano l'elenco degli incarichi conferiti o autorizzati a ciascuno dei propri dipendenti, con l'indicazione della durata e del compenso spettante per ogni incarico".

(18) Si noti, tuttavia, che manca nell'articolo (con specifico riferimento ai commi da 11 a 16, dedicati alle misure di trasparenza) un simmetrico onere di trasparenza con riferimento agli atti di *diniego* delle autorizzazioni, ciò che renderà meno agevole conoscere, e quindi classificare (come pure valutare) i casi nei quali le amministrazioni verificheranno (invece) la presenza (nel caso concreto) di una situazione di conflitto di interessi. Si potrà, cioè, operare solo per deduzioni *a contrario*, in base all'analisi delle autorizzazioni accordate (nelle quali è motivata l'assenza del conflitto di interessi). Non è chiaro, inoltre, se anche il conferimento di un incarico da parte di un'amministrazione pubblica comporti la verifica dell'insussistenza da parte dell'amministrazione di appartenenza. I dati positivi appaiono, infatti, contraddittori. Il comma 8 non ne fa cenno, diversamente dai commi 5 e 7 (che pacificamente si riferiscono anche all'autorizzazione per incarichi conferiti da amministrazioni pubbliche). Ma l'incertezza è determinata – soprattutto – dalla circostanza che in caso di inerzia a fronte di una richiesta di autorizzazione per incarico da svolgersi presso altra amministrazione pubblica, operi il meccanismo del silenzio assenso (a differenza degli altri casi, dove il silenzio equivale a diniego). Con la conseguenza che, in tali casi, l'incarico si direbbe autorizzato anche in assenza (o comunque, senza la richiesta esplicitazione) della verifica dell'insussistenza della situazione di conflitto di interessi.

già compresa nella formula che pretendeva, ai fini dell'autorizzazione, di "escludere casi di incompatibilità"¹⁹, appare oggi certamente rafforzata, sia in ragione del convergere della *ratio* sottesa alla complementare previsione degli incarichi vietati in assoluto; sia in ragione della esplicitazione della verifica dell'insussistenza del conflitto di interessi (anche solo potenziale) come *criterio guida* ai fini della autorizzabilità degli incarichi extra funzionali. Sì che, attualmente, si può affermare con un grado maggiore di sicurezza (sia quanto al contenuto del principio di esclusività, sia quanto alle conseguenti misure operative) che l'ordinamento consente ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni lo svolgimento dei soli incarichi esterni che *non configurano in alcun modo* situazioni di conflitto di interessi, anche solo potenziale (fatti salvi gli ulteriori profili in ordine alla tutela dell'esclusività *sub specie* efficienza).

4. L'applicazione delle modifiche dell'art. 53 a Regioni ed enti locali

L'analisi delle condizioni di applicazione delle disposizioni appena esaminate – concernenti le modalità di regolazione dell'accesso dei dipendenti pubblici ad incarichi extrafunzionali – ai livelli di governo regionale e locale deve muovere da alcune aporie (o comunque, da aperte contraddizioni) presenti nel testo legislativo che le ha introdotte. Aporie dovute, con ogni probabilità ed in parte maggiore, alle condizioni, ai tempi ed ai vincoli del dibattito parlamentare in cui tale approvazione è maturata. Condizioni che sono efficacemente testimoniate dalla scelta (tutta legata alla tattica parlamentare, in relazione all'apposizione della questione di fiducia da parte dal governo), di trasformare un testo legislativo complesso, composto di circa ventisette articoli, in un testo con due soli articoli, nel quale l'art. 1 racchiude l'intero corpo normativo, per un totale di ottantatré commi. Quasi fisiologico, in simili condizioni, che le esigenze connesse alla tattica parlamentare abbiano finito per fare premio sulla coerenza del testo. Con riferimento alle modifiche all'art. 53 del d.lgs. 165/2001 (al pari delle altre misure anticorruzione introdotte nei commi da 1 a 57), esse

(19) Cfr. il comma 5 dell'art. 53, anche nella sua versione originaria, quale derivata dall'art. 58 del d.lgs. 29/1993.

sono qualificate dal legislatore come misure “di diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all’art. 97 della Costituzione, [e] sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni”. Mediante questa formula, il legislatore intendeva assicurarsi l’uniforme applicazione di tali disposizioni con riferimento a tutti i livelli di governo, consapevole (e timoroso) che il rispetto del riparto ordinario di competenze normative variamente implicate dalle disposizioni in questione, e con specifico riferimento all’ambito materiale dell’organizzazione amministrativa (così fortemente *differenziabile*), avrebbe potuto ritardarne nel tempo l’entrata in vigore (dovendo riconoscere ai livelli di governo territoriale il tempo necessario per approntare le conseguenti modifiche ordinamentali), con il rischio anche di vederne diluita la portata precettiva. La strada prescelta non è, di per sé, immune da rischi, dal momento che la auto-qualificazione normativa non sottrae la disciplina statale al sindacato di costituzionalità in ordine al rispetto degli ambiti di competenza. E tuttavia, qui il problema sta anche nel fatto che, con riferimento all’individuazione *ex ante*, con atto normativo, degli incarichi comunque vietati, per un verso, la disciplina applicabile appare quella deliberata *al centro*, secondo il procedimento (e dagli attori) indicati nel comma 3-*bis*²⁰; per altro verso, il comma 60 demanda, invece, ad apposite intese in sede di Conferenza unificata la definizione degli adempimenti, con l’indicazione dei relativi termini, delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali, nonché degli enti pubblici e dei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo, volti alla piena e sollecita attuazione delle disposizioni della presente legge, con particolare riguardo: “... *b*) all’adozione, da parte di ciascuna amministrazione, di norme regolamentari relative all’individuazione degli incarichi vietati ai dipendenti pubblici di cui all’art. 53, comma 3-*bis*, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”. Al di là della considerazione per cui il tenore testuale dell’articolo sembra

(20) I regolamenti governativi, infatti, sono chiamati ad individuare “gli incarichi vietati ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2”, e quindi – esplicitamente – anche con riferimento ai dipendenti di Regioni ed enti locali.

attribuire alle intese un compito quasi “sollecitatorio”, così da dare tempi certi alla piena attuazione degli adempimenti legislativi (quelli della legge 190/2012), resta il fatto che l’individuazione degli incarichi vietati appare compito riservato a ciascuna singola amministrazione locale, ciò che pare escludere la stessa praticabilità di una disciplina centralizzata di tali fattispecie, come invece previsto nel comma 3-*bis* (salvo a non immaginare un implicito meccanismo di sostituzione preventiva/cedevolezza, ciò che però pare smentito dai criteri che devono conformare tale opera, e che sembrano invece consigliare l’adozione di regolamenti *personalizzati* sulle esigenze dei singoli dicasteri interessati, con ciò che ne consegue in termini di estensibilità di tali disposizioni all’ambito regionale e locale).

Tuttavia, anche a voler prendere per buona questa soluzione, certamente più rispettosa delle prerogative costituzionali degli enti territoriali²¹, essa apre più problemi di quanti non ne risolva. Infatti, mentre la previsione di distinti, “appositi” regolamenti per i diversi dicasteri risponde all’esigenza di differenziazione degli incarichi vietati in relazione alle (diverse) tipologie di interessi destinati ad entrare strutturalmente in conflitto con le finalità e gli interessi istituzionali perseguiti dai diversi plessi ministeriali, l’adozione di singoli regolamenti da parte di ciascuna Regione od ente locale non risponde alla medesima *ratio*, dal momento che le funzioni amministrative esercitate da ciascuno dei livelli di governo in questione sono sostanzialmente omogenee (per tipologia), ed in quanto tali non sembrano giustificare la potenziale differenziazione delle regole conseguente alla piena esplicazione di questo meccanismo. Insomma, essa sarebbe foriera di un trattamento differenziato di casi del tutto simili (se non identici) con ovvio impatto sull’efficacia delle politiche di prevenzione della corruzione, ma prima ancora sul principio di eguaglianza²². In que-

(21) Una preoccupazione manifestata da V. ANTONELLI, *L’applicazione della legge 190/2012 alle autonome territoriali*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit.

(22) Sulle dinamiche della differenziazione, e sul suo complesso rapporto con il principio di uguaglianza, si veda E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

sto senso, occorre attribuire alla sede dell'intesa un ruolo ben più pregnante di quello tratteggiato dal legislatore²³. È quella una sede *unitaria* nella quale appare possibile elaborare il contenuto essenziale della disciplina regionale e locale in questione, così da assicurarle non solo una pronta adozione, ma anche un contenuto uniforme. A questo punto, si potrebbe anche prevedere un termine per l'adozione degli appositi regolamenti locali, assistito dalla vigenza sussidiaria (a partire dalla scadenza del termine per l'adeguamento) e cedevole delle norme adottate in sede di intesa.

D'altra parte, l'adozione dei singoli regolamenti da parte di Regioni ed enti locali non apparirebbe priva di effetto (in quanto meramente ripetitiva dei contenuti dell'intesa), stando alla clausola di chiusura di cui al già richiamato comma 60, lett. *b*), in virtù della quale l'adozione dei regolamenti da parte di ciascuna amministrazione locale deve avvenire "ferma restando la disposizione del comma 4 dello stesso art. 53"²⁴. Ora, il richiamo di tale comma appare un po' forzato, non soltanto in termini soggettivi (la clausola si riferisce a regolamenti destinati a disciplinare gli incarichi extrafunzionali dei magistrati), ma anche con riferimento alle modalità di regolazione dell'accesso agli incarichi, dal momento che i regolamenti in questione sono destinati ad individuare non solo gli incarichi *vietati* ai magistrati, ma anche quelli loro *consentiti*, mentre quelli di cui al comma 3-*bis* sono chiamati ad individuare solo gli incarichi vietati ai dipendenti pubblici. L'effetto, tuttavia, è chiaro. In assenza dell'adozione dei regolamenti in questione (da parte di Regioni ed enti locali), il campo degli incarichi autorizzabili è destinato a restringersi in modo notevole, necessitando di una previa specifica previsione normativa. Una misura, anche qui, di carattere evidentemente *sollecitatorio*, che tuttavia rischia di far

(23) I compiti dell'intesa sembrano circoscritti dal legislatore ad assicurare la "piena e sollecita attuazione" delle disposizioni della legge 190/2012, ossia a dare tempi certi all'adozione delle misure di adeguamento (che, però, è cosa diversa dalla mera attuazione) da parte di Regioni ed enti locali.

(24) L'art. 53, comma 4 recita: "Nel caso in cui i regolamenti di cui al comma 3 non siano emanati, l'attribuzione degli incarichi è consentita nei soli casi espressamente previsti dalla legge o da altre fonti normative".

pagare ai dipendenti (in termini eccessivi, forse, anche considerando gli effetti di una attuazione a macchia di leopardo) le inadempienze ed i ritardi delle amministrazioni di appartenenza. Resta, peraltro, da capire se i regolamenti di cui si tratta sono solo quelli adottati successivamente alle modifiche dell'art. 53, ovvero se la condizione è soddisfatta anche in presenza di regolamenti locali (ed il caso è abbastanza frequente) che già in precedenza regolavano in qualche modo l'accesso agli incarichi esterni; e, in questo caso, se sia sufficiente una regolamentazione purchessia (ad es. recante l'esplicitazione dei "criteri oggettivi e predeterminati" di cui al comma 5 dell'art. 53), ovvero se essa debba contenere la previsione di almeno alcune ipotesi di *divieti assoluti*; fermo restando, in ogni caso, il dovere di adeguamento ai contenuti uniformi eventualmente deliberati (come auspicato) in sede di Conferenza unificata.

Il discorso è destinato a complicarsi ulteriormente con riferimento all'attuazione della previsione *de qua* negli ordinamenti regionali. Infatti, se pure il comma 60 fa riferimento a "norme regolamentari", è evidente che le Regioni ben potranno assolvere a tale incombenza anche mediante l'adozione di apposite leggi. Anzi, v'è da chiedersi se vi sia effettivamente spazio per l'adozione di norme regolamentari – a livello regionale – o se detta materia non debba (quantomeno in prima battuta) essere oggetto di una disciplina di rango legislativo. Le indicazioni provenienti dalla legge 190/2012 appaiono di senso contrario: la stessa disciplina statale è demandata a regolamenti governativi di cui all'art. 17, comma 2 della legge 400/1988, ossia a c.d. regolamenti "delegificanti", chiamati – cioè – a sostituire (abrogandola) la previa disciplina primaria in contrasto con le proprie previsioni. Al di là degli evidenti limiti di una simile tecnica di innovazione dell'ordinamento (soprattutto, in ragione della mancata indicazione dei principi e criteri cui conformare la disciplina di rango secondario, come imposto dal richiamato art. 17, comma 2), è evidente che essa può disporre solo con riferimento all'ordinamento statale, mantenendo integro il relativo spazio regolativo le Regioni (tanto più, in quanto direttamente afferente alla materia "organizzazione amministrativa"). La preferenza per la fonte primaria, tuttavia, apre anche ad alcune opportunità. Le Regioni, infatti, potrebbero approfittare di questa occasione per arti-

colare i divieti assoluti, nonché i criteri utili per la valutazione della situazione di conflitto d'interesse in sede di autorizzazione, secondo una logica più aderente alla *ratio* dell'esclusività (con specifico riferimento alla tutela dell'imparzialità), secondo la già richiamata direzione di marcia, che si allontana dal bruto criterio della *retribuzione* dell'incarico, per contemplare (e tenere conto di) ulteriori fattori di condizionamento dell'attività amministrativa (i meccanismi di condizionamento che abbiamo definito "per adesione"). Un'opportunità che le Regioni (a differenza degli enti locali) sembrano in condizione di cogliere, proprio in ragione della disponibilità della fonte primaria, e che consentirebbe loro di (tornare a) svolgere un ruolo di sperimentazione, così da saggiare le ulteriori conseguenze di approccio (diverso) già in parte delineato dalle disposizioni adottate nel corso della XVI legislatura.

Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale

Marco Magri

Abstract

La recente legislazione anticorruzione in tema di trasparenza amministrativa (da ultimo il d.lgs. 33/2013), manifesta l'intento di rendere effettivo il concetto di accessibilità totale mediante il riconoscimento di situazioni soggettive apparentemente "nuove": diritti di "chiunque" rafforzati da un diritto di "accesso civico" a dati, informazioni e documenti amministrativi che devono essere pubblicati. Ad una indagine appena più approfondita, tuttavia, nulla si rivela modificato rispetto al comune istituto dell'accesso ai documenti amministrativi, mentre la tutela dei diritti soggettivi a fruire delle informazioni già accessibili, nonché le controversie sul diritto di accesso a dati personali viene globalmente devoluta, come materia "violazione di obblighi di trasparenza" alla giurisdizione amministrativa; il che non pare in linea con i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza 204/2004.

1. I profili soggettivi del concetto di accessibilità totale

La legge 190/2012 assume un raggio di contrasto alla corruzione molto più esteso di quello che si potrebbe tracciare restando all'interno della specificità penalistica del fenomeno¹. A chi chieda se è possibile definire in modo compendioso questo ampio respiro del legislatore, sarebbe facile rispondere che in sostanza il contrasto alla corruzione inizia dalla considerazione del cattivo andamento dei pubblici uffici e, non ultima, dalla esigenza di rimuovere una delle condizioni che agevolano questa patologia: la non visibilità e, in certi casi, la segre-

(1) B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 123 ss.

tezza dei fatti amministrativi. Da qui il bisogno di pubblicità e di trasparenza dei dati la cui conoscenza, a giudizio del legislatore, rende il funzionario esposto all'opinione popolare, lo dissuade dal malaffare, fa sì che diventi parte di una nuova relazione giuridica ideata per permettere il controllo da parte della collettività. Su questo punto, già dalla "riforma Brunetta" (legge 150/2009) le analisi di accompagnamento alla nuova dimensione concettuale della trasparenza sono state talmente esplicite da rendere inutile ogni ulteriore considerazione².

L'art. 11 del d.lgs. 150/2009, l'art. 1, commi 35 ss. della legge 190/2012 e, da ultimo, il d.lgs. 33/2013, ispirandosi al concetto di *accessibilità totale*, danno veste ad un tipo di cittadino informato sull'andamento generale dei pubblici uffici e capace di uno sguardo più occhiuto sull'organizzazione della pubblica amministrazione³. La legge ne alimenta una immagine diversa da quella idealizzata entro il vecchio modello della pubblica amministrazione che si rende percepibile dai cittadini unicamente attraverso atti di volizione (segretezza come principio; imperatività come valore ideologico retrostante alla comunicazione del provvedimento⁴); più spregiudicata anche della immagine del cittadino-parte di un "rapporto giuridico" o di un "contatto" qualificato (trasparenza come elemento della partecipazione al procedimento amministrativo⁵ e della organizzazione della pubblica amministrazione)⁶.

Ma l'accessibilità totale è diversa anche – e soprattutto – dalla ideografia che più aveva dato luogo a proclami di trasparenza: quella

(2) C. SILVESTRO, *Trasparenza e riforma Brunetta*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 706 ss.

(3) B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., p. 128.

(4) La quale può avvenire nella forma della pubblicazione, combinata al diritto dei destinatari di ricevere copia dell'atto o del documento. Per queste notazioni, V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953, p. 258.

(5) M. BOMBARDELLI, *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, in F. MERLONI (a cura di) *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 400.

(6) Su questi profili, in parte emergenti dalla disciplina di cui all'art. 26 della legge 241/1990, E. CARLONI, *L'obbligo di pubblicazione*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 1192 ss.; A. PIOGGIA, *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 693 ss.

del cittadino avente un *diritto di accesso* ai documenti amministrativi, subordinatamente alla titolarità di una posizione legittimante (art. 22 legge 241/1990). Il diritto alla visione ed estrazione di copia di documenti, secondo la legge 241/1990, spetta solamente a chi sia in grado di giustificare la propria istanza con la necessità di tutelare situazioni giuridicamente rilevanti. Perciò, come la dottrina ha giustamente osservato, il principio-cardine dell'accesso ai documenti amministrativi non è affatto incompatibile con un principio di segretezza ed in qualche misura, anzi, lo presuppone come regola generale⁷.

Da questo angolo di visuale, il modo più conveniente di esplicitare il concetto di *accessibilità totale* appare proprio quello di insistere sul confronto con alcuni tra i principali elementi che connotano l'istituto dell'accesso formale ai documenti amministrativi.

Il decreto legislativo 33/2013 riconosce, a fronte di un obbligo di pubblicazione di documenti, dati e informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, un "diritto alla conoscibilità" che coincide con la garanzia, accordata a *chiunque*, di conoscere, fruire gratuitamente, utilizzare e riutilizzare i dati pubblicati. In caso di omessa pubblicazione, il diritto di cui sopra è garantito dalla previsione di una procedura formale di "accesso civico", attivabile da parte di *chiunque* e senza limitazioni legate alla legittimazione soggettiva del richiedente. Il potere del cittadino di provocare la pubblicazione delle informazioni sul sito web, così da rendere immediatamente accessibili i dati pubblicati, capovolge la regola affermata dall'art. 24, comma 3, della legge 241/1990, secondo cui "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni"⁸, laddove il fine della nuova legge è proprio

(7) C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 51; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione: istituti/categorie di diritto pubblico e di diritto privato a confronto*, ivi, p. 676.

(8) Per questa ed altre notazioni, sulla falsariga di quelle appena sottolineate nel testo, si può leggere la delibera della Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche, 14 ottobre 2010, n. 105, *Linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (articolo 13, comma 6, lettera e), del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*.

consentire “forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche” (art. 1 d.lgs. 33/2013).

Diverso è inoltre il *contenuto* del nuovo diritto civico, che non è limitato alla conoscenza di ciò che è “rappresentazione del contenuto di atti” (come da definizione di “documento amministrativo” data dall’art. 22 legge 241/1990), ma è esteso a tutto ciò per cui la legge abolisce il diritto alla riservatezza dei titolari di funzioni pubbliche o modifica il regime di pubblicità o, ancora, impone ai corpi amministrativi di rendere note alcune informazioni. Il *diritto alla conoscibilità* è un *diritto ad essere informati*, a cui corrisponde un obbligo di diffusione da parte di un peculiare canale di informazioni, quale è ora la pubblica amministrazione.

Il nesso tra trasparenza e prevenzione della corruzione si fa, a questo punto, molto chiaro. Il diritto all’informazione amministrativa non è tanto e non solamente un diritto del cittadino di avere contezza di com’è organizzata l’amministrazione, ma anche e soprattutto una presa di conoscenza di alcuni aspetti della vita delle persone che la compongono. Per questo buona parte della nuova disciplina interviene a modificare regole sulla protezione dei dati personali, poiché il bersaglio delle norme è l’esposizione individuale diretta di chi ha la titolarità di funzioni pubbliche. Lo scopo è quello di agevolare il formarsi di una opinione pubblica sull’andamento dei pubblici uffici, di incoraggiare la percezione sociale dei fatti amministrativi e, non ultimo, di incutere ai titolari di pubbliche funzioni il timore di una sanzione per riprovazione collettiva del loro operato.

Ciò su cui non pare esservi dubbio, è che l’accessibilità totale dia a *chiunque* la possibilità di elaborare una ipotesi accusatoria spendibile nei modi più diversi: non importa come il cittadino usi l’informazione, ma il fatto stesso che sia informato. È questo: la visibilità del potere, che integra la condizione giuridica del controllo diffuso; e non pare neppure estranea alla nuova legge la finalità di incentivare un rapporto di “collaborazione” tra cittadini e autorità.

2. La necessità di distinguere la situazione “finale” (diritto di ricevere informazioni) da quella “strumentale” (diritto di accesso civico)

Per cercare di riassumere e di mettere in ordine i profili sin qui esposti, con uno sguardo più ravvicinato al decreto del 2013, si direbbe dunque che la normativa anticorruzione abbia dato forma ad un “rapporto giuridico” tra l’obbligo di pubblicazione che grava sull’amministrazione e il “diritto alla conoscibilità” di *ciascun cittadino*, per quanto concerne i documenti, dati e informazioni previsti dal d.lgs. 33/2013. Posizione passiva o sfavorevole, la prima, attiva o di vantaggio, la seconda. Si può aggiungere che l’adempimento dell’obbligo da parte del primo soddisfa un interesse specifico del secondo, nonostante il decreto sia inequivocabile nello stabilire che questo secondo termine del rapporto è “chiunque”. Ciò si evince chiaramente dall’art. 3 del d.lgs. 33/2013: “tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell’art. 7” ed ancor più immediatamente dall’art. 2 dello stesso decreto: alla pubblicazione “corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”.

Il decreto del 2013 costituisce quindi una delle (non frequenti) fonti di un dovere di informazione, cui corrisponde il diritto di ricevere informazioni. Della valenza generale di questo rapporto si era dubitato, nel campo degli studi di diritto dell’informazione, sia perché rispetto ai principi dell’art. 21 Cost. non può esistere un generale “dovere” di informare (essendo al contrario la libertà d’informazione il principio generale⁹⁾ sia perché anche nei confronti della pubblica amministrazione, dove pure i principi di buon andamento e imparzialità di cui all’art. 97 Cost. abilitano il legislatore a costruire un quadro normativo d’ispirazione opposta, un dovere di comunicazione istituzionale era stato perlopiù introdotto da normative di settore, quali la legge 150/2000 (disciplina delle attività di informazione e di comunicazio-

(9) R. ZACCARIA, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Padova, 2007, p. 68.

ne delle pubbliche amministrazioni) o la legge 195/1995 in materia di informazione ambientale¹⁰ (e più spesso, anche in questi ambiti, mediante semplici doveri verso la collettività, cioè doveri senza corrispondenti diritti).

La particolare consistenza di questo diritto ad essere informati è corroborata dall'impostazione della restante disciplina recata dal decreto. Tutto sembra uniformarsi alla garanzia di situazioni funzionali all'immediatezza dell'esercizio ispettivo del singolo sulla pubblica amministrazione.

Evidente ad esempio è il collegamento dell'art. 3 all'art. 9 d.lgs. 33/2013, che prescrive l'inserimento di una apposita sezione dal titolo *Amministrazione trasparente* nella home page dei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni. Questa norma intende assicurare che le modalità di esercizio del diritto di accesso e di fruizione dei dati restino stabilmente rimesse all'uso più familiare delle tecnologie digitali. Si è già accennato alla maggiore semplicità di accesso che è garantita dall'uso dell'informatica; e si dirà tra breve che il *diritto alla conoscibilità* assume, proprio grazie a queste modalità di esercizio, la fisionomia del *diritto soggettivo*, il cui contenuto è la *facoltà* di fruire del materiale informatico oggetto di pubblicazione fin dal momento in cui questo viene messo in rete, entrando così immediatamente nella disponibilità dell'interessato.

Considerazioni simili valgono per l'obbligo delle amministrazioni pubbliche di assicurare la qualità delle informazioni *pubblicate* (integrità, aggiornamento, completezza, ecc.) previsto dall'art. 6 del d.lgs. 33/2013. In apparenza questa norma si presta ad una lettura che v'intraveda un potere di amministrazione del dato pubblicato. L'impressione è però che essa qualifichi solamente in modo più dettagliato, per rapporto ai pubblici uffici, il dovere generale di "non ledere" il diritto di ricevere informazioni (facoltà di uso e fruizione del contenuto dell'obbligo della pubblicazione), di modo che la violazione degli obblighi summenzionati, sanzioni personali a parte, configura una comune ipotesi di responsabilità civile dell'amministrazione.

(10) G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2009, p. 38; R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 53.

Bisogna però fare attenzione a tener distinte, all'interno del concetto di trasparenza, *due distinte posizioni*. La prima posizione soggettiva consiste nel diritto del cittadino di ricevere le informazioni e di utilizzarle o riutilizzarle liberamente (il *diritto alla conoscibilità*): situazione per così dire *finale*, in quanto concepibile posteriormente all'adempimento degli obblighi di pubblicazione; e che nulla vieta di considerare a tutti gli effetti come un autentico *diritto soggettivo ad essere informati*.

L'altra posizione soggettiva del cittadino, il diritto di accesso civico di cui all'art. 5 d.lgs. 33/2013, è una situazione *strumentale* al diritto alla conoscibilità. Ha ad oggetto l'interesse a che l'amministrazione effettivamente adempia gli obblighi di pubblicazione dei dati, dei documenti e delle informazioni prescritti dalla legge. Quindi il suo bisogno di tutela nei confronti della pubblica amministrazione non sorge dalla pubblicazione espletata, ma, semplicemente, dal fatto della omessa o parziale pubblicazione. Sulla struttura di questo ultimo interesse, né più né meno di quanto si è fatto a proposito della natura del diritto di accesso ai documenti amministrativi, vi sarebbe molto da discutere. Ma sta di fatto che l'accesso civico riceve dal d.lgs. 33/2013 *la tutela tipica dell'interesse legittimo*: la soddisfazione dell'interesse soggiace ad una procedura formale di accesso; le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; il rito, camerale, è lo stesso previsto per l'accesso ai documenti amministrativi¹¹.

3. La mancata introduzione di un diritto civico alla pubblicità

È il momento di lasciare sullo sfondo alcuni temi toccati dal discorso fin qui abbozzato, che si perdono in discorsi più ampi. Essi meriterebbero di essere indagati ad una maggiore profondità: i profili costituzionali del diritto alla trasparenza – tra cui il collegamento al “diritto di essere informati” (art. 21 Cost.); i riflessi organizzativi dell'obbligo di pubblicazione; il rapporto tra diritto alla trasparenza e diritto alla

(11) Il quadro ora descritto emerge dalle modifiche apportate agli artt. 23, 87, 116 e 133 del Codice del processo amministrativo dall'art. 52 del d.lgs. 33/2013.

riservatezza; il problema della struttura “civica” del diritto alla trasparenza. Su tutti tali aspetti sembra preferibile un rinvio a trattazioni più complete, di cui si riuscirebbe, in questa sede, ad offrire solo una inesatta compilazione¹².

Proseguiamo dal punto in cui eravamo rimasti: l'accesso civico come diritto strumentale alla libera fruizione di dati, documenti e informazioni pubblicate.

L'accesso civico è il fulcro dell'intera disciplina. Abbiamo già sottolineato che esso non deve essere confuso con il diritto di accesso ai dati pubblicati sui siti istituzionali delle amministrazioni, cioè con la *accessibilità*, che ha una struttura del tutto differente. Nell'immediatezza del decreto del 2013 ha prevalso forse questa impressione: che l'accessibilità ai dati pubblicati sui siti istituzionali faccia, del diritto di accesso civico, un vero e proprio diritto civico¹³. Resta da verificare se sia realmente così o se la differenza con il diritto di accesso ai documenti amministrativi, regolato dalla legge 241/1990, non si riduca a poca cosa, o a semplice apparenza.

Diciamo intanto, in astratto, prescindendo cioè dalla concreta soluzione adottata dal legislatore, che l'idea di un diritto “civico” di accesso reclama la mancanza di una specifica *situazione legittimante* di chi richieda determinati documenti, dati, informazioni. Prova lampante ne è il modello statunitense del *Freedom of Information Act* (FOIA), che

(12) Fondamentali gli scritti raccolti nel volume di F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008. In particolare, per affinità all'argomento qui trattato, i capitoli di F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, p. 3 ss.; G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, p. 29 ss.; C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, cit.; D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, p. 83 ss.; G. CORSO, *Potere politico e segreto*, p. 267 ss.; E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano, e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, p. 349 ss.; M. BOMBARDELLI, *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, cit., p. 385 ss.; S. FIOREZZANO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15: nuove regole sostanziali e giustiziali*, p. 463 ss.; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, cit., p. 647 ss.; A. PIOGGIA, *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

(13) Segue questa impostazione, ad esempio, pare, S. TOSCHEI, *Accesso civico: per l'utente arriva l'azione diffusa*, in *Guida al diritto*, 18, 2013, p. 73 ss.

si incentra proprio sul diritto di chiunque di conoscere le informazioni, al quale corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di garantire l'accesso; mentre la pubblicazione delle informazioni non è essenziale all'esercizio del diritto in esame. È anzi, spesso, una semplice facoltà dell'amministrazione¹⁴.

L'accesso civico non si può ridurre ad una situazione giuridica soggettiva, giuridicamente tutelata o rilevante (come il diritto soggettivo o l'interesse legittimo), poiché non si lascia previamente qualificare dall'ordinamento. Al contrario, l'ordinamento si fa da parte per lasciare spazio alla libertà del cittadino di interessarsi all'amministrazione secondo regole da lui stesso stabilite¹⁵. L'accesso è un fatto costitutivo della pubblicità, non ne è l'effetto. Il diritto lo coglie mano a mano che il cittadino compie atti autonomi di ispezione, sul presupposto, anche questo essenziale, che la pubblica amministrazione non si lasci mai ridurre ad una scatola o ad una "casa" trasparente. Non la segretezza, ma nemmeno la conoscenza totale è auspicabile, poiché un certo margine di ignoranza costituisce la base insopprimibile dell'esercizio effettivo del diritto di accesso civico.

Ne consegue che il diritto di "accesso civico" non può essere, per sua indole, configurato come posizione strumentale all'adempimento di un obbligo di pubblicazione. È semplicemente la libertà (e responsabilità) di "chiunque" di accedere a "tutto", mentre la norma tenta fin dove può un ruolo di bilanciamento contro l'abuso del diritto (come nel caso in cui faccia salve informazioni coperte dalle leggi sul segreto o sulla riservatezza). Le informazioni inaccessibili restano il

(14) M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza e la loro codificazione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, p. 114. Per una disamina più ampia delle varie esperienze legislative si veda A. SANDULLI, *La trasparenza amministrativa e l'informazione dei cittadini*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 158 s.

(15) Esattamente rileva A. PIOGGIA, *La trasparenza dell'organizzazione*, cit., p. 713, che quando ci si pone il problema dei destinatari della trasparenza nel rapporto con la collettività esterna "in realtà si finisce per prescindere da qualsiasi tipo di rapporto, spostandosi sull'amministrazione della quale la trasparenza diviene un modo di essere, un aspetto del suo esistere in quanto struttura di servizio (nel senso di servente la collettività)".

Minimaltatbestand, mentre l'accesso non ha limiti di sorta, appunto perché emerge dalla spontaneità del giudizio pratico individuale circa la opportunità di conoscere l'amministrazione.

Il diritto di accesso civico, semmai, può coesistere con norme imperative che prescrivano la pubblicazione di determinati contenuti. Ma i due fenomeni sono indipendenti ed anzi, verrebbe spontaneo pensare, sono le informazioni, di cui la legge impone la diffusione, a costituire testimonianza di un più ampio diritto di accesso, il quale ha ad oggetto *precipuamente* le informazioni per le quali la legge non prevede alcun obbligo di pubblicazione.

Vale la pena di aggiungere che il vero elemento strumentale al diritto all'informazione, una volta che si riconosca a "chiunque" il potere di accedere alle informazioni amministrative (è quanto tenta di fare ad esempio la normativa in materia ambientale: d.lgs. 195/2005, convenzione di Aarhus, art. 3-*sexies* d.lgs. 152/2006)¹⁶, è la garanzia di partecipazione civica dei cittadini ai procedimenti amministrativi, nonché la garanzia di accesso civico alla giustizia amministrativa. Se il buon andamento e l'imparzialità esigono la trasparenza, esigono anche che la soggettività del processo amministrativo si ponga al servizio di diritti civili, dunque tolleri l'azione giurisdizionale collettiva o *popolare* come evenienza normale.

Fatta questa premessa, vediamo la soluzione adottata dal d.lgs. 33/2013. L'art. 5 prevede che "l'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione".

Per le informazioni *non soggette* ad obbligo di pubblicazione, la legge non riconosce alcun diritto di informazione. La regola resta quindi la

(16) In forza dell'art. 40 del d.lgs. 33/2013, queste norme "restano ferme" e sono, peraltro, significativamente definite "di maggior tutela". Sottolinea l'ampiezza del diritto di accesso alle informazioni ambientali F. FONDERICO, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 675 ss. Diversa sembra però la posizione della giurisprudenza, la quale ritiene che, anche in questo particolare settore, la domanda di accesso non possa tendere ad un controllo ispettivo sull'attività della pubblica amministrazione (v. *infra*, nota successiva). Su questo contrasto, di recente, D. GIANNINI, *L'accesso ai documenti*, Milano, 2013, p. 313.

segretezza, come facilmente si desume dalla stessa disposizione. Se “l’obbligo [...] di pubblicare [...] comporta il diritto [...] di richiedere”, lo stato di non obbligo (di pubblicazione) *non comporta il diritto* (di richiedere documenti, informazioni o dati). Ma ad eliminare ogni dubbio interviene l’art. 4 del d.lgs. 33/2013, che dà alle pubbliche amministrazioni la facoltà di (“possono”) “disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l’obbligo di pubblicare [...] fermi restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge, procedendo alla anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti”. La regola si fa quindi molto nitida: là dove non c’è obbligo di pubblicazione da parte dell’amministrazione non v’è neppure il diritto di accesso civico da parte dei cittadini. Resta fermo il diritto di accesso di cui alla legge 241/1990. Ma il “diritto alla trasparenza” è affidato ad una decisione amministrativa discrezionale, circoscritta alla pubblicazione di documenti e informazioni (si è appena visto che i dati personali, di qualunque tipo devono essere resi anonimi). Questo potere di pubblicazione potrà dirsi assoggettato alle regole di opportunità e di buon governo che circondano i poteri amministrativi riservati. Il punto è che il diritto alla trasparenza torna ad essere, fuori dal perimetro degli obblighi di pubblicazione, un interesse di fatto, un mero interesse semplice o “diffuso”.

4. La tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico: la regola del “chiunque” (ed il suo restringimento in sede giurisdizionale)

La mancata introduzione di un diritto civico si percepisce anche esaminando le regole stabilite dal decreto del 2013 in materia di tutela giurisdizionale. Non meraviglia scoprire che manchino rimedi a tutela del diritto di accesso civico ai dati, documenti o informazioni per le quali la legge non prevede un obbligo di pubblicazione. Per questi, si è visto, il decreto non garantisce neppure la situazione sostanziale. Ma il problema riguarda anche la tutela dell’accesso civico alle informazioni che devono essere pubblicate, quindi le controversie sulla mancata o inesatta pubblicazione delle informazioni previste dal d.lgs. 33/2013.

A norma dell’art. 5, comma 5, del d.lgs. 33/2013, “la tutela del diritto

di accesso civico è disciplinata dalle disposizioni di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, così come modificato dal presente decreto” (la regola vale per tutte “le controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente”, art. 50).

Riguardo a questa scelta di devolvere alla giurisdizione amministrativa le controversie in materia di accesso e obblighi di trasparenza, giova trattare due profili. Il primo riguarda il “chi” può promuovere il ricorso a tutela del diritto alla trasparenza. Ovviamene *chiunque*, per tutelare il proprio diritto soggettivo (facoltà) di accedere ai dati, documenti e informazioni *una volta che questi siano pubblicati* e dunque liberamente fruibili. Ma resta il problema della legittimazione a promuovere il giudizio di accesso civico, ove il “chiunque” potrebbe avere risvolti differenti. Il secondo aspetto deriva dalla decisione del legislatore del 2013 di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di “violazione degli obblighi di trasparenza” (accesso civico incluso); scelta della quale va verificata la coerenza all’art. 103 Cost. come interpretato dalla Corte costituzionale (sent. 204/2004).

Iniziamo dal primo problema. Sulla protezione del diritto alla trasparenza inteso come diritto soggettivo alla fruizione dei contenuti informativi pubblicati sui siti istituzionali, c’è poco da osservare: che questa tutela spetti a “chiunque” è logica conseguenza della natura individuale (trattandosi appunto di un diritto soggettivo) della situazione tutelata.

Più interessanti questioni nascono considerando il “chiunque” in relazione al diritto di accesso civico. L’omessa pubblicazione di informazioni, dati o documenti, comporta il diritto di *chiunque* di richiederli alla pubblica amministrazione.

Se ne potrebbe dedurre che *chiunque*, in caso di diniego o silenzio sulla propria richiesta, può proporre ricorso al giudice amministrativo. L’azione prevista dal nuovo rito in materia di accesso ai documenti amministrativi (art. 116 c.p.a.) – integrato dall’art. 52 decreto legislativo del 2013 con l’inserimento della “tutela del diritto di accesso civico connessa all’inadempimento degli obblighi di trasparenza” – sarebbe dunque una *azione popolare*, a cui corrisponderebbe un giudizio di natura “oggettiva” o, comunque (posto che un siffatto modello si è

ben di rado realizzato) un tipo di processo non condizionato dal requisito della legittimazione.

Ma se così non fosse – e si dovesse concludere che l'azione a tutela del diritto di accesso civico è condizionata al possesso di una situazione legittimante – interessanti questioni sorgerebbero ugualmente, poiché la natura soggettiva del giudizio solleciterebbe un interrogativo sul come, allora, il diritto di accesso civico si differenzi dal diritto di accesso ai documenti amministrativi (legge 241/1990), a parte la forma dell'accesso (pubblicazione) e l'estensione dei contenuti accessibili (dati e informazioni, non solo documenti amministrativi).

Ebbene, che la modificazione del rito in materia di accesso introduca una vera e proprio *azione popolare*, è cosa di cui appare lecito dubitare, per (almeno) tre ragioni.

In primo luogo, torna prepotentemente in considerazione la logica del “rapporto giuridico”, il fatto, cioè, che il diritto di accesso civico, nel d.lgs. 33/2013, sia un interesse alla pubblicazione di alcune informazioni: quelle che *devono* essere pubblicate. Il nuovo contesto normativo si basa, come si è riscontrato, su di un principio di tipicità dei dati, documenti e informazioni la cui omessa pubblicazione può essere fatta valere in giudizio (la diffusione di contenuti di cui non è obbligatoria la pubblicazione è facoltativa ed è ammessa solo nella forma delle informazioni anonime). Ancorché i relativi concetti siano, per buona parte del d.lgs. 33/2013, indeterminati (si veda ad esempio l'art. 21, comma 1, sull'obbligo di pubblicazione dei “riferimenti necessari” per la consultazione dei contratti e accordi collettivi nazionali), è evidente che il legislatore abbia voluto rendere trasparenti e accessibili i profili più significativi della pubblica amministrazione (organizzazione e attività, risorse impiegate, prestazioni e servizi erogati, settori speciali). Ma le disposizioni del decreto legislativo del 2010, per il solo fatto di far nascere il diritto di accesso civico dall'inadempimento dell'obbligo di pubblicazione di *determinate categorie di informazioni*, hanno un effetto *naturalmente qualificante*. Il “chiunque” potrà forse apprezzarsi nella sua genericità entro il procedimento amministrativo di cui all'art. 5 del d.lgs. 33/2013. Ma nel momento in cui il diritto di accesso civico si esercita inutilmente in sede amministrativa e nasce il suo bisogno di tutela giurisdizionale, la

tipicità delle categorie di informazioni può ostacolare già di per sé un controllo diffuso sull'amministrazione e dar luogo all'esigenza che il ricorrente dimostri, perlomeno, di tutelare lo stesso interesse protetto dall'obbligo di pubblicazione¹⁷. In altri termini, la mancata risposta alla richiesta di accesso a informazioni il cui contenuto è predeterminato dal legislatore può far sì che l'identità del "chiunque" si accentui, mescolandosi a quella di situazioni sostanziali inevitabilmente determinate dalla specifica funzione che è propria della pubblicità, omessa dall'amministrazione. Situazioni che sembrano corrispondere in definitiva e pur sempre a interessi *giuridicamente tutelati*, non diversi da quelli che costituiscono il presupposto del diritto di accesso ai documenti amministrativi secondo l'art. 22, comma 1, lett. b) della legge 241/1990. Non saranno situazioni di un singolo individuo, né di una formazione sociale personificata, ma neppure situazioni giuridicamente indifferenziate.

Il nostro ordinamento conosce già forme di azione collettiva finalizzata al ripristino del corretto svolgimento della funzione o della corretta erogazione di un servizio, come ad esempio, nella disciplina della *class action* (art. 1 del d.lgs. 198/2009), quella che abilita a proporre il *ricorso per l'efficienza* delle amministrazioni "i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori"¹⁸. Sarà questo il rango della tutela dell'accesso civico? L'inadempimento dell'obbligo di pubblicazione dei dati relativi, ad esempio, agli organi d'indirizzo politico, alla contrattazione collettiva, ai documenti di pianificazione e programmazione, alle carte dei servizi, delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ecc., potrà

(17) Qualcosa di simile accade già, del resto, quando la giurisprudenza amministrativa, persino nel giudizio contro l'inerzia o il diniego di accesso a informazioni ambientali – ove il richiedente sembra assistito da una legittimazione diffusa o popolare – esclude che il ricorrente possa agire per finalità di semplice sindacato ispettivo e non per riparare ad una compromissione, specificamente individuata, dell'ambiente (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2010, n. 24; sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 668; sez. V, 14 febbraio 2003, n. 816).

(18) Per una estesa disamina sul fondamento sostanziale e processuale di istituti affini a quello citato nel testo, si veda lo studio di R. DONZELLI, *Le azioni di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011.

essere fatto valere dal *quivis de populo*, cioè al limite anche da chi agisca (come è consentito fare, anche stando in giudizio personalmente, art. 23 c.p.a.) per puro gusto di veder sanzionato il dovere degli uffici pubblici? Non si pretenderà invece che occorra una posizione legittimante (altro discorso è se individuale o collettiva) per chiedere al giudice amministrativo una sentenza che ordini la pubblicazione di questi contenuti?

Sia lecito almeno porre il dubbio: il diritto di accesso civico è concesso a “chiunque”; ma se questo “chiunque” può accedere solo alle *categorie di informazioni* che la legge individua, la differenza con la disciplina dell’accesso ai documenti amministrativi, ove solo i titolari di situazioni giuridicamente tutelate (tra cui anche interessi sopraindividuali) possono accedere a *tutti* i documenti, può assottigliarsi, fino a scomparire.

In secondo luogo, occorre considerare la valenza generale del principio di soggettività della tutela offerta dal sistema italiano di giustizia amministrativa, rispetto al quale le azioni popolari costituiscono una ipotesi eccezionale e richiedono quindi una formulazione legislativa in grado di identificarle con sufficiente precisione.

Nella normativa in esame, né l’art. 5, comma 5 del d.lgs. 33/2013, né l’art. 50 dello stesso decreto, ove si dispone per le “controversie relative agli obblighi di trasparenza” (recitando nei termini delle consuete norme devolutive della giurisdizione), né l’art. 116 c.p.a. (modificato) usano le espressioni di solito impiegate dal legislatore per istituire le azioni popolari, quali la formula per cui “è ammesso ricorso [...] da parte di tutti i cittadini”, o altre consimili (“chiunque può ricorrere contro [...]”). E l’art. 116 c.p.a. non esclude che una istanza di accesso civico sia esercitata nel corso di un giudizio ordinario, a cui la richiesta di accesso è connessa; che può essere benissimo, anzi di regola è, esercizio di giurisdizione soggettiva. Lo stesso parlare di “controversie”, devolute al giudice amministrativo, sembra richiamare una funzione di componimento della lite e può portare ad escludere l’azione popolare¹⁹.

(19) Che infatti l’azione popolare metta in discussione la stessa funzione contenziosa del processo, è sostenuto criticamente da C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*,

In terzo luogo, depone contro la natura popolare dell'azione di cui all'art. 116 c.p.c. il fatto che l'art. 52 attribuisca le controversie in materia di "violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa", tra cui anche quelle in materia di accesso civico, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La cognizione in via principale su posizioni di diritto soggettivo (sia pure connesse all'esercizio di un potere) – che è tipica di questa giurisdizione – mal si concilia con una legittimazione diffusa ed ancora meno con l'azione del *quivis de populo*, mentre è comprensibile in una prospettiva in cui, al ricorrente, il quale agisca per la tutela del diritto di accesso civico, sia richiesta la titolarità di un interesse differenziato o qualificato (e ripetiamo, al di là del fatto che questo interesse sia comune ad una categoria omogenea di soggetti).

In definitiva, il diritto di "accesso civico", che grazie al d.lgs. 33/2013 dovrebbe rappresentare l'opposto del diritto di accesso ordinario (ex art. 22 ss. della legge 241/1990), beneficia di una tutela giurisdizionale di eguale ispirazione, perché essenzialmente e concettualmente strutturato, come questo secondo, sull'inadempimento di un obbligo e quindi pur sempre sulla violazione dei termini di un rapporto giuridico intersoggettivo, che riduce a pura apparenza la proclamazione della accessibilità totale vista quale controllo diffuso sulla pubblica amministrazione.

La conseguenza può essere allora anche più drastica; essere, cioè, nel senso che la tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico "connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza" non ha una soggettività più ampia di quella del rito in materia di accesso ai documenti amministrativi. Si consideri che già ora la giurisprudenza riconosce il rango di situazione "giuridicamente tutelata", ai fini dell'esercizio e della tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti amministrativi (art. 22 legge 241/1990) anche ad interessi che non corrispondono ai diritti o agli interessi legittimi, richiesti per la legittimazione al ricorso giurisdizionale, nei quali appunto rientra-

in *The Modern Law Review*, 2002, p. 1 ss., spec. p. 17 ("In the present political climate, litigation is often a political tactic").

no situazioni strumentali all'esercizio di interessi collettivi o diffusi²⁰. A ciò si aggiunga che l'interpretazione in chiave soggettiva dell'accesso alla giustizia amministrativa, persino dinanzi a norme che istituiscono azioni popolari, è una prassi a cui la giurisprudenza amministrativa italiana è avvezza. Basti por mente al caso della "sentenza del chiunque": dopo qualche anno dall'entrata in vigore dell'art. 10 ultimo della legge-ponte 765/1967 – a norma del quale "*chiunque* può prendere visione presso gli uffici comunali della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e *ricorrere* contro il rilascio della concessione edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione" – il Consiglio di Stato negò, com'è noto, che tale fattispecie corrispondesse ad una figura di azione popolare. Nella vicenda in esame i giudici amministrativi, pur di fronte ad una norma il cui contenuto era parso inequivocabile alla giurisprudenza precedente²¹, accettarono l'idea che il sistema italiano

(20) A questo proposito, la massima accolta dalla giurisprudenza è che diritto di accesso spetta a "chiunque vi abbia interesse" (art. 22 legge 241/1990), quindi anche a chi si affermi portatore di interessi diffusi o collettivi, sempre che, appunto, la richiesta di accesso non tenda ad un controllo ispettivo o generalizzato sulle pubbliche amministrazioni (al riguardo, 359. Tra le tante, Consiglio di Stato, sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959; sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 555. Più in generale, va osservato che la disciplina processuale dell'accesso ai documenti amministrativi, pur non potendo essere interpretata nel senso dell'azione popolare, denota significative aperture alla tutela di diritti appartenenti in modo eguale ad una pluralità di soggetti. A parte ammettere richieste per la tutela di interessi diffusi, il Consiglio di Stato ha più volte ricordato che la posizione che legittima l'accesso ai documenti amministrativi non deve possedere necessariamente tutti i requisiti che legittimerebbero il ricorso al giudice amministrativo avverso un atto lesivo di una situazione giuridica soggettiva, pertanto è sufficiente che l'istante sia titolare di una posizione giuridicamente rilevante (A. BOHUNY, *L'accesso ai documenti amministrativi nella legge 241/1990 riformata*, in R. TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi*, Padova, 2007, p. 20; in giurisprudenza più di recente Consiglio di Stato, ad. plen., 24 aprile 2012, n. 7, ma già ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6). In altra prospettiva, si è osservata l'importanza del rito camerale (art. 87 c.p.a.) e la scelta per un procedimento speciale differenziato, che potrebbe rendere la disciplina in esame particolarmente adattabile a "cause seriali di massa" (M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti: effettività della tutela e certezza delle regole*, in www.giustizia-amministrativa.it).

(21) Sulla vicenda si veda F. SAIITA, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in www.lexitalia.it, 7-8, 2007.

di giustizia amministrativa non potesse piegarsi fino a contemplare una giurisdizione a contenuto oggettivo; sottolinearono la centralità del principio dispositivo, da cui l'esigenza imprescindibile del collegamento dell'azione con la tutela di un interesse concreto e differenziato da quello della generalità²². A questa conclusione il Consiglio di Stato pervenne proprio in base ad un criterio di differenziazione sociale degli interessi, provocato dalla norma disciplinante il contenuto dell'attività amministrativa (lì fu il criterio del c.d. *insediamento abitativo*, ma lo stesso potrebbe dirsi, in genere, per l'appartenenza ad una categoria professionale o ad una determinata circoscrizione territoriale). Non meraviglierebbe che la "risposta" della giurisprudenza amministrativa alle nuove norme in materia di trasparenza e "accesso civico" fosse, esattamente, la stessa.

In conclusione, ed anche lasciando da parte queste previsioni, ci sembra di poter affermare che – detto in termini estremamente schematici – il "chiunque" di cui all'art. 5 del d.lgs. 33/2013 non sia lo stesso tipo di soggetto che funge da riferimento per la disposizione processuale di cui all'art. 50 del decreto.

La mancanza di una apposita connotazione popolare dell'azione è la circostanza che fa dubitare di questa asimmetria. Non si può escludere, per come sono state scritte le norme del 2013, che mentre in caso di omessa pubblicazione l'accesso civico possa essere esercitato da tutti, cioè qui veramente da "chiunque", ai fini di pretendere dalla pubblica amministrazione la pubblicazione delle informazioni omesse, la tutela contro l'esito negativo di questa fase, e cioè il silenzio o il diniego di accesso civico, non benefici di analoga garanzia giurisdizionale. L'accesso alla giustizia, per quanto più ampio di quello che richiede il possesso di un diritto o di un interesse legittimo, non sfugge, neanche per l'accesso civico, all'applicazione delle regole generali; resta condizionato a che il ricorrente si dichiari in possesso di una "situazione legittimante", esattamente come nella disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

(22) Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 1970, n. 523; v. anche Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826.

5. La dubbia legittimità costituzionale della devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie in materia di “violazione di obblighi di trasparenza” (art. 52 d.lgs. 33/2013)

Se il controllo giurisdizionale sulla violazione degli obblighi di trasparenza fosse oggettivo, non si porrebbe la questione a cui ora s'intende accennare: quella, cioè, della vastità della materia “obblighi di trasparenza”, in relazione ai principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza 204/2004.

L'art. 52, comma 4, lett. e) del d.lgs. 33/2013, modificando l'art. 133 c.p.c. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie in materia di violazione degli obblighi di trasparenza”. Tutte le controversie, quindi: da quelle aventi ad oggetto la violazione delle norme poste a tutela del diritto di fruire delle informazioni (situazione che abbiamo chiamato “finale”), sia quelle aventi ad oggetto la violazione delle norme sull'obbligo di pubblicazione, cioè la tutela del diritto di “accesso civico” (situazione “strumentale”).

Si ricorderà che la Corte costituzionale, nella sentenza 204/2004, ha accolto le censure dei giudici rimettenti essenzialmente nella parte in cui denunciavano la “adozione, da parte del legislatore ordinario [...] di un'idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, *di un rilevante pubblico interesse*; un'idea [...] che presuppone l'approvazione (mai avvenuta) di quel progetto di riforma (Atto Camera 7465 XIII legislatura) dell'art. 103 Cost. secondo il quale *la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge*”. “È evidente”, ha precisato la Corte, “che il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare ‘particolari materie’ nelle quali ‘la tutela nei confronti della pubblica amministrazione’ investe ‘anche’ diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale [...] va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie”. Ha aggiunto la Corte che, ai fini del rispetto del principio sul riparto accolto dall'art. 103 Cost., le materie “devono essere ‘particolari’ rispet-

to a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”. Di conseguenza, “il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie [...] che, in assenza di tale previsione, *contemplerrebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità*: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice ‘della’ pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall’altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo” (tutti i corsivi sono nostri).

Proviamo ora a confrontare questi principi con la disciplina delle situazioni soggettive collegate al principio di trasparenza. Una prima osservazione è che l’art. 52 del d.lgs. 33/2013 devolve al giudice amministrativo tutte le controversie in materia di violazione degli obblighi di trasparenza, senza distinzione tra obblighi posti a tutela della situazione “finale” (il diritto soggettivo di conoscibilità e di fruizione libera delle informazioni, garantito dall’art. 3 del decreto) ed obblighi posti a tutela della situazione “strumentale” (il diritto di accesso civico). I primi si collocano posteriormente alla pubblicazione dei contenuti previsti dal d.lgs. 33/2013; la loro violazione si concretizza allorché il comportamento illecito della pubblica amministrazione comprime la facoltà del cittadino di fruire delle informazioni (la violazione del “diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”); i secondi riguardano invece l’obbligo di procedere alla pubblicazione: la loro violazione si concretizza in un contegno puramente omissivo a fronte del quale l’interessato può richiedere il dato, l’informazione o il documento all’amministrazione (art. 5 del d.lgs. 33/2013) e, in caso di silenzio o di diniego, agire in giudizio per la tutela del diritto di accesso civico (art. 116 c.p.a.).

Fanno parte della prima categoria, ad esempio, gli obblighi di *garanzia della qualità delle informazioni* previsti dall'art. 6 del d.lgs. 33/2013. In forza di tale disposizione, le pubbliche amministrazioni assicurano "l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità secondo quanto previsto dall'art. 7". Si consideri anche l'obbligo di pubblicare i dati in formato tipo aperto ai sensi dell'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale (art. 7); oppure quello di collocamento nella home page dei siti istituzionali di una apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente" (art. 9). Simili disposizioni qualificano in modo più dettagliato un dovere di "non ledere" che sussisterebbe comunque, anche a prescindere da fattispecie particolari. E questo tipo di obblighi (ed il diritto, a loro correlato) non offre motivo di intravedere una connessione diretta o indiretta ad un potere amministrativo, che giustifichi la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva. La loro violazione dà luogo ad una comune responsabilità civile della pubblica amministrazione, rispetto alla quale non c'è ragione che la controversia venga distolta dal giudice naturale dei diritti soggettivi.

Un secondo ordine di considerazioni riguardo ai principi stabiliti dalla Corte costituzionale si impone con riferimento all'istituto dell'accesso civico, considerando che il contenuto dell'obbligo di pubblicazione, quindi l'oggetto della pretesa del singolo in caso di omessa pubblicazione, si scinde in tre diverse sottospecie: i *documenti*, le *informazioni*, i *dati*.

Sui primi due oggetti (documenti e informazioni), non sembrano porsi particolari questioni. La controversia sulla loro mancata pubblicazione da parte della pubblica amministrazione lascia intendere un comportamento non dissimile dal diniego o dall'inerzia serbata dall'amministrazione a fronte della presentazione di istanze di accesso formale secondo le norme generali.

Del resto, nell'uso dei vocaboli *documento* e di *informazione* il legislatore batte la strada aperta da concetti già vigenti: quello di *documento amministrativo* di cui all'art. 22 della legge 241/1990 e, per quanto

concerne le *informazioni*, l'art. 2, comma 1, del d.lgs. 195/2005 (in materia di accesso del pubblico all'informazione ambientale).

Si può dubitare che anche le norme generali in materia di accesso non siano in linea con i principi enunciati dalla Corte costituzionale²³. Ma ciò che ora preme sottolineare è che la omessa pubblicazione di *documenti e informazioni* non dà particolari problemi rispetto ad una ordinaria controversia assoggettata al rito di cui all'art. 116 c.p.a. Perlomeno, non ne vengono incise le argomentazioni a sostegno dell'opinione – per chi la voglia condividere – che la forma di tutela del diritto di accesso sia legittimamente ascrivibile a quella dell'interesse legittimo.

Il problema più delicato riguarda la mancata pubblicazione di *dati*. Beninteso, dal punto di vista dell'esecuzione dell'obbligo di pubblicazione, il comportamento a cui la pubblica amministrazione è tenuta, in forza del decreto del 2013, è sempre il medesimo, che si tratti di documenti, informazioni o dati. Il d.lgs. 196/2003 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*) distingue però chiaramente tra dati personali contenuti in *documenti* amministrativi di cui sia chiesto l'accesso (a cui potremmo aggiungere le *informazioni*) e disciplina dei *dati* trattati dalla pubblica amministrazione al di fuori delle norme sull'accesso ai documenti amministrativo. Quanto ai primi, l'art. 59 del Codice prevede che i limiti per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali, *e la relativa tutela giurisdizionale*, restino disciplinati dalla legge 241/1990. Per quanto riguarda i dati, l'art. 152 *attribuisce all'autorità giudiziaria ordinaria tutte le controversie che riguardino l'applicazione delle disposizioni del Codice*. E il d.lgs. 33/2013, nella parte in cui prescrive la diffusione di dati personali (ad esempio art. 15, sui dati dei titolari di incarichi dirigenziali e di consulenza esterna) si ricollega palesemente all'art. 19 del d.lgs. 196/2003, il quale stabilisce un principio di tassatività delle ipotesi di diffusione da parte delle pubbliche amministrazioni. A parte questo, la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul trattamento, comunicazione e diffusione di dati personali è un indizio

(23) C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, cit., p. 67.

persino clamoroso circa il fatto che la posizione della pubblica amministrazione, rispetto ai relativi obblighi di comportamento, denota una totale assenza di autorità, di potere nel senso inteso dalla Corte costituzionale con la sentenza 204/2004. Anche per rapporto alle controversie relative agli obblighi di trasparenza, che si concretizzano nel dovere di semplice diffusione di dati, che la devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva non appare quindi del tutto giustificata.

In conclusione, l'art. 52 del d.lgs. 33/2013, laddove attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di "violazione degli obblighi di trasparenza", anziché le sole controversie in cui l'attività della pubblica amministrazione opera come autorità, è di dubbia compatibilità con i principi stabiliti dalla Corte costituzionale nella sentenza 204/2004.

6. Considerazioni conclusive. Di un "concetto universalmente accolto": l'origine popolare del potere amministrativo

Il breve percorso d'indagine che abbiamo qui intrapreso con riferimento alle situazioni soggettive derivanti dal d.lgs. 33/2013 porta a concludere che le nuove norme anticorruzione, in materia di accessibilità pubblica totale alle informazioni amministrative, non solo non introducono alcun diritto civico – e confermano anzi sostanzialmente la struttura della posizione soggettiva legittimante l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi secondo le regole di cui alla legge 241/1990 – ma denotano un uso di dubbia legittimità costituzionale della discrezionalità del legislatore di devolvere controversie alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Il motivo che sembra reggere l'intervento del legislatore ordinario del 2013 è proprio quella idea di giurisdizione esclusiva "ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse", che la Corte costituzionale ha giudicato in contrasto con l'art. 103 Cost.

A risentirne è anche la razionalità complessiva del nuovo sistema della trasparenza come accessibilità totale. Tornando alle osservazioni da cui eravamo partiti, senza voler giungere a considerazioni eccessive, si direbbe che ancora manca, nella legislazione italiana, anche solo un inizio di disciplina di un "controllo diffuso" sul perseguimento delle funzioni amministrative e sull'uso delle risorse pubbliche.

Occorre d'altronde non dimenticare che il controllo diffuso è pur sempre attività di controllo vera e propria, presuppone “una misura, un sistema di sanzioni” che deve essere identificabile al di là dei semplici effetti di consenso o dissenso che possono derivare nel momento della espressione del voto²⁴. Piaccia o meno, il controllo popolare implica una diversa concezione del “potere amministrativo”.

Signor Presidente, a me parrebbe di ingiuriare l'Assemblea se illustrassi questo emendamento, che è basato su un concetto universalmente accolto, che cioè debba essere esercitato un controllo sulla pubblica amministrazione. E da chi? Evidentemente da chi ne è la fonte, la sorgente della sovranità, del potere²⁵.

L'emendamento non illustrato dal deputato La Rocca, presentato a firma sua e di Togliatti, suggeriva di aggiungere un ultimo comma all'art. 91 del Progetto di Costituzione (art. 97 Cost.), il quale avrebbe disposto che “la legge determina i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni”.

La replica di Tosato fu che la Costituzione non vieta al legislatore di introdurre ulteriori forme di controllo sulla pubblica amministrazione, in aggiunta ai controlli (anch'essi, secondo Tosato, popolari), già esercitati per mezzo degli organi rappresentativi. Per questo il comma aggiuntivo appariva “perlomeno superfluo”²⁶.

Ma il senso più profondo dell'emendamento La Rocca e Togliatti, che assumeva la esistenza di una capacità, se non di una vera e propria *legittimazione del popolo* al controllo sulla pubblica amministrazione, non è tale da poter essere minimizzato. In particolare, sorge spontaneo l'interesse per quella *figura giuridica soggettiva* che sarebbe

(24) L. VANDELLI, *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, nell'omonimo *Volume*, Milano, 2009, p. 23.

(25) In A.C., CCLXXII, Seduta pomeridiana di venerdì 24 ottobre 1947, p. 1563.

(26) Sulla vicenda dell'emendamento La Rocca-Togliatti si veda L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1970, p. 78; U. ALLEGRETTI, *Il cammino accidentato di un percorso costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, in *Astrid-online*, 1, 2011, p. 12.

stata formalmente sancita se l'emendamento fosse stato accolto, ma che ugualmente non si può ritenere estranea al significato dell'art. 97 Cost.: il popolo, ciascun cittadino, membro del popolo, artefice del potere amministrativo e perciò abilitato ad esercitarlo nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione.

L'istituzione di un controllo popolare "diffuso" esige che si condivida una idea: che in una Costituzione fondata sul principio di sovranità popolare il potere amministrativo può anche non essere il potere della pubblica amministrazione; e la legge può curarsi di accordarlo con il potere amministrativo civico, il potere di chiunque. Le figure giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione non sono quindi solo le *situazioni giuridiche soggettive* della teoria generale del diritto (la "dogmatica giuridica"), ma possono anche formarsi e candidarsi alla tutela giurisdizionale in altri modi: in particolare, possono risultare paradossalmente "protette" dall'ordinamento proprio perché quest'ultimo rinuncia volontariamente a qualificarle e differenziarle. Nella costruzione democratica delle regole sulla trasparenza, il contrasto tra i due atteggiamenti tipici dell'ordinamento, protezione e indifferenza, non è radicale, poiché la effettività delle regole è assicurata proprio dal riconoscimento di una garanzia giurisdizionale immediata degli interessi che, per l'ordinamento, sono "irrilevanti"²⁷. Il diritto del "chiunque", in quanto diritto civico, non può sopportare il peso del paradigma del rapporto giuridico, di figure quali il "diritto soggettivo" o l'"interesse legittimo" per come prevalentemente lo si intende (diritto di credito); ma perché ciò si avveri, la legge deve saper resistere alla tentazione di ridurlo ad un mero riflesso del dovere della pubblica amministrazione, deve cioè saper rinunciare alla suggestione della "bilateralità" come essenza della giuridicità della norma.

L'art. 5 del decreto del 2010 avrebbe avuto ben diverse conseguenze se fosse stato così formulato: "anche in mancanza di obblighi di

(27) Osserva C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, cit., p. 676, che, a differenza del diritto di accesso, "la pubblicità, in questo contesto, si lega ad una scelta dell'ordinamento che astraie dall'atteggiarsi delle relazioni giuridiche nel caso concreto e che, con riferimento alla pubblica amministrazione, assume la massima portata".

pubblicazione previsti dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni, chiunque ha il diritto di richiedere documenti, informazioni o dati” (i limiti potrebbero essere gli stessi del diritto di accesso di cui alla legge 241/1990, e la definizione di informazioni ricostruita, o ricavata, con i dovuti adattamenti, dal d.lgs. 195/2005).

L'aver costruito il *diritto di accesso civico* come correlato di un *dovere di pubblicazione* di determinate categorie di informazioni, rende il decreto 33/2013 utile – ma solo parzialmente – alla realizzazione del profilo “civico” della trasparenza amministrativa.

L'elemento-cardine resta unicamente il diritto di fruire delle informazioni pubblicate sui siti istituzionali delle amministrazioni. Dal che par lecito desumere che il decreto 33/2013, piuttosto di un controllo diffuso sull'operato delle pubbliche amministrazioni, abbia avuto di mira il perseguimento di un *interesse pubblico alla informazione*, che incanala la trasparenza verso la collaborazione cittadino-autorità.

Questa breve e sommaria riflessione non può chiudersi in modo netto, tranne appunto osservare che la trasparenza come scopertura di dati personali, documenti, informazioni fa pensare veramente alla metafora di una “casa di vetro”, che il cittadino contempla però da una posizione innocua, perché privo di poteri di controllo.

Il profilo giuridico più manifesto della riforma della trasparenza torna così ad essere la specificità penalistica del fenomeno della corruzione. L'immagine che il legislatore ha avuto presente è quella del cittadino-informatore, di un *whistleblower* agente allo stato diffuso, la cui consapevolezza dell'andamento dell'amministrazione è funzionale ad un controllo ancora saldamente allocato presso i corpi rappresentativi; controllo che proprio la trasparenza può contribuire a rendere più enigmatico. Se, infatti, la trasparenza non è un diritto civico, fatalmente torna ad essere prerogativa del potere, funge da legittimazione della potestà di intervento sulle burocrazie, da parte di chi, la politica, si considera abilitato a raccogliere ciò che rimane nella rete dell'offerta di pubblicità: denunce, esposti, dibattiti, ecc. Ecco una prospettiva per nulla tranquillizzante, che il decreto legislativo 33/2013, nella migliore delle valutazioni, non ha avuto la chiarezza e la prontezza di allontanare. E così anche la destinazione del giudice amministrativo ad un ruolo di dubbia compatibilità con l'art. 103

Cost., che lo configura come una sorta di *giudice specializzato della accessibilità totale*, acquista un significato di supporto ad un disegno che, poco importa con quale consapevolezza, tende a trasformare la trasparenza amministrativa in una “riduzione della complessità”, ancora una volta, nel potere²⁸ dei corpi amministrativi come antitesi del potere del cittadino.

(28) In questi termini, richiamando la definizione di Luhmann (il potere come “riduzione della complessità”), G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, Padova, 1984, vol. II, p. 23.

Di alcune “regolarità” nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V

Simone Calzolaio

Abstract

Il presente contributo intende analizzare alcune costanti che si riscontrano nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione, in particolare in merito all’alta conflittualità fra Stato e Regioni, alle nozioni di autonomia e sovranità interna, alla competenza legislativa in materia di pubblico impiego regionale. L’indagine svolta conduce a rilevare che la connessione tra queste regolarità giurisprudenziali lascia emergere una accentuazione del carattere di supremazia statale nella relazione con le Regioni.

1. Oggetto dell’indagine

Il presente contributo intende analizzare – senza alcuna pretesa di esaustività – alcune “regolarità” che si riscontrano nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione, che cambiano o consolidano il panorama dei rapporti fra Stato e Regioni. Come emergerà di seguito, si tratta di regolarità fra loro diverse. In particolare, si intendono approfondire, sul piano strutturale, l’entità del contenzioso sottoposto in via principale al vaglio di legittimità costituzionale ed alcune sue specifiche conseguenze; sul piano sostanziale, il consolidarsi della distinzione fra autonomia regionale e sovranità statale e della giurisprudenza in merito all’accesso al pubblico impiego e al regime di competenza in ordine al lavoro pubblico privatizzato.

Si tratta di tendenze eterogenee, che possono sembrare sconnesse l’una all’altra: ad avviso di chi scrive, al contrario, vi è un filo rosso che le regge insieme. L’alta conflittualità fra Stato e Regioni induce il giudice costituzionale a mantenere (apparentemente) ferme nozioni consolidate (come quelle di sovranità interna dello Stato e di auton-

mia regionale), ma finisce per comportare, in concreto, l'ulteriore erosione di settori importanti di competenza normativa regionale (come quello del lavoro pubblico regionale).

2. Una prima regolarità: l'entità del contenzioso promosso in via principale

Il giudizio in via principale rappresenta un punto di osservazione privilegiato della dinamica dei rapporti fra Stato e Regioni, dal quale possono essere rilevate molteplici tendenze.

Fra queste, l'aumento della conflittualità fra Stato e Regioni promossa in via principale è una prima, rilevante regolarità che si riscontra anche solo ad una analisi "esteriore" delle decisioni del giudice costituzionale a partire dal 2002.

I dati appaiono consolidati: è sufficiente scorrere i prospetti statistici inseriti in appendice alla *Relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale per il 2012*, per averne plastica conferma¹.

In estrema sintesi², le sentenze rese nei giudizi promossi in via principale dopo la riforma del Titolo V, a seconda degli anni, hanno progressivamente eguagliato e non di rado superato quelle rese nel giudizio in via incidentale; il numero dei ricorsi promossi da Stato e Regioni in via principale è costantemente molto elevato (nell'anno in corso, si sono già superati i 60 ricorsi in via principale; nel 2012 hanno sfiorato i 200); si riscontra una prevalenza (ed una "facilità") del ricorso governativo avverso leggi regionali.

Se prima della riforma costituzionale il governo rinviava al Consiglio regionale circa una delibera legislativa regionale su 5 (una percentuale oscillante intorno al 20%) e impugnava mediamente una quota fra l'1 e il 2% del totale delle delibere legislative³, a quanto risulta dalla

(1) Si vedano in particolare i grafici 3 e 4 riportati a p. 373. La relazione come noto è curata dal Servizio Studi della Corte costituzionale ed è agevolmente reperibile in www.cortecostituzionale.it.

(2) Ma si vedano ben più approfonditamente grafici e commenti di N. VICECONTE, *La giurisprudenza costituzionale del 2011*, in www.issirfa.cnr.it.

(3) Questi i dati che ho ricavato in S. CALZOLAIO, *La delibera governativa di impugnazione delle leggi regionali nella prassi*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, BUP, 2008, p. 311 ss.

Tab. 1. *Sentenze della Corte cost. nel giudizio promosso in via incidentale e in via d'azione*

Anno	Giudizio in via incidentale (tot. sentt.)	Giudizio in via principale (tot. sentt.)
2003	54	48
2004	63	81
2005	80	85
2006	70	82
2007	65	58
2008	104	55
2009	79	67
2010	98	99
2011	67	71
2012	56	116
Tot. sentt. 2003-2012	736	762

banca dati del Ministero per gli Affari regionali, il governo dopo la riforma del Titolo V ha analizzato l'intera produzione legislativa regionale (circa 7.300 leggi) e ha impugnato 638 leggi regionali (al giugno 2013). Circa il 9% della intera produzione legislativa regionale è finita al vaglio di legittimità costituzionale della Corte in via principale.

Tali dati mostrano che la modifica dell'art. 127 Cost., come era prevedibile, ha finito per "esternalizzare" dal procedimento legislativo regionale i conflitti di competenza fra Stato e Regioni.

La medesima affermazione diviene più pregnante se fatta da altro punto di vista: la contesa sulle competenze (normative, amministrative, finanziarie) è stata ingigantita dalla riforma del Titolo V e, una volta che lo Stato ha perso il potere di bloccare sul nascere l'attività legislativa regionale, il governo nazionale ha tentato di recuperare la sua supremazia battendo, "materia per materia" ed "istituto per istituto", pressoché l'intero Titolo V riformato.

Tale strategia ha trovato uno sfogo necessitato – per quanto qui interessa – nel contenzioso costituzionale promosso in via principale⁴.

(4) Quella che si è chiamata "strategia" dello Stato trova delle emblematiche appendici anche sulla rete internet e, in particolare, nella configurazione ed evoluzione del dominio <http://www.affariregionali.it/> (dell'odierno Ministero per gli Affari regionali, il

Tab. 2. *Sentenze della Corte costituzionale nei giudizi in via principale concernenti la VIA*

Prima del 2001 (1987-2001)	2001-2008 (2006: Codice ambiente)	2009-2013
4	6	26 ¹
Tot.: 36 sentt. in 26 anni, di cui 26 negli ultimi 4 anni		

(1) A differenza delle sentenze rese in precedenza, la maggior parte delle sentenze rese nell'ultimo quadriennio ha sicuro rilievo sostanziale sul tema della VIA. Cfr. al riguardo, fra le molte, sentt. 127/2010, 186/2010, 221/2010, 344/2010, 67/2011, 209/2011 (c.d. "VIA postuma"), 93/2013.

Vorrei fare un esempio, fra i molti possibili, concernente l'andamento del contenzioso in materia di Valutazione di impatto ambientale (VIA), la cui disciplina rientra nella materia di esclusiva competenza statale della "tutela dell'ambiente"⁵.

Un dato numerico introduttivo, che già dice tutto: l'espressione "valutazione" congiunta a "impatto ambientale" ricorre nella parte in diritto

turismo e lo sport). Esso contiene due banche dati dedicate alla legislazione regionale: nella prima si evidenzia che il governo esamina tutte le leggi regionali e, all'esito, decide in ordine alla impugnativa (viene infatti indicata la data dell'esame della legge regionale e l'esito: "non impugnata", "impugnata"); nella seconda sono contenute le delibere governative di impugnazione delle leggi regionali.

(5) Preliminarmente va detto che la "tutela dell'ambiente" è qualificata dalla giurisprudenza costituzionale come materia trasversale "piena": quando lo Stato legifera sul bene giuridico "ambiente" consolida un limite per il legislatore regionale (a partire da sentt. 378/2007, 104/2008 e successive). Questa giurisprudenza, che allarga e difende il perimetro di competenza statale della materia, si è formata in pendenza (ed in vista) delle decisioni del giudice costituzionale sul c.d. Codice ambiente (d.lgs. 152/2006 e s.m.i., su cui sentt. 225/2009 e successive), che disciplina anche la VIA. Inutile tentare di quantificare il valore economico della disciplina della VIA (e della sua certezza e stabilità): basti solo sottolineare, semplificando molto una disciplina oltremodo complessa, che tutti gli interventi ("progetti") che hanno un impatto sull'ambiente devono essere preventivamente sottoposti a VIA e, se non la superano, non possono aver luogo. La VIA – sentt. 234/2009 e successive – rientra pienamente nella materia "ambiente", quindi nella competenza legislativa esclusiva (e "assoluta", si potrebbe dire oggi) dello Stato. Eppure, il Codice ambiente rinvia al legislatore regionale la disciplina di importantissimi aspetti della VIA, fra cui, in particolare, tutta la disciplina sulle VIA per gli interventi di minore impatto ambientale (cfr. Cod. amb., artt. 6, 7, 20, 35 e relativi allegati III, IV). Ciò è all'origine della conflittualità che si descrive di seguito nel testo.

delle (sole) sentenze della Corte costituzionale rese nei giudizi in via principale in totale 36 volte (cioè in 36 sentenze in tutto, la prima delle quali è del 1987: non a caso, la prima direttiva CEE in materia è del 1985).

Come si può osservare, peraltro in pendenza di una procedura di infrazione europea concernente la non corretta trasposizione delle direttive UE in materia di VIA nel Codice ambiente (n. 2009/2086)⁶, Stato e Regioni hanno dato vita ad un contenzioso enorme sulla VIA negli ultimi quattro anni.

Se ne può concludere che si osserva una prima e ben nota regolarità strutturale, consistente nella elevata e, se si vuole, eccessiva conflittualità che domina i rapporti fra Stato e Regioni dell'ultimo decennio. Ciò comporta che quando si discute di "giudizio in via principale"⁷ si fa riferimento ad un fenomeno dalle dimensioni e dai risvolti obiettivamente molto diversi prima e dopo la riforma del Titolo V⁸.

Si pensi, in tal senso, ai mutati caratteri della c.d. "contrattazione legi-

(6) A questo riguardo cfr. sent. 93/2013: il governo impugna la l.r. Marche 3/2012 per diversi profili di legittimità. Fra questi vi è che la legge regionale si palesa – in materia di VIA – coerente con la legislazione statale, ma siccome il Codice ambiente è oggetto sul punto della citata procedura di infrazione europea, allora la legge regionale con esso coerente deve essere dichiarata illegittima ex art. 117, comma 1, Cost. Si aggiunge che, sul punto oggetto di impugnazione per coerenza col Codice ambiente ed incoerenza con le dir. UE (del Codice ambiente e, quindi, della legge regionale), il governo non aveva impugnato una legge regionale identica del 2011. Ai fini che qui interessano, la sent. 93/2013 è un caso molto importante per dimostrare che: *a*) la mancanza di integrazione fra legislatori (statale e regionali) genera grande confusione; *b*) la conflittualità Stato-Regioni esaspera la confusione (e non la risolve).

(7) V. sul tema A. PERTICI, *Giudizio in via d'azione*, in *Dig. disc. pubbl., Aggiorn.*, Torino, UTET, 2012, p. 403 ss.; A. PERTICI, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 119 ss.

(8) Cfr. i contributi di C. SALAZAR, *Politicità e asimmetria nel giudizio in via principale: un binomio in evoluzione?*, e M. D'AMICO, *Il giudizio davanti alla Corte e gli effetti delle decisioni. Sull'uso delle regole processuali da parte della Corte nel giudizio in via principale*, in AA.Vv., *I ricorsi in via principale*, Milano, Giuffrè, 2011, rispettz. p. 45 ss. e 191 ss.; B. RANDAZZO, *La manutenzione del giudizio in via principale*, in C. DECARO, N. LUPO, G. RIVOSECCHI (a cura di), *La manutenzione della "giustizia costituzionale". Il giudizio sulle leggi in Italia, Francia, Spagna*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 163 ss. (anche in www.gruppodipisa.it).

slativa” fra governo e Regioni. Prima della riforma del Titolo V⁹ aveva l'effetto di indurre il legislatore regionale a modificare delibere legislative non gradite al governo nazionale, per ottenere la garanzia di una celere e positiva conclusione del procedimento legislativo regionale: uno strumento quindi – quale che sia l'opinione su di esso – che finiva per avere un ruolo anti-contenzioso.

Conclusione opposta si raggiunge osservando lo stesso fenomeno dopo la riforma dell'art. 127 Cost.: il perentorio decorso dei sessanta giorni dalla pubblicazione della legge, entro i quali il ricorrente può impugnarla, sembra indurre in modo particolare il governo nazionale, prima, ad impugnare prudenzialmente la legge, per avere, poi, la questione di legittimità costituzionale pendente, buoni argomenti di “contrattazione” con la Regione.

La stessa contrattazione diviene – quale che sia l'opinione su di essa¹⁰ – un fattore che inesorabilmente finisce per alimentare la conflittualità. Una conflittualità che non di rado si risolve in modo analogo (ma con effetti opposti sulla mole del contenzioso) rispetto a quanto avveniva in precedenza: il legislatore (segnatamente regionale) modifica la legge impugnata – così come in precedenza modificava la delibera legislativa rinviata – ed il ricorrente (di norma il governo) rinuncia al ricorso¹¹ – così come vistava la delibera legislativa, ottenutane la modifica.

(9) Sul tema cfr. G. FALCON, *Contestazione e contrattazione di legittimità: aspetti di prassi e spunti ricostruttivi per l'applicazione dell'art. 127 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 531 ss.

(10) Cfr., per un inquadramento del fenomeno, A. STERPA, “*Negoziare le leggi*”: *quando Stato e Regioni fanno a meno della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2011.

(11) È noto che a seguito di rinuncia al ricorso accettata da tutte le parti costituite (se ve ne sono) la Corte costituzionale dichiara estinto il processo, ai sensi dell'art. 23 delle N.I. (sul tema cfr. E. ROSSI, *Le decisioni di estinzione per rinuncia nell'ultimo decennio di giurisprudenza costituzionale, tra ragioni sostanziali e profili procedurali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il Diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Napoli, 2009, p. 1605 ss.); viceversa, per quanto qui interessa, la rinuncia conduce alla dichiarazione di cessazione della materia del contendere quando non è accettata (in modo rituale) dalle parti costituite e la disposizione impugnata è stata modificata, abrogata, sostituita in modo soddisfacente per l'interesse del ricorrente senza aver avuto attuazione durante la sua vi-

Tab. 3. *Decisioni della Corte cost. nel giudizio in via principale che dichiarano, in tutto o in parte, la cessazione della materia del contendere o l'estinzione del giudizio conseguenti a forme di contrattazione fra Stato e Regioni*¹²

Anno	Cessazione materia contendere (ord./sent.)	Estinzione (ord./sent.)
2009	3 (oridd. n. 53, 153, 186)	12 (oridd. n. 48, 136, 154, 189, 199, 292, 304, 312, 324; sentt. n. 200, 247, 254)
2010	24 (oridd. n. 74, 75, 117, 118, 126, 136, 155, 159, 161, 175, 183, 212; sentt. n. 1, 2, 4, 40, 52, 112, 121, 125, 150, 179, 199, 357)	30 (oridd. n. 8, 14, 63, 79, 92, 99, 137, 147, 148, 158, 184, 185, 202, 206, 218, 231, 238, 239, 240, 244, 262, 275, 305, 323, 330, 348, 372; sentt. n. 176, 267, 278)
2011	15 (oridd. n. 2, 57, 76, 166, 226, 238, 251, 315, 316; sentt. n. 68, 89, 153, 192, 310, 325)	16 (oridd. n. 22, 51, 58, 110, 148, 160, 168, 204, 256, 292, 342; sentt. n. 67, 77, 123, 209, 217)
2012	33 (oridd. n. 11, 12, 27, 28, 137, 145, 157, 228, 243, 267, 305, 308; sentt. n. 20, 32, 50, 62, 74, 86, 90, 114, 148, 151, 158, 173, 193, 200, 217, 226, 241, 297, 300, 309, 311)	26 (oridd. n. 3, 4, 9, 29, 41, 83, 89, 98, 122, 128, 136, 152, 197, 210, 247, 266, 282, 283, 302; sentt. n. 32, 55, 74, 139, 256, 262, 278)
2009-12	75	84

genza. Altra ipotesi rilevante, ai presenti fini, di cessazione della materia del contendere è quella, ricorrente, della promulgazione parziale delle delibere legislative siciliane con omissione delle disposizioni censurate dallo Stato in via principale.

(12) Nel novero delle decisioni indicate nella tabella 3 sono inserite non tutte le ipotesi di estinzione e cessazione della materia del contendere nel giudizio in via principale per i singoli anni considerati, ma le sole pronunce che, presumibilmente (e quindi salvo errori od omissioni), risultano adottate in seguito ad una qualche "contrattazione" fra Stato e Regioni, nei termini indicati nel testo (nella maggioranza dei casi indicati, la Regione ha modificato la normativa impugnata ed il governo ha rinunciato al ricorso; in una quota considerevole di casi la Regione Sicilia ha promulgato la delibera legislativa espungendo le parti oggetto di impugnazione da parte del governo; in una quota ormai non irrilevante di casi seppure quantitativamente contenuta, connessa al disordinato fluire della decretazione nell'ultimo biennio, anche lo Stato ha modificato disposizioni impugnature dalle Regioni: su questo aspetto, cfr. E. ROSSI, *Parametro e oggetto nel giudizio in via principale: riflessi processuali della caotica produzione normativa statale e possibili rimedi*, in AA.Vv., *I ricorsi in via principale*, p. 129 ss., spec. II parte).

Si desidera evidenziare¹³ che (cfr. tab. 3) nel giudizio in via principale il numero delle decisioni della Corte cost. che si concludono, in tutto o in parte, grazie a qualche forma di contrattazione per ciascuno degli ultimi 4 anni (2009-2012: in media circa 40 decisioni l'anno) eguaglia o addirittura supera il numero totale delle decisioni rese (in media, per anno) nella stessa tipologia di giudizio dal giudice costituzionale prima della riforma del Titolo V (fra il 1991-2000, la media è di circa 33 decisioni l'anno)¹⁴.

La mole dei dati testé esposti è tale che non se ne può non indicare – fra le molte prospettabili – una prima rilevante conseguenza, che si verifica in particolare sul versante regionale.

L'alta conflittualità e le connesse prassi di contrattazione conducono ad una accentuata e quantitativamente estesa instabilità della legislazione vigente, che si riverbera inevitabilmente sul tessuto economico e sulle istituzioni regionali e infraregionali¹⁵.

(13) ... ancora sulla scia delle indicazioni che si traggono dalla *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale 2012*, cit., p. 371 ss, spec. 379, ove più che opportunamente si dedica un par. della sezione dedicata alla analisi dei dati quantitativi ad *Alcune evidenze sul giudizio di legittimità costituzionale: mancata pronuncia nel merito e dichiarazione di illegittimità*. Qui si evidenzia, fra gli altri aspetti, la significativa consistenza nei giudizi in via principale dei casi in cui la Corte non ha potuto pronunciarsi nel merito per estinzione e cessazione della materia del contendere nel giudizio principale.

(14) Peraltro, come risulta ad es. dalla *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale 2012*, cit., pp. 57-58, non in tutti i casi di modifica delle disposizioni impugnate risultano soddisfatti i due criteri utilizzati dalla Corte per dichiarare la cessazione della materia del contendere (ovvero soddisfazione dell'interesse del ricorrente e mancata attuazione delle disposizioni impugnate): quindi, non sempre alla eventuale contrattazione, che conduce alla modifica delle leggi impugnate, segue effettivamente la cessazione della materia del contendere. Ciò significa che le ipotesi effettive di contrattazione che segue l'impugnazione sono più numerose di quelle che emergono dalle decisioni di cessazione della materia del contendere.

(15) Francamente, non si può non citare la vicenda risolta nella recentissima sent. 70/2013, ove il legislatore campano ha dapprima modificato una legge regionale impugnata dal governo, inducendolo a rinunciare al ricorso (ottenendo così l'estinzione del processo: ord. 89/2012), per poi reintrodurre la norma abrogata, con effetti immaginabili sulla certezza e stabilità della legislazione regionale: "il legislatore regionale, dopo avere dettato una regola di azione per l'amministrazione regionale, l'ha prima abrogata; poi l'ha fatta rivivere, ma solo per un periodo di tempo limitato e attraverso la tecnica, di per sé dagli esiti incerti, del differimento di un termine abrogativo già interamente maturato; infine l'ha nuovamente abrogata" (così la sent. 70/2013).

In altri termini, ci si trova spesso di fronte ad una conflittualità che impatta direttamente sulle regole che governano attività di rilievo economico rilevante, se non ponderoso.

Alla osservazione che precede se ne può aggiungere un'altra: si è discusso nel corso degli anni e si discute molto, proprio in questi mesi, della esigenza di superare il bicameralismo perfetto e delle numerose e contrapposte ipotesi di configurazione di una seconda camera.

Di certo, l'esito della estesa e costante conflittualità fra Stato e Regioni conduce a rilevare che, seppure in modo disordinato, disorganico e ultimamente insoddisfacente, comunque l'ordinamento sta già rispondendo a tale esigenza recuperando – fra gli interstizi dell'art. 127 Cost. – forme di concertazione politica del contenuto della legislazione nel quadro dei rapporti fra Stato e Regioni. Si tratta di un deludente rimedio alla perdurante carenza di riforma del bicameralismo italiano, che tuttavia appare mostrarne la pressante esigenza, oltre a suggerire alcune delle vie percorribili al riguardo¹⁶, che – salva l'opzione dell'ulteriore annichilimento della potestà legislativa regionale – non possono che condurre alla integrazione fra legislatori statale e regionali, in una sempre più decisiva ottica di corretta attuazione (differenziata, laddove possibile, a seconda delle diverse esigenze territoriali) del diritto europeo. Una seconda camera, dunque, che si occupi della corretta integrazione fra legislazione statale e regionale: guardando a Bruxelles.

3. Autonomia regionale e sovranità statale

Una seconda e diversa regolarità si riscontra nella interpretazione dei concetti di sovranità ed autonomia fra Stato e Regioni resa dal giudice costituzionale.

In questo caso, vi è una continuità nel significato attribuito a tali nozioni anche in seguito alla riforma del Titolo V, che sembra non averle scalfite.

(16) Su questo aspetto si rinvia alla indagine, ai suggerimenti e alla dottrina citata in E. GIANFRANCESCO, *Il giudizio in via principale oggi: prevenire è meglio che reprimere. Sì, ma come?*, in *Italian papers on federalism*, 1-13, spec. parr. 4 ss. (<http://italianpaper-sonfederalism.issirfa.cnr.it/>).

Nella sentenza 365/2007¹⁷, complice una quantomeno enfatica legge regionale sarda 7/2006, recante “Istituzione, attribuzioni e disciplina della Consulta per il nuovo Statuto di autonomia e sovranità del popolo sardo”¹⁸, la Corte costituzionale ha modo di ritornare su tali concetti, interpretandoli a partire dagli artt. 1, comma 2, 5, 114 Cost. La decisione muove dall’osservazione che “attraverso la utilizzazione del termine “sovranità”, ci si riferisce alla pretesa attribuzione alla Regione di un ordinamento profondamente differenziato da quello attuale e, invece, caratterizzato da istituti adeguati ad accentuati modelli di tipo federalistico, normalmente frutto di processi storici nei quali le entità territoriali componenti lo Stato federale mantengono forme ed istituti che risentono della loro preesistente condizione di sovranità”. Per questo, la Corte ha cura di precisare quale sia, fra le diverse esistenti, la nozione di sovranità¹⁹ che entra in gioco nel sindacato sulla legge sarda: infatti il termine “assume significati profondamente diversi a seconda che esprima sinteticamente le caratteristiche proprie di un ordinamento statale indipendente rispetto agli altri soggetti dell’ordinamento internazionale, o che distingua la originaria natura di alcuni ordinamenti coinvolti nei processi di federalizzazione o nella formazione dei cosiddetti “Stati composti”, o che indichi la posizione di vertice di un organo costituzionale all’interno di un ordinamento statale”. A tal riguardo, il giudice costituzionale se, da un lato, rileva che sono in atto forme di erosione sul piano della c.d. “sovranità esterna” dello Stato, in particolare in connessione col processo di integrazione

(17) Cui è dedicato, criticamente, l’editoriale di B. CARAVITA, *Il tabù della sovranità e gli “istituti tipici di ordinamenti statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento costituzionale”*, di *Federalismi.it*, 22, 2007.

(18) Come osserva P. CARETTI, *La “sovranità” regionale come illusorio succedaneo di una “specialità” perduta: in margine alla sent. della Corte costituzionale n. 365/2007*, in *Le Regioni*, 1, 2008, p. 219, “che le Regioni, anche quelle ad autonomia speciale, potessero configurarsi come enti ‘sovrani’ non è mai stato sostenuto né dai più accesi regionalisti, ma neppure dagli esponenti del movimento ‘devoluzionista’”.

(19) Su questo tema è reperibile in rete una approfondita tesi di dottorato: M. CONZ, *Principio di sovranità nella giurisprudenza costituzionale. Premesse teoriche e risvolti applicativi*, in <http://paduaresearch.cab.unipd.it/1332>.

europea, con altrettanta decisione esclude che la medesima erosione possa conseguire dall'“affermarsi del regionalismo nel nostro paese, neppure a seguito della riforma costituzionale del 2001: infatti, la sovranità interna dello Stato conserva intatta la propria struttura essenziale, non scalfita dal pur significativo potenziamento di molteplici funzioni che la Costituzione attribuisce alle Regioni ed agli enti territoriali”²⁰.

Per questo dalla sovranità (interna) è necessario saper distinguere l'autonomia, espressamente scolpita in fondamentali disposizioni costituzionali: “gli artt. 5 e 114 della Costituzione e l'art. 1 dello Statuto speciale della Regione Sardegna utilizzano tutti (e certo non casualmente) il termine ‘autonomia’ o il relativo aggettivo per definire sinteticamente lo spazio lasciato dall'ordinamento repubblicano alle scelte proprie delle diverse Regioni”.

A ciò si lega una considerazione della Corte in merito alla genesi del regionalismo italiano: “il dibattito costituente, che pure introdusse per la prima volta l'autonomia regionale nel nostro ordinamento dopo lunghi e vivaci confronti, fu assolutamente fermo nell'escludere concezioni che potessero anche solo apparire latamente riconducibili a modelli di tipo federalistico o addirittura di tipo confederale. Questa scelta riguardò la stessa speciale autonomia delle Regioni a regime differenziato”; tale affermazione si lega ad una valutazione della riforma costituzione del 2001, la quale, pur avendo introdotto “rilevanti modifiche” non può essere intesa come “una innovazione tale da equiparare pienamente tra loro i diversi soggetti istituzionali che pure tutti compongono l'ordinamento repubblicano, così da rendere omogenea la stessa condizione giuridica di fondo dello Stato, delle

(20) Critico su questo passaggio della decisione S. BARTOLE, *La Corte costituzionale chiude al “federalismo” dal basso*, in *Giur. cost.*, 6, 2007, p. 4039 ss., il quale afferma che “questa posizione rammenta troppo da vicino la tradizionale concezione che vedeva nell'indivisibilità della sovranità la manifestazione del principio di onnipotenza dello Stato”; nel nostro ordinamento, “in definitiva, valgono anche per lo Stato le ragioni che consigliano di negare agli enti territoriali autonomi la titolarità o una qualche condivisione della sovranità: titolare della sovranità è il popolo e non lo Stato, giacché questo è, come gli enti territoriali appunto, ‘soltanto una tra le forme (*rectius*, tra i mezzi)’ in cui la sovranità viene esercitata”.

Regioni e degli enti territoriali (sull'art. 114 Cost. si veda la sentenza 274/2003)²¹.

In sostanza, conclude la Corte, non si può legittimamente dare mandato alla Consulta congegnata dal legislatore sardo di predisporre un nuovo Statuto speciale utilizzando “sia il concetto di autonomia sia quello di sovranità”, poiché ciò “equivale a giustapporre due concezioni tra loro radicalmente differenziate sul piano storico e logico (tanto che potrebbe parlarsi di un vero e proprio ossimoro piuttosto che di una endiadi), di cui la seconda certamente estranea alla configurazione di fondo del regionalismo quale delineato dalla Costituzione e dagli Statuti speciali”.

Sul piano concettuale, quindi, sembrerebbero potersi distinguere piuttosto chiaramente autonomia e regionalismo, da un lato, sovranità e federalismo, dall'altro²².

In questa sede non interessa tanto offrire un ulteriore punto di vista su questa impostazione del giudice costituzionale, quanto sottolineare

(21) Si è correttamente rilevato che, nella sent. in parola, la Corte evoca e descrive la necessaria distinzione fra “sovranità (interna)” e “autonomia”, ma non offre “un fondamento preciso all'uno ed all'altro concetto” (così P. PASSAGLIA, *La Corte, la sovranità e le insidie del nominalismo*, in *Giur. cost.*, 6, 2007, p. 4052 ss.). Si è invece contestato il riferimento della sentenza alla interpretazione dell'art. 114, comma 1, Cost. ed il connesso richiamo alla sent. 274/2003, in quanto “il fatto che tra gli enti costitutivi della Repubblica non vi sia totale equiparazione funzionale, perché non esercitano tutti le medesime competenze, non depone affatto contro la tesi del pluralismo istituzionale paritario”, in quanto “la differenziazione funzionale non equivale per nulla a gerarchia su basi di valore” (così O. CHESSA, *La resurrezione della sovranità statale nella sent. 365/2007*, in *Le Regioni*, 1, 2008, pp. 232-233).

(22) Come osserva A. ANZON, *Sovranità, processi federalistici, autonomia regionale. In margine alla sentenza n. 365 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 6, 2007, p. 4999 ss., dal ragionamento della Corte emerge che “la diversità tra Stato federale e Stato regionale stia non, appunto, nella pretesa perdurante sovranità degli Stati-membri del primo, ma soltanto nella presenza di certi particolari ‘istituti’ descritti nel diritto positivo che determinano il grado della loro autonomia”. Tuttavia, la sentenza “non chiarisce in alcun modo quali siano questi istituti, per quali ragioni e in quali sensi determinino un ordinamento ‘profondamente diverso’ da quello regionale ora vigente; perché mai tali istituti siano adeguati a modelli di tipo federalistico – per di più definiti ‘accentuati’ senza ulteriore precisazione – e non al nostro ordinamento regionale. Insomma, la pronunzia non dà conto esaurientemente del perché Stato federale e Stato regionale siano uguali sotto il profilo della inesistenza di sovranità delle entità minori, ma restino tuttavia ‘radicalmente’ differenziati”.

come si possa osservare una regolarità (e quindi una continuità) della giurisprudenza costituzionale al riguardo, che porta con sé – seppure con motivazioni non sempre coincidenti²³ – non irrilevanti (e costanti) corollari, che pure si riscontrano nella giurisprudenza costituzionale²⁴.

(23) In dottrina si è rilevato e giustificato il differente percorso argomentativo delle sentt. 106/2002 – citata di seguito nel testo – e 365/2007: “Onde analizzare il percorso logico seguito dalla Corte [*N.d.R.*, nella sent. 365/2007], conviene prendere le mosse dalla mancata citazione di quello che è probabilmente l’ultimo precedente nel quale la tematica della sovranità, intesa come sovranità interna, è stata affrontata *ex professo*, vale a dire la sent. 106/2002. L’omissione non è, ovviamente, casuale: il mancato riferimento sembra trarre origine, non già da un cambiamento di rotta, ma piuttosto da una diversità di piani sui quali le due pronunce si muovono. La sentenza del 2002 ha definito un conflitto intersoggettivo avente ad oggetto una delibera regionale con cui si attribuiva all’Assemblea legislativa il *nomen* ‘parlamento’. La Corte, nel censurare tale atto, ha condotto un parallelismo tra le assemblee nazionali e regionali nel quale le ragioni di differenziazione tra le due sono state individuate in fattori altri rispetto a quello che era stato, nel passato, il criterio distintivo adottato, e cioè l’esercizio della sovranità da parte del Parlamento (nazionale), contrapposto all’esplicazione di poteri riconducibili alla nozione di autonomia da parte delle assemblee regionali. L’abbandono – più apparente che reale, come si dirà subito – di questa impostazione, probabilmente suggerito dalla allora recentissima rivisitazione dei connotati del regionalismo operata con la riforma del Titolo V, si giustificava alla luce di una analisi dell’art. 1, comma 2, Cost. meno condizionata dalla tradizione e più aperta verso l’evoluzione che la sovranità popolare aveva conosciuto in conseguenza del mutamento degli assetti istituzionali. In effetti, [...] nella sentenza del 2002 il concetto di ‘sovranità’ è stato assunto in una accezione che verrebbe da definire ‘diffusa’: ‘le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l’intera intelaiatura costituzionale’, ‘si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti ed assumono una configurazione talmente ampia da ricomprendere certamente il riconoscimento e la garanzia delle autonomie territoriali’. Ora, per cogliere appieno la portata di questi brani non può non tenersi conto che nella sent. n. 106 [...] non si è affrontato il tema dell’imputazione della sovranità, che si è dato per presupposto, ma quello delle forme di esercizio di questa. E, nel novero di tali forme, è del tutto ovvio – quanto meno in base alla sensibilità sviluppatasi nel corso degli anni – che il Parlamento non occupi una posizione di monopolio [...]. Così impostati i termini della questione, è lungi dall’essere ‘rivoluzionario’ il fatto che i Consigli regionali siano da collocarsi tra gli strumenti mediante i quali il popolo esercita la sovranità che gli è stata conferita dalla Costituzione, e non costituisce un ossimoro concettuale il fondare i poteri degli stessi Consigli regionali, considerati in quanto tali (e non come istanze rappresentative del popolo), sulla nozione di autonomia” (così P. PASSAGLIA, *La Corte, la sovranità e le insidie del nominalismo*, cit., p. 4052 ss.).

(24) Sul tema cfr. T.F. GIUPPONI, *Autonomia e indipendenza delle Camere e dei Consigli regionali davanti alla Corte*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, p. 372 ss.

Il primo di questi riguarda la posizione costituzionale degli organi legislativi regionali rispetto al Parlamento nazionale: la Corte ha a più riprese evidenziato che, ad es., il *nomen* “Parlamento” e “deputato” sono prerogativa delle Camere e non possono essere utilizzati da Consigli e consiglieri regionali (sentt. 106 e 306/2002²⁵).

A ciò si aggiunga quanto la Corte ha avuto modo di affermare in ordine al regime di insindacabilità di consiglieri regionali e parlamentari²⁶: “l’identità formale degli enunciati di cui agli artt. 68, primo comma, e 122, quarto comma, Cost. non riflette, tuttavia, una compiuta assimilazione tra le Assemblee parlamentari e i Consigli regionali. Questa Corte ha già avuto modo di statuire che, diversamente dalle funzioni assegnate alle Camere, ‘le attribuzioni dei Consigli regionali si inquadrano, invece, nell’esplicazione di autonomie costituzionalmente garantite, ma non si esprimono a livello di sovranità’ (sent. 306/2002; sent. 81/1975)” (sent. 301/2007²⁷).

Non ultima, l’asimmetria del regime dei vizi denunciabili in via principale dallo Stato e dalle Regioni, che viene giustificata anche in seguito alla riforma del Titolo V sulla base del rilievo che “allo Stato sia pur sempre riservata, nell’ordinamento generale della Repubblica,

(25) In questa sentenza il giudice costituzionale ricorda che “solo i membri dell’Assemblea siciliana sono identificati con il nome di ‘deputati’, ma ciò in forza della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, che ha convertito in legge costituzionale le corrispondenti disposizioni dello Statuto approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (3, 5, 6, 7, 8-bis, 9, 11, 12 e 42). Si tratta, all’evidenza, di disciplina del tutto eccezionale che si spiega per ragioni storiche anche a causa dell’anteriorità dello Statuto rispetto alla Costituzione repubblicana e che non può essere invocata per ricavarne la facoltà di utilizzare il nome deputato in sede regionale”.

(26) V., anche per una connessione fra le sentt. 106/2002 e 301/2007, proprio in riferimento al tema della sovranità, T.F. GIUPPONI, *L’autonomia dei Consigli regionali e le prerogative dei consiglieri*, in *Forum di quaderni costituzionali* ed ora ne *Il Filangeri*, quad. 2009.

(27) Critico proprio su questo passaggio della decisione A. BURATTI, *Conferme sull’assetto processuale dei conflitti in tema di insindacabilità dei consiglieri regionali (ed anacronismi argomentativi sulla “posizione rispettiva” del Parlamento e dei Consigli regionali)*, in *Giur. cost.*, 4, 2007, p. 2941 ss., il quale afferma che la sentenza va “stigmatizzata per la declinazione della nozione di sovranità che emerge dalla motivazione, in contrasto sia con le più significative aperture della Corte stessa che con gli assetti attuali delle democrazie pluralistiche”.

una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di 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 dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative (art. 117, comma 1) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120, comma 2). E tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto – lo Stato, appunto – avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento. Lo stesso art. 114 della Costituzione non comporta affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro [...]” (così sent. 274/2003).

Si può quindi osservare – salvo quanto si dirà in seguito, in sede di conclusioni – che la stabilità dei concetti cardine e distintivi di “autonomia” (regionale) e “sovranità” (statale) conduce, dopo la riforma del Titolo V, a conseguenze che generano una continuità nella lettura delle nuove disposizioni costituzionali – segnatamente dell'art. 114, comma 1, Cost. – che può apparire anche contro-intuitiva rispetto alla portata della riforma costituzionale.

In altri termini, mantenere solidamente fermi i due concetti e la loro declinazione di fronte ad un testo costituzionale del Titolo V radicalmente mutato costituisce una regolarità giurisprudenziale che può finire per non agevolare l'espandersi della effettiva autonomia regionale²⁸.

4. Il regime privatizzato e l'accesso al pubblico impiego regionale

Una terza regolarità, eterodossa rispetto alle precedenti, si impone nella giurisprudenza costituzionale degli anni più recenti e concerne il regime privatizzato del pubblico impiego.

Attraverso la privatizzazione del pubblico impiego introdotta dal legislatore statale – come noto a partire dalla legge delega 421/1992 e

(28) Ma su questo si veda S. STAIANO, *Mitologie federaliste ed esperienza del regionalismo*, in *Federalismi.it*, 20, 2012.

dal seguente d.lgs. 29/1993²⁹ – si è progressivamente sottratta competenza legislativa al legislatore regionale³⁰: attualmente, come ricorda di recente la Corte, la materia del pubblico impiego, in tutti gli aspetti privatizzati della sua disciplina, rappresenta la materializzazione del noto limite del diritto privato per la potestà legislativa regionale, ed è di conseguenza ad essa sottratta (sent. 149/2012).

Con la riforma del Titolo V, peraltro, quel limite si solidifica nella materia di competenza esclusiva dello Stato “ordinamento civile” (art. 117, comma 2, lett. D).

A questo riguardo, va sottolineato che mentre nel primo quindicennio successivo alla privatizzazione si osserva “una sostanziale coincidenza tra i profili del rapporto di lavoro pubblico ricondotti dal legislatore statale al diritto civile e gli ambiti di questo oggetto di contrattazione collettiva (art. 2, comma 3, e art. 40, comma 1, d.lgs. 165/2001)” tale per cui “il parallelismo tra ‘privatizzazione’ e ‘contrattualizzazione’ impedisce ogni sovrapposizione e invasione di campo della contrattazione collettiva (a cominciare da quella nazionale) rispetto alle competenze normative regionali, e viceversa, agendo esse in ambiti separati”³¹, negli ultimi anni, segnatamente in seguito alla legge delega 15/2009 ed al d.lgs. 150/2009 (le c.d. “riforme Brunetta”) si assiste ad una brusca dissociazione fra i due aspetti³².

(29) Vengono escluse dalla privatizzazione “le famose ‘sette materie’ elencate nell’art. 2, comma 1, lett. c), della legge delega 421/1992, vale a dire: 1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell’espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l’accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva; 6) la garanzia della libertà d’insegnamento e l’autonomia professionale nello svolgimento dell’attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) 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”; così A. TROJSI, *L’impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle Regioni*, in *Istituzioni del federalismo*, 2009, p. 832.

(30) Cfr. A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, in *Le Regioni*, 6, 2009, p. 1213 ss.

(31) A. TROJSI, *Il riparto*, cit., p. 1226.

(32) Fra i moltissimi contributi sulla c.d. “riforma Brunetta”, cfr. F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge*

Si assiste, cioè, alla sottrazione di spazio alla contrattazione, attraverso la c.d. “rilegificazione”, che comporta il ritorno ad una disciplina unilaterale (della parte pubblica, non necessariamente del legislatore statale) di ampi spazi precedentemente riservati o aperti alla disciplina posta dalla contrattazione collettiva³³.

“Rilegificare”, però, non significa “ripubblicizzare”, cioè riportare nell’alveo del diritto pubblico la disciplina del pubblico impiego: “mentre la ‘contrattualizzazione’ di un istituto [...] ne comporta automaticamente la riconduzione al diritto civile, essendo questo appunto demandato a fonti privatistiche, non vale il contrario, non potendosi affermare la medesima consequenzialità per l’ipotesi inversa, appunto quella della ‘rilegificazione’ di un profilo. La riserva della disciplina di un aspetto del rapporto di lavoro pubblico alla fonte legislativa (nonché ad atti unilaterali dell’amministrazione, organizzativi e dirigenziali) esprime, infatti, semplicemente la volontà di sottrazione dello stesso a fonti autonome di origine consensuale, quali il contratto collettivo, e di per sé non necessariamente implica, quindi, la ‘ripubblicizzazione’ del profilo, che può rimanere privatizzato, benché disciplinato esclusivamente da fonti eteronome e da atti unilaterali, ma entrambi pur sempre di diritto privato”³⁴.

Proprio in concomitanza con tale mutamento di indirizzo del legislatore statale, la giurisprudenza costituzionale – dopo aver assunto in precedenza una interpretazione in parte diversa: sentt. 274/2003, 345/2004 – si è assestata su una ricorrente lettura della competenza statale dell’“ordinamento civile”, in forza della quale tutti i profili pri-

133/2008 alla legge 15/2009, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, p. 949 ss.; ID., *Il secondo tempo della riforma Brunetta. Il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Lav. nelle p.a.*, 2010, p. 1025; S. BATTINI, *La “riforma Brunetta” del lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 5 ss.; A. BELLAVISTA, A. GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. nelle p.a.*, 2010, p. 1 ss. Al tema è stato peraltro dedicato il numero monografico 5/6 del 2009 di questa *Rivista: La c.d. “riforma Brunetta” del lavoro pubblico – valutazione, responsabilità e merito tra legislazione e contrattazione*.

(33) Cfr. su questo aspetto C. D’ORTA, *L’organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. nelle p.a.*, 3-4, 2011, p. 391 ss.

(34) A. TROJSI, *Il riparto*, cit., p. 1243.

vatizzati del rapporto di lavoro pubblico, ancorché “rilegificati”, sono di esclusiva competenza dello Stato: la materia è “riconducibile alla potestà del legislatore statale che ben può intervenire, come nel caso in esame, a conformare gli istituti del rapporto di impiego attraverso norme che si impongono all’autonomia privata con il carattere dell’inderogabilità, anche in relazione ai rapporti di impiego dei dipendenti delle Regioni” (sent. 19/2013).

Rientrano nella esclusiva competenza statale, fra i diversi aspetti, la disciplina dell’orario di lavoro e della turnazione (sent. 256/2012), la durata (compresa la proroga) dei contratti a termine (sent. 289/2012), e, soprattutto, tutto quanto concerne il trattamento economico³⁵ del pubblico impiego regionale, fino a ritenere legittima la previsione di regolamenti statali di delegificazione che disciplinino “la fissazione delle modalità di calcolo relative all’erogazione dell’indennità di vacanza contrattuale per gli anni 2015-2017” e “la semplificazione, il rafforzamento e l’obbligatorietà delle procedure di mobilità del personale tra le pubbliche amministrazioni” (sent. 149/2012³⁶).

A ciò si aggiunge che i principi fondamentali in materia di coordi-

(35) In tal senso, nella sent. 77/2011, la Corte dichiara illegittima una legge regionale molisana che demandava alla Giunta regionale di adottare una nuova disciplina dei buoni pasto spettanti ai dipendenti regionali. Secondo la Corte, “i buoni pasto costituiscono, come noto, una sorta di rimborso forfettario delle spese che il lavoratore, tenuto a prolungare la propria permanenza in servizio oltre una certa ora, deve affrontare per consumare il pranzo. Si tratta, quindi, di una componente del trattamento economico spettante ai dipendenti pubblici, che rientra nella regolamentazione del contratto di diritto privato che lega tali dipendenti ‘privatizzati’ all’ente di appartenenza. Questa Corte ha già affermato che detta disciplina rientra nella materia dell’ordinamento civile (sentt. 324/2010 e 151/2010) e che a questa materia è riconducibile anche il trattamento economico (sent. 332/2010) dei dipendenti pubblici, il cui rapporto di impiego sia stato privatizzato e, conseguentemente, disciplinato dalla contrattazione collettiva (sent. 189/2007). Pertanto, la norma regionale in esame [...] invade la competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile e deve conseguentemente essere dichiarata illegittima”. Sulla decisione v. le osservazioni di F. GHERA, *Ordinamento civile e autonomia regionale: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1180 ss. Più di recente v. anche, fra le molte, sentt. 339/2011, 62/2012, 18/2013, 19/2013, 36/2013, 77/2013.

(36) Per un commento a tale decisione sia consentito rinviare a S. CALZOLAIO, *Del coordinamento civile: il fine giustifica il mezzo?*, nel *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) ed in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2012.

namento finanziario possono, ormai da tempo, introdurre limiti pregnanti alla spesa corrente per il personale (regionale), purché “non prevedano in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi (sent. 148/2012; conformi, *ex plurimis*, sentt. 232/2011 e 326/2010)” (sent. 193/2012), in quanto “la spesa per il personale, per la sua importanza strategica ai fini dell’attuazione del patto di stabilità interno (data la sua rilevante entità), costituisce non già una minuta voce di dettaglio, ma un importante aggregato della spesa di parte corrente, con la conseguenza che le disposizioni relative al suo contenimento assurgono a principio fondamentale della legislazione statale” (sent. 69/2011, che richiama la sent. 169/2007)” (sent. 217/2012).

In questo quadro, va inserito il novero delle decisioni in cui il giudice costituzionale applica il principio del pubblico concorso per l’accesso ai (e la progressione nei) pubblici impieghi (art. 97, comma 3, Cost.), che normalmente conseguono a impugnazioni di leggi regionali³⁷.

Il rilievo quantitativo delle decisioni in materia³⁸ e i reiterati tentativi delle singole Regioni di aggirare il principio trovano una perfetta descrizione nella recente sent. 73/2013, ove si ricorda che “la Corte ha già notato ‘con preoccupazione che la Regione Puglia continua ad approvare disposizioni legislative contrastanti con gli artt. 3 e 97 Cost., senza ottemperare ai giudicati costituzionali’ (sent. 245/2012). Questo ricorso, ormai relativamente frequente da parte della Regione,

(37) Su questo tema, fra i molti contributi, di particolare utilità: A. PERTICI, *I limiti di derogabilità della regola del concorso pubblico per l’accesso ai pubblici impieghi: una riserva di legge (sempre più) rinforzata in via giurisprudenziale*, in *Giur. cost.*, 4, 2010, p. 3602 ss. (il quale identifica puntualmente le eccezioni alla regola del concorso pubblico desumibili dalla giurisprudenza costituzionale: “I criteri alla luce dei quali valutare la ragionevolezza delle eccezioni stabilite dal legislatore al ‘principio’ del concorso pubblico sono quindi tre: 1) quello numerico; 2) quello della ‘funzionalità’ dell’amministrazione interessata; 3) quello della garanzia di professionalità”) e G. GARDINI, *Note a margine del lavoro pubblico dopo l’entrata in vigore del nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione. La progressione verticale tra esigenze di garanzia e di efficienza*, in *Lav. nelle p.a.*, 3-4, 2002, p. 525 ss.

(38) Cfr. fra le molte, di recente, le sentt. 73/2013, 28/2013, 245/2012, 231/2012, 226/2012, 217/2012, 99/2012, 90/2012, 30/2012, 62/2012, 51/2012, 310/2011, 299/2011, 127/2011, 42/2011 (in via incidentale); per l’anno 2011 v. la *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2011*, pp. 169-174.

a procedure dichiarate costituzionalmente illegittime, rappresenta, tra l'altro, una violazione del giudicato costituzionale *ex art.* 136 Cost. Infatti, 'il giudicato costituzionale è violato non solo quando il legislatore emana una norma che costituisce una mera riproduzione di quella già ritenuta lesiva della Costituzione, ma anche laddove la nuova disciplina miri a perseguire e raggiungere, anche se indirettamente, esiti corrispondenti' (sentt. 245/2012, 223/1983, 88/1966 e 73/1963), come avviene nel caso in esame, in cui la legislazione regionale, pur non riproducendo formalmente la procedura di stabilizzazione già dichiarata illegittima, ne utilizza gli esiti in spregio ai principi enunciati da questa Corte".

I profili sin qui indicati valgono a sottolineare come nella giurisprudenza costituzionale emerga una regolarità che conduce a rilevare, da un lato, che il legislatore regionale ha progressivamente perduto larga parte della competenza legislativa sul "proprio" pubblico impiego privatizzato, complice anche il susseguirsi di norme statali che dettano principi di coordinamento finanziario volti alla sempre più stringente riduzione della spesa corrente per il personale. Dall'altro lato, mentre appare abbastanza evidente che il legislatore regionale continua a subire una (e ad accondiscendere alla) forte pressione in ordine all'allargamento, diretto o indiretto, degli organici regionali, anche a scapito di principi costituzionali consolidati come quello dell'accesso ai pubblici impieghi tramite concorso, sembra che ciò conduca ad una regolare interpretazione degli stessi da parte del giudice costituzionale tanto più stringente quanto più si manifesta la volontà di derogarvi.

5. Una ulteriore regolarità ed un interrogativo conclusivo

Non sfugge che le tre regolarità della giurisprudenza costituzionale sin qui descritte sono fra loro molto diverse ed eterogenee.

La prima – l'entità del contenzioso promosso in via principale – è una costante strutturale che si rinviene dopo la riforma del Titolo V rispetto alla quale la Corte può ben poco. Si tratta, quindi, di una regolarità che il giudice costituzionale si trova a subire, anche in riferimento al fenomeno della c.d. "contrattazione" che segue la impugnazione delle leggi in via diretta.

La seconda – ovvero l'interpretazione, limitatamente ai rapporti fra

Stato e Regioni, delle nozioni di sovranità interna ed autonomia – rappresenta la volontà del giudice costituzionale di valorizzare la genesi e la specificità storica del regionalismo italiano ed ha come effetto di legare la giurisprudenza successiva alla riforma costituzionale del 2001 con quella precedente, talvolta risalente, della prima lunga fase del regionalismo italiano.

La terza regolarità – interpretazione “forte” e “monolitica” della competenza statale in materia di pubblico impiego e connessa lettura stringente dei principi desumibili dall’art. 97, comma 3, Cost. – si afferma più di recente e sembra seguire i mutati indirizzi del legislatore statale, sia in materia di pubblico impiego in senso stretto, sia in materia di vincoli stringenti alla spesa pubblica corrente per il personale (qui entra in gioco la materia del coordinamento finanziario, accanto a quella dell’ordinamento civile).

Interessa, in conclusione, osservare gli effetti che l’interazione tra queste regolarità hanno sulla posizione del legislatore regionale, ponendo una domanda: una volta stabilizzate le nozioni di sovranità ed autonomia, e quindi posto un limite generale e di massima ai poteri delle Regioni, qual è l’effetto – sulla stessa declinazione effettiva della autonomia regionale – di un sistema delle relazioni fra Stato e Regioni molto conflittuale, in cui le Regioni hanno perso una larga fetta delle competenze di disciplina del loro pubblico impiego (privatizzato)?

La questione riguarda uno spaccato di quanto accaduto negli ultimi dieci anni nei rapporti fra Stato e Regioni: è dunque parziale e conduce ad una risposta inevitabilmente altrettanto parziale, che tuttavia può fornire indizi significativi di un andamento più generale della giurisprudenza costituzionale (e dell’assetto dei rapporti fra Stato e Regioni).

Va rilevato che “bloccando” l’interpretazione di tali nozioni cardine non si è affatto bloccato l’evolversi dei rapporti fra Stato e Regioni: al contrario, l’alta conflittualità fra Stato e Regioni tende ad annichilire più di quanto accadeva in precedenza il legislatore regionale, il quale ha pure perduto – all’interno dell’altissima conflittualità che si è sviluppata proprio in materia – il potere di disciplinare un elemento decisivo della propria organizzazione: il “proprio” pubblico impiego. L’interazione fra le tre regolarità descritte conduce quindi ad una ul-

tima osservazione. Condivisi il contenuto ed il significato della sent. 365/2007, bisogna osservare che la nozione di autonomia regionale non è statica, ma dinamica. Non è concetto chiuso in se stesso, ma relazionale.

Come la dottrina ha ben evidenziato, il federalismo non è una condizione istituzionale statica, ma un processo in costante divenire e la stessa affermazione è valida per l'autonomia regionale in uno Stato regionale³⁹.

Proprio per le stesse ragioni per cui correttamente si distingue fra sovranità dello Stato e autonomia delle Regioni, implicandosi fattualmente – nella giurisprudenza costituzionale – l'esistenza della supremazia del primo, va rilevato che quando aumenta la conflittualità, la sovranità interna tende a declinarsi, nel complesso delle decisioni della Consulta, come supremazia dello Stato sulle Regioni⁴⁰.

In altri termini, fermi i concetti così come regolarmente interpretati dal giudice costituzionale di sovranità ed autonomia, all'aumento del contenzioso in via principale corrisponde un costante e progressivo riconoscimento degli spazi di supremazia statale ed una compressione degli spazi di autonomia regionale. Quindi, pur apparentemente tenendo ferme le nozioni, nella dinamica delle relazioni che costituiscono il processo del regionalismo sempre in divenire, si osserva espandersi la logica della sovranità interna (che spesso maschera la specie del recupero della supremazia statale) e diminuire la autonomia regionale.

Tenendo ferme le nozioni, quindi, si arriva (attraverso l'alta conflittualità) a vederle modificate nel loro contenuto effettivo. In senso opposto alle ragioni dell'autonomia.

Mi sembra che ne rappresenti un segno evidente proprio la terza e

(39) A questo riguardo, l'affermazione muove dalla considerazioni di C.J. FRIEDRICH, *Trends of federalism in Theory and Practice*, New York, 1968; G. DE VERGOTTINI, voce *Stato federale*, in *Enc.dir.*, XLIII, 1990, p. 831 ss.; A. ANZON, *Sovranità, processi federalistici, autonomia regionale*, cit., parr. 1-2.

(40) Sia consentito, almeno per quanto concerne il tema delle competenze legislative, rinviare per più ampie considerazioni sul tema a S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale*, Torino, Giappichelli, 2012.

più recente regolarità: la progressiva interpretazione della clausola dell'ordinamento civile rispetto alla tradizionale competenza della Regione sul lavoro pubblico regionale appare un esempio calzante – fra i molti che in questa fase si potrebbero fare – a suffragio di questa conclusione. Se non altro poiché si tratta di un settore in cui la conflittualità, proprio in concomitanza con un importante mutamento di indirizzo del legislatore statale sul tema – di cui si è detto –, è stata altissima.

In sintesi, quindi, l'alta conflittualità accentua la supremazia dello Stato che si estende anche verso competenze normative che si potrebbero considerare addirittura connaturate con l'esistenza stessa dell'ente regionale.

Anche questa è una regolarità che si osserva nella giurisprudenza costituzionale, derivante dalla interazione delle altre, in ordine alla quale è lecito chiedersi se sia compatibile con un assetto stabile dei rapporti fra Stato e Regioni e, in fin dei conti, alla lunga, con l'esistenza stessa delle Regioni (come autonomie costituzionalmente riconosciute e garantite).

Le tre regolarità descritte in precedenza, quindi, conducono ad una ulteriore regolarità che finisce per mostrare la paradossale irregolarità del nostro regionalismo.

Ciò induce ad un conclusivo interrogativo: ci si chiede se sia così certo, se si possa dare effettivamente per scontato (nella logica della sovranità interna) che lo Stato – in questo momento storico – sia effettivamente in grado di governare e regolare l'intero ordinamento della Repubblica senza le Regioni e meglio di quanto siano in grado di fare le Regioni (tutte o alcune)⁴¹.

(41) Mi sembra si possano trarre utili argomenti in ordine alla difficoltà in cui versa lo Stato a porre una organica e regolata disciplina di settori interi dell'ordinamento dalla sent. 200/2012. In questa decisione si possono osservare le nefaste conseguenze – cfr. art. 3, rispettivamente commi 1 e 3, d.l. 138/2012 – della scoordinata introduzione del “principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge” e della connessa generica soppressione delle “disposizioni normative statali incompatibili con quanto disposto nel medesimo comma, con conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio di attività e dell'autocertificazione con controlli successivi” (cfr. in

Chi scrive ha l'impressione che, seppure costantemente elusa, non sia venuta meno, semmai sia oggi accentuata in concomitanza con una crisi economica epocale, la ragione per cui si predicava l'avvento e l'implementazione del regionalismo⁴²: per la riforma dello Stato⁴³.

particolare il punto 8 del c.i.d. della sentenza, che dichiara illegittimo il comma 3). Un insigne studioso ha "provato ad immaginare la sua applicazione e quindi a sciogliere tutti i problemi che in questa attività di interpretazione venivano fuori continuamente: il risultato era talmente ingarbugliato che ho deciso di cancellare quelle pagine, visto che per nostra fortuna quel comma non è più in vigore e nessuno deve applicarlo. Una cosa però ritengo opportuno segnalare ugualmente. Il comma 3 nel primo periodo contiene un automatismo (un nuovo automatismo in materia di fonti del diritto, dopo l'infelice e sciagurato 'taglialeggi'). Se gli organi statali incaricati di provvedere non adeguano le disposizioni normative statali (quindi sia leggi che regolamenti) al principio di cui al comma 1, *automaticamente* queste disposizioni in ipotesi contrarie al principio di cui al comma 1 (quindi se gli interessati le giudicano contrarie al principio di cui al comma 1, visto che qualcuno in carne ed ossa deve pur sempre riconoscere l'automatismo) vengono 'soppresse' (e cioè abrogate, come del resto dice il terzo periodo del comma 3) ed al loro posto vengono (sembra dunque che debbono venire: un'altra incertezza) applicati gli istituti della segnalazione di nuova attività e dell'autocertificazione con controlli successivi. Immaginando di applicare questa disposizione (e tralasciando tutti i complessi e imbrogliati problemi che essa pone e di cui un iniziale accenno si ricava già dalle parole prima scritte), ecco introdotta nel nostro ordinamento con legge ordinaria una nuova forma di cessazione di vigore delle leggi: non per abrogazione espressa, non per abrogazione tacita, non per dichiarazione di incostituzionalità, non per disapplicazione dei giudici qualora la legge sia contraria a regolamenti comunitari, ma per accertamento da parte di qualunque interessato del fatto che la legge in materia di iniziativa ed attività economica privata è contraria ai principi formulati in una legge ordinaria. Mi pare che basti per qualificare la qualità dei nostri governanti" (così G.U. RESCIGNO, *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione e come la Corte ha risposto in modo debole e inadeguato*, in *Giur. cost.*, 4, 2012, p. 2940 ss.).

(42) Sul tema cfr. A. MORRONE, *Per un "progetto di Regione"*, in *Istituzioni del federalismo*, 1-2, 2010, p. 47 ss.

(43) Proprio questa *Rivista* (quad. 2/2010) si è incaricata di ripubblicare i contributi del 1981 di M.S. GIANNINI, *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano* (p. 11 ss., spec. 20 ss.) e di A. BARBERA, *Le componenti politico-culturali del movimento autonomista negli anni settanta* (p. 39 ss., spec. 48 ss.), da cui emerge chiaramente quale avrebbe dovuto essere, e non è mai stata lasciata essere nella dialettica con i poteri centrali, la funzione del regionalismo italiano.

La delegittimazione della classe politica regionale

Maurizio Cerruto

Abstract

L'articolo prende in esame la profonda delegittimazione della classe politica regionale. Il tema viene affrontato focalizzando l'attenzione su due diverse dimensioni: quella dei costi delle istituzioni regionali e quella dei comportamenti corruttivi dei politici regionali. In particolare, si analizzano, anzitutto, i costi legati tanto al numero di consiglieri e assessori regionali, quanto alla misura dei loro emolumenti e dei finanziamenti ai gruppi consiliari, puntando l'attenzione sulla riforma che ha portato al taglio di poltrone e indennità. Si ricostruiscono, poi, gli scandali che hanno colpito, e in parte travolto, tre amministrazioni regionali – Sicilia, Lazio e Lombardia. Nelle conclusioni viene messo in evidenza come la crisi di legittimazione della classe politica regionale alimenti inevitabilmente la perdita di credibilità e fiducia delle stesse istituzioni regionali da parte dei cittadini, richiedendo interventi che mirano ad introdurre, da un lato, limiti rigorosi ai costi della politica e, dall'altro, serie misure di contrasto alla corruzione.

1. Introduzione

Sono passati 12 anni dall'entrata in vigore della riforma del Titolo V quando le Regioni si sono trovate al centro di un intenso processo di trasferimento di competenze e di poteri al quale si è accompagnato un profondo cambiamento politico-istituzionale. Oggi, volendo fare un bilancio dell'esperienza federalista nel nostro paese, non possiamo non prendere atto, ancora una volta, che la qualità dei processi di riforma dipende, anzitutto, dalla qualità della classe politica. E da questo punto di vista le Regioni (ma non solo, purtroppo) non hanno dato certo miglior prova di sé.

È così che lo stato delle autonomie locali appare oggi seriamente

compromesso. Franco Bassanini, alla ricerca delle cause dei fallimenti del progetto regionale, ne individua, in particolare, quattro che hanno a che fare con i limiti del federo-regionalismo all'italiana: i ritardi accumulati nell'attuazione della riforma costituzionale, una ripartizione delle competenze confusa e contraddittoria, la farraginosità della nostra architettura istituzionale *multilevel*, la difficoltà di pensare un diverso paradigma nei rapporti tra centro e periferie, con uno Stato che continui ad essere “garante attivo dell'unità e del coordinamento del sistema”¹. Ma sottolinea anche che ai fallimenti del progetto riformatore hanno molto contribuito altri due fattori, il primo, congiunturale, il secondo, invece, strutturale, sistemico. Da una parte, la crisi economico-finanziaria/recessione e la conseguente necessità di drastiche operazioni di consolidamento fiscale, di cui il governo nazionale porta la responsabilità: di qui le tendenze neo centraliste degli ultimi anni. Dall'altra, la debolezza del ceto politico e burocratico regionale, collegabile con la più generale crisi della classe politica e dirigente del nostro paese: gli scandali a ripetizione sono, infatti, altrettanti colpi inferti alla mitologia delle autonomie regionali, ossia il cardine di quello che avrebbe dovuto essere il federalismo all'italiana.

Il lavoro che qui si presenta cerca di analizzare la profonda delegittimazione della classe politica regionale. Il tema verrà affrontato focalizzando l'attenzione su due diverse dimensioni: quella dei costi delle istituzioni regionali e quella dei comportamenti corruttivi dei politici regionali. In particolare, si analizzeranno, anzitutto, i costi legati tanto al numero di consiglieri e assessori regionali, quanto alla misura dei loro emolumenti e dei finanziamenti ai gruppi consiliari, puntando l'attenzione sulla riforma che ha portato al taglio di poltrone e indennità, riforma tentata dal governo Berlusconi con il d.l. 138/2011 e poi realizzata con il governo tecnico di Mario Monti (d.l. 174/2012). Si guarderà, poi, agli scandali che hanno colpito, e in parte travolto,

(1) Cfr. F. BASSANINI, *Postfazione. Riforma della riforma o ritorno al passato?*, in L. VANDRELLI e F. BASSANINI (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 509-521.

tre amministrazioni regionali – Sicilia, Lazio e Lombardia –, scandali che evidenziano come la crisi della classe politica sembra registrare proprio a livello regionale le sue manifestazioni più esasperate con diffusi episodi di corruzione, malaffare, clientelismo, che hanno fatto parlare di una vera e propria privatizzazione del pubblico². Fra le due dimensioni c'è un forte legame: il tema delle eccessive risorse a disposizione della classe politica è centrale, così come, in termini di legittimazione, il tema di come tali risorse vengano effettivamente impiegate.

Nelle conclusioni metteremo in evidenza come la crisi di legittimazione della classe politica regionale alimenti inevitabilmente la perdita di credibilità e fiducia delle stesse istituzioni regionali da parte dei cittadini, richiedendo interventi che mirano ad introdurre, da un lato, limiti rigorosi ai costi della politica e, dall'altro, serie misure di contrasto alla corruzione.

2. Quanti sono i consiglieri regionali: la riforma forzata

Ad oggi si tratta di 1.111 consiglieri. Il loro numero è persino aumentato rispetto alle dimensioni precedenti alla riforma costituzionale del 1999 (per le Regioni ordinarie contenute nella legge 108/1968, per le Regioni a Statuto speciale nei rispettivi statuti)³. Così l'Abruzzo è passato da 40 a 45 consiglieri, la Calabria da 40 a 50, il Lazio da 60 a 71, la Puglia da 60 a 70, la Toscana da 50 a 55. Unica eccezione la Regione Emilia-Romagna che da 60 consiglieri è scesa a 50 (vedi tab. 1). La necessità di contenere le spese e risanare le finanze pubbliche ha riportato il tema dei tagli al numero di consiglieri ed assessori regionali all'ordine del giorno. In questo quadro, già il decreto legge

(2) Cfr. D. PIANA e F. RANIOLO, *Conclusioni. Quale democrazia in Italia*, in L. MORLINO, D. PIANA e F. RANIOLO (a cura di), *La qualità della democrazia in Italia. 1992-2012*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 293-316.

(3) Per un approfondimento relativo al *chi* sono i consiglieri regionali si rinvia a S. VASSALLO e M. CERRUTO, *Come (non) cambia la classe politica regionale*, in A. CHIARAMONTE e G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Riforme istituzionali e rappresentanza politica nelle Regioni italiane*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 201-220; M. CERRUTO, *La classe politica regionale*, in S. VASSALLO (a cura di), *Il divario incolmabile*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 89-108.

Tab. 1. *Numero di consiglieri nelle Regioni*

	Num. cons.	2010	Ex d.l. 138/2011
<i>Regioni a Statuto ordinario</i>			
Piemonte	60	60	50
Lombardia	80	80	80
Liguria	40	40	30
Veneto	60	60	50
Emilia-Romagna	60	50	50
Toscana	50	55	40
Umbria	30	31	20
Marche	40	43	30
Lazio	60	71	50
Abruzzo	40	45	30
Molise	30	30	20
Campania	60	61	50
Puglia	60	70	50
Basilicata	30	30	20
Calabria	40	51	40
<i>Regioni a Statuto speciale</i>			
Valle d'Aosta	35	35	20
Trento	26	35	20
Bolzano	20	35	20
Friuli-Venezia Giulia	60	59	30
Sicilia	90	90	50
Sardegna	80	80	30
Totale	1.051	1.111	780

138/2011 (convertito in legge 148/2011)⁴, a firma dell'allora Ministro Tremonti, stabiliva che il numero massimo dei consiglieri fosse 20 per le Regioni con popolazione fino a un milione di abitanti (Basilicata, Umbria, Molise, Valle d'Aosta, Trento e Bolzano), 30 fino a due milioni (Abruzzo, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Marche e Sardegna), 40

(4) Il decreto regolava anche altre misure volte a contenere i costi della politica. Si va, infatti, dalla riduzione del numero dei consiglieri ed assessori regionali (che dovevano essere al massimo un quinto dell'Assemblea), nonché delle rispettive indennità, alla previsione che il trattamento economico dei consiglieri regionali venga commisurato all'effettiva partecipazione ai lavori del Consiglio regionale. Inoltre, le Regioni dovevano istituire un Collegio dei revisori dei conti, con il compito di vigilare sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione, in raccordo con le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

fino a quattro milioni (Calabria e Toscana), 50 fino a sei milioni (Campania, Emilia-Romagna, Lazio, Piemonte, Puglia, Sicilia e Veneto), 70 per quelle fino a 8 milioni (al momento nessuna), 80 per quelle oltre otto milioni (la sola Regione Lombardia). Ciò avrebbe comportato un taglio di quasi 350 consiglieri. Le uniche due Regioni già in regola con questi parametri erano, infatti, Lombardia ed Emilia-Romagna. Le altre dovevano adeguarsi (entro il febbraio 2012) ma non l'hanno fatto; anzi, le Regioni si sono rivolte alla Corte costituzionale, avanzando l'ipotesi che i tagli non potessero essere imposti con una legge nazionale, perché si violava l'autonomia costituzionale delle Regioni⁵. La Corte costituzionale, con sentenza 198/2012, ha stabilito che la questione sollevata è, per le Regioni a Statuto ordinario, infondata. Con riferimento alla riduzione del numero di consiglieri ed assessori, dei loro emolumenti, nonché in ordine alla disciplina del trattamento economico dei consiglieri, commisurato all'effettiva partecipazione ai lavori del Consiglio, e del loro trattamento previdenziale, di tipo contributivo, si tratta, afferma la Corte, di un "limite complessivo", che lascia alle Regioni un autonomo margine di scelta, di "precetti di portata generale per il contenimento della spesa". Secondo la Corte, la norma impugnata tende a far rispettare il principio del rapporto fra elettori ed eletti: la disposizione censurata, fissando un rapporto tra il numero degli abitanti e quello dei consiglieri, e quindi tra elettori ed eletti, mira a garantire proprio il principio in base al quale tutti i cittadini hanno diritto di essere egualmente rappresentati. Afferma la Corte: "In

(5) In particolare, secondo le Regioni ordinarie, l'art. 14, comma 1, del decreto legge 138/2011 viola: *a*) nel prevedere il numero massimo di consiglieri e assessori regionali, la riduzione degli emolumenti dei consiglieri, nonché l'istituzione di un Collegio dei revisori dei conti, l'art. 117, comma 3, Cost., perché detterebbe una disciplina di dettaglio in materia di competenza concorrente; *b*) l'art. 119 Cost., in quanto stabilirebbe le modalità con cui le Regioni devono raggiungere gli obiettivi di finanza pubblica fissati dal patto di stabilità; *c*) l'art. 117, comma 4, Cost., perché invaderebbe l'ambito riservato alla potestà legislativa regionale residuale; *d*) l'art. 122 Cost., perché attribuirebbe al legislatore statale una competenza ulteriore rispetto alla determinazione della durata degli organi elettivi e dei principi fondamentali relativi al sistema di elezione e ai casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale, nonché dei consiglieri regionali; *e*) l'art. 123 Cost., in quanto lederebbe la potestà statutaria delle Regioni.

assenza di criteri posti dal legislatore statale, che regolino la composizione degli organi regionali, può verificarsi – come avviene attualmente in alcune Regioni, sia nell’ambito dei Consigli che delle giunte regionali – una marcata disegualianza nel rapporto elettori-eletti (e in quello elettori-assessori): i seggi (nel Consiglio e nella Giunta) sono ragguagliati in misura differente alla popolazione e, quindi, il valore del voto degli elettori (e quello di scelta degli assessori) risulta diversamente ponderato da Regione a Regione”. D’altro canto, viene ritenuta, per le Regioni a Statuto ordinario, legittima anche l’istituzione di un Collegio dei revisori dei conti in quanto “mira a introdurre per le amministrazioni regionali un sistema di controllo analogo a quello già previsto, per le amministrazioni locali, dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266”, ai fini della tutela dell’unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica. Insomma, le Regioni ordinarie dovranno ridurre i propri consiglieri e i propri assessori e dovranno istituire organi che tengano sotto controllo i bilanci regionali.

Unica eccezione restano le Regioni a Statuto speciale, le quali non possono essere sottoposte al vincolo di cui al comma 2 dell’art. 14⁶ in quanto la medesima disposizione è incoerente rispetto alla gerarchia delle fonti del diritto e rispetto alla normativa che intende condizionare (gli Statuti delle Regioni autonome hanno, infatti, rango costituzionale). L’adeguamento da parte delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome ai parametri di cui all’art. 14, comma 1, del decreto legge 138/2011 richiede, quindi, la modifica di fonti di rango costituzionale: “A tali fonti una legge ordinaria non può imporre limiti e condizioni”. L’art. 14, comma 2 è perciò illegittimo perché in contrasto con l’art. 116 della Costituzione. Tra l’altro, ancor prima della pronuncia della Corte costituzionale, alcune delle Regioni a Statuto

(6) Per le Regioni a Statuto speciale, l’attuazione della riduzione di consiglieri e assessori era “condizione per l’applicazione” dell’art. 27 della legge 42/2009 (il cosiddetto Federalismo fiscale, e nella fattispecie il Patto di stabilità interno) ed “elemento di riferimento per l’applicazione di misure premiali o sanzionatorie previste dalla normativa vigente”. Si veda anche L. MACCARONE, *Sui costi della politica la Corte costituzionale marca la distinzione tra Regioni ordinarie e Regioni speciali. Riflessioni a margine di Corte cost. 20 luglio 2012, n. 198*, in *Federalismi.it*, 19, 2012.

speciale (Sicilia, Sardegna e Friuli-Venezia Giulia) hanno iniziato un *iter* di autoriduzione, ma i numeri sono al rialzo rispetto a quanto previsto dal decreto 138/2011: in Sicilia si passa da 90 a 70 deputati (quando ne basterebbero 50), in Sardegna da 80 a 60 (il decreto ne prevedeva 30), mentre si riducono di un quinto i consiglieri eletti in Friuli-Venezia Giulia (da uno ogni 20.000 a uno ogni 25.000 abitanti, ovvero da 59 a 48)⁷. Le modifiche statutarie, trattandosi di leggi costituzionali, richiedono la doppia lettura di Camera e Senato, il cui *iter* si è concluso in chiusura di legislatura: il d.d.l. è stato approvato in prima lettura dal Senato il 19 aprile 2012 e dalla Camera il 3 ottobre 2012; in seconda lettura dal Senato il 18 ottobre 2012 e dalla Camera il 22 gennaio 2013, l'ultima seduta della XVI legislatura⁸.

Nel frattempo un'altra "spinta" è arrivata con il decreto legge 174/2012 (convertito con modificazioni dalla legge 213/2012) del governo Monti che introduce disposizioni di riduzione dei costi della politica prevedendo che, a decorrere dal 1° gennaio 2013, l'erogazione di una quota pari all'80% dei trasferimenti erariali a favore della Regione, diversi da quelli destinati al finanziamento del Servizio sanitario nazionale ed al trasporto pubblico locale, oltre che di una quota pari al 50% delle somme destinate per l'esercizio 2013 al trattamento economico complessivo spettante ai membri del Consiglio regionale e della Giunta, sia condizionata all'adozione – da parte di ciascuna Regione – delle misure previste dall'art. 2 entro il 23 dicembre 2012, ovvero entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione qualora occorra procedere a modifiche statutarie. Tra gli adempimenti la disposizione normativa include la definizione dell'importo dell'indennità di fun-

(7) Non solo: per vedere applicata la riduzione (che farà risparmiare oltre 7 milioni di euro all'anno solo di stipendi) in Sicilia bisognerà aspettare il 2017. Nell'isola, infatti, si è votato il 28 ottobre 2012, ben prima del via libera definitivo alla modifica statutaria che richiede la doppia lettura di Camera e Senato, come previsto per le modifiche costituzionali. Cfr. *Riduzioni (al ribasso) in Sardegna, Friuli e Sicilia*, in *Corriere della Sera*, 4 ottobre 2012; *Sicilia, Friuli e Sardegna. Ok al taglio dei consiglieri*, in *Corriere della Sera*, 23 gennaio 2013.

(8) Il sì definitivo della Camera è stato pressoché unanime; per l'approvazione della modifica di una legge costituzionale è infatti richiesta la maggioranza assoluta dell'Assemblea.

zione e dell'indennità di carica, nonché delle spese di esercizio del mandato, dei consiglieri e degli assessori regionali, spettanti in virtù del loro mandato, in modo tale che non ecceda complessivamente l'importo riconosciuto dalla Regione più virtuosa, individuata dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano entro il 10 dicembre 2012⁹. Si rileva anche il rinvio, da parte della norma, al decreto legge 138/2011, convertito con modificazioni dalla legge 148/2011, in virtù del quale le Regioni hanno dovuto dare applicazione all'art. 14, recependo – attraverso modifiche statutarie e legislative – quanto previsto dal comma 1, lett. *a*), *b*), *d*) ed *e*). Ne è conseguita, da parte di tutte le Regioni chiamate ad adempiere, l'adozione delle leggi regionali di adeguamento al decreto legge 174/2012¹⁰.

3. *Quanto costano: la “casta invisibile” delle Regioni*

Tali provvedimenti rispondono, come detto, alla necessità di una stretta tanto al numero di consiglieri e assessori regionali quanto ai loro emolumenti e, più in generale, alle spese di funzionamento dei Consigli (vedi tab. 2).

Ma quanto costano i Consigli regionali? In realtà, si va da una spesa *pro capite* media di 8 euro (in Lombardia, Emilia-Romagna e Toscana) ad una di oltre 40 euro (in Sardegna, Basilicata, Calabria e Sicilia), per non parlare del tetto dei 124 euro spesi in Valle d'Aosta. Certo, da un confronto del genere risultano penalizzate le piccole Regioni, che possono spalmare le spese fisse su un numero inferiore di abitanti, al contrario Regioni come la Lombardia (quasi 10 milioni di abitanti)

(9) La Conferenza delle Assemblee legislative regionali e la Conferenza delle Regioni, nella Plenaria congiunta del 30 ottobre 2012 hanno individuato la Regione più virtuosa e hanno convenuto di definire altresì il trattamento economico onnicomprensivo dei consiglieri regionali; il documento è stato recepito nella delibera della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome del 30 ottobre 2012 e del 6 dicembre 2012.

(10) Le disposizioni di legge regionale che disciplinano il trattamento economico dei consiglieri regionali, il numero dei consiglieri e la istituzione del Collegio dei revisori dei conti, oltre alle modifiche statutarie volte alla riduzione del numero dei consiglieri regionali, sono consultabili al sito www.parlamentiregionali.it/consiglieri_regionali.

Tab. 2. *Costo Consigli, emolumenti e finanziamenti ai gruppi consiliari (in euro) nelle Regioni*

	Costo Consigli (dati 2010)		Emolumenti		Finanziamento ai gruppi consiliari	
	Spesa annuale	Spesa pro capite (euro per ab.)	Presidente Giunta*	Consiglieri*	Finanz. totale	Finanz. pro capite (euro per ab.)
<i>Regioni a St. ord.</i>						
Piemonte	82.176.000	18,50	8.646	5.174	7.501.000	1,69
Lombardia	76.267.989	7,77	11.266	9.490	11.000.000	1,12
Liguria	31.808.033	19,69	9.084	6.883	2.900.000	1,80
Veneto	59.226.806	12,04	9.810	8.586	4.755.000	0,97
Emilia-Romagna	37.464.123	8,58	7.768	5.666	4.900.000	1,12
Toscana	32.376.486	8,68	7.367	5.395	700.000	0,19
Umbria	23.353.548	25,94	7.603	6.049	489.000	0,54
Marche	17.144.766	11,04	7.787	6.119	400.000	0,26
Lazio	102.814.550	18,15	11.753	7.211	13.900.000	2,45
Abruzzo	31.906.654	24,36	8.450	6.076	2.200.000	1,68
Molise	11.110.084	34,68	11.124	9.022	2.000.000	6,24
Campania	90.047.698	15,47	10.775	9.329	1.055.000	0,18
Puglia	44.260.262	10,84	12.745	10.432	750.000	0,18
Basilicata	23.838.600	40,45	8.746	6.247	650.000	1,10
Calabria	77.958.977	38,80	11.109	9.025	4.275.000	2,13
<i>Regioni a St. spec.</i>						
Valle d'Aosta	15.799.568	124,74	9.276	5.658	600.000	4,74
Trento	11.134.763	21,34	9.695	6.089	781.000	0,76
Bolzano	7.145.688	14,27	12.745	6.089		
Friuli-V.G.	24.256.802	19,66	8.062	5.579	1.944.000	1,58
Sicilia	175.251.260**	34,77	14.134	9.577	12.600.000	2,50
Sardegna	85.051.435	50,87	12.612	10.307	2.600.000	1,56

* Indennità e rimborso spese minimo, ai quali si aggiungono altri rimborsi quando previsto.

** Sul bilancio dell'Assemblea regionale siciliana pesa, unico caso in Italia, anche il trattamento pensionistico, un aggravio di 40 milioni di euro per le pensioni del personale e 20 per le pensioni degli ex deputati. Sottraendoli al totale resta che le uscite correnti si aggirano intorno a 115 milioni di euro.

Fonte: Adattamenti da De Robertis (2012).

diluiscono di più i costi, ma questo non basta a giustificare le differenze.

Se consideriamo, infatti, le Regioni italiane medie (con una popolazione compresa fra i 4 milioni di abitanti della Puglia e i 5,8 della Campania) già esse si distribuiscono in almeno tre classi: Emilia-Romagna, Puglia e Veneto superano, in media, di poco i 10 euro; Campania, Lazio e Piemonte oscillano intorno ai 17 euro; la Sicilia svetta con quasi 35 euro. “Non capisco come mai se noi in Emilia – si chiedeva il Presidente del Consiglio, Matteo Richetti – spendiamo 35/40 milioni di euro, si possa arrivare ai 75 della Campania o ai 175 della Sicilia. Facciamo lo stesso lavoro, abbiamo gli stessi compiti, in molti casi sono simili grandezza del territorio e popolazione, eppure i costi sono il doppio, in alcuni casi il triplo o il quadruplo. Il fatto che la Sicilia sia Regione speciale non giustifica certo un esborso così massiccio, che oltre certi limiti è solo spreco. E il problema peraltro non è solo al Sud, perché ci sono Regioni nel Centro-Nord, assimilabili alla nostra, che spendono comunque il doppio. [...] Si potrebbe determinare un costo fisso per tutti, poi una quota per abitante, parametrandola ovviamente alle realtà più virtuose”¹¹.

Lo stesso dicasi per quanto riguarda gli emolumenti. Il governatore siciliano ha l'indennità più alta di tutti (oltre 14.000 euro), lo seguono fra le Regioni a Statuto speciale la Provincia autonoma di Bolzano (12.745 euro) e la Sardegna (12.612 euro) e, tra le Regioni a Statuto ordinario, la Puglia (12.745 euro), il Lazio (11.753 euro) e la Lombardia (11.266 euro). E non meno generose sono queste Regioni con i consiglieri la cui indennità e rimborso spese minimo (ai quali si aggiungono altri rimborsi quando previsto) tocca il tetto dei 10.000 euro in Regioni quali la Sicilia e la Sardegna, fra le speciali, e la Puglia e la Lombardia, fra le ordinarie. Le Regioni più “virtuose” sono il Friuli per le Regioni a Statuto speciale (solo 8.062 euro per il Presidente e 5.579 per i consiglieri, ma con soli 1.233.800 abitanti) e la Toscana fra le Regioni a Statuto ordinario (7.367 per il Presidente e 5.395 per i

(11) Cit. in P. DE ROBERTIS, *La casta invisibile delle Regioni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012, p. 23.

consiglieri, con 3.730.000 abitanti). La Sicilia è fra le prime anche per quel che riguarda i trasferimenti ai gruppi parlamentari: 12,6 milioni l'anno. Escluse le Regioni Lazio (13,9 milioni) e Lombardia (11 milioni), nessun altro Consiglio regionale regge il confronto: il Piemonte si ferma a 7,5 milioni, l'Emilia-Romagna a 4,9 (vedi tab. 2).

Infine, anche il tema dei dipendenti regionali meriterebbe un approfondimento, visto che secondo l'ufficio studi della Confartigianato ci sarebbero ben 24 mila esuberi di personale nelle Regioni italiane. Su tre persone impiegate nelle amministrazioni regionali ce ne sarebbe una di troppo¹². Anziché le attuali 78.679, ne sarebbero sufficienti (con adeguamento alla Regione assimilabile più virtuosa) 54.283, con un risparmio di quasi 2,5 miliardi di euro l'anno (vedi tab. 3).

Si registrerebbero esuberi particolarmente rilevanti in Sicilia (6.870 unità, pari al 35,4%), in Valle d'Aosta (2.707 unità con un eccesso del 71,2% rispetto al valore ottimale), in Campania (4.746 unità in eccesso pari al 63,3%), in Puglia (1.259 unità eccedenti, pari al 39,4%), in Molise (680 unità in eccesso, con una riduzione potenziale del 75,4%) e in Basilicata (577 unità pari al 58,6%). È evidente come il problema sia particolarmente grave al Sud, come ha spesso sottolineato anche la Corte dei conti: "una consistenza di personale sproporzionata alle dimensioni territoriali e alla popolazione in età lavorativa degli enti stessi"¹³.

Il quadro di forti disomogeneità sulla consistenza del personale è confermato anche dall'analisi dei dati rilevati dalla Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale (COPAFF) sulla spesa del personale effettuata dalle Regioni. Tra le Regioni a Statuto ordinario si osserva che il costo del personale regionale per abitante in Campania è oltre tre volte quello della Lombardia. Per le Regioni più piccole vi sono evidenti diseconomie di scala: in Molise la spesa *pro capite* è di 110 euro per abitante, la più alta tra tutte le Regioni a Statuto ordinario e quasi quattro volte il valore medio di 29 euro/

(12) Cfr. *Regioni, un dipendente su tre è di troppo*, in *Corriere della Sera*, 23 ottobre 2012.

(13) Cfr. CORTE DEI CONTI, *Relazione al Parlamento sulla gestione finanziaria delle Regioni. Esercizi finanziari 2010 e 2011*, 25 luglio 2012, p. 236.

Tab. 3. Il risparmio di personale delle Regioni e Province autonome con adeguamento ai benchmark delle Regioni più virtuose – dati 2010

Regioni	Personale dirigente e non	%	Personale per 1.000 ab.	Personale adeguamento alla Regione del gruppo più virtuosa*	Differenza	Differenza in %	Spesa retrib. (mil. di euro)	Spesa pro capite (euro)
Lombardia	3.321	4,2	0,3	3.321	-	0,0	140	14,1
Campania	7.501	9,5	1,3	2.755	4.746	63,3	260	44,6
Lazio	3.460	4,4	0,6	2.706	754	21,8	159	27,8
Veneto	2.941	3,7	0,6	2.332	609	20,7	106	21,5
Piemonte	3.195	4,1	0,7	2.105	1.090	34,1	131	29,6
Emilia-Romagna	3.074	3,9	0,7	2.093	981	31,9	109	24,7
Puglia	3.191	4,1	0,8	1.932	1.259	39,4	116	28,5
Toscana	2.698	3,4	0,7	1.771	927	34,4	102	27,3
Tot. Regioni a St. ord. grandi	29.381	37,4	0,7	19.016	10.365	35,3	1.123	26,0
Calabria	2.581	3,3	1,3	1.397	1.184	45,9	99	49,4
Liguria	1.123	1,4	0,7	1.123	-	0,0	43	27,1
Marche	1.454	1,8	0,9	1.087	367	25,2	50	32,0
Abruzzo	1.511	1,9	1,1	932	579	38,3	60	45,4
Umbria	1.392	1,8	1,5	630	762	54,8	50	56,0
Basilicata	985	1,3	1,7	408	577	58,6	40	69,3
Molise	902	1,1	2,8	222	680	75,4	35	110,5
Totale Regioni a St. ord. medio-piccole	9.948	12,6	1,2	5.800	4.148	41,7	377	45,1
Totale Regioni a St. ord.	39.329	50,0	0,8	24.816	14.513	36,9	1.500	29,1

Regioni	Personale dirigente e non	%	Personale per 1.000 ab.	Personale con adeguamento alla Regione del gruppo più virtuosa*	Differenza	Differenza in %	Spesa retrib. (mil. di euro)	Spesa pro capite (euro)
Sicilia	19.165	24,4	3,8	12.385	6.780	35,4	814**	161,1
Sardegna	4.108	5,2	2,5	4.108	-	0,0	167	100,2
Friuli-V.G.	3.167	4,0	2,6	3.030	137	4,3	110	89,1
Totale Regioni a St. spec. grandi	26.440	33,6	3,3	19.523	6.917	26,2	1.091	137,0
Prov. aut. Trento	4.777	6,1	9,0	4.518	259	5,4	162	306,3
Prov. aut. Bolzano	4.332	5,5	8,5	4.332	-	0,0	154	305,2
Valle d'Aosta	3.801	4,8	29,6	1.094	2.707	71,2	93	730,4
Totale Regioni a St. spec. piccole	12.910	16,4	11,1	9.944	2.966	23,0	409	351,0
Totale Regioni a St. spec.	39.350	50,0	4,3	29.467	9.883	25,1	1.500	164,3
Totale Regioni	78.679	100,0	1,3	54.283	24.396	31,0	3.000	49,5

* Per Rso medio-grandi è stata utilizzata la media delle tre Regioni più virtuose.

** Ad essi vanno aggiunti i relativi oneri sociali pari a 211 milioni per un totale di 1.025 milioni di euro.

Fonte: Elaborazione Ufficio Studi Confartigianato su dati Corte dei conti e Istat.

abitante. Nelle Regioni a Statuto speciale i costi del personale per abitante sono tre volte la media nazionale. Supera i 730 euro per abitante la Valle d'Aosta e i 300 le due Province autonome di Trento e di Bolzano. Il Veneto e la Sicilia hanno una popolazione simile (4,9 milioni contro 5,1 milioni) e – seppur in un contesto di diverso Statuto regionale – si osserva che la Sicilia spende per le retribuzioni del personale quasi 10 volte il Veneto: 1.025 milioni contro 106 milioni.

4. Gli scandali delle Regioni

Dopo aver offerto un quadro delle difficoltà incontrate dal legislatore in materia di tagli al numero dei consiglieri ed assessori regionali (imposti poi dal governo Monti con il d.l. 174/2012), e dell'annoso problema dei costi della politica regionale (che hanno fatto parlare di una vera e propria casta invisibile delle Regioni) dedichiamo adesso la nostra attenzione agli scandali che hanno colpito e in qualche caso, come vedremo, travolto diverse amministrazioni regionali.

Negli ultimi mesi, infatti, gli scandali hanno riguardato soprattutto amministrazioni regionali, in un asse che attraversa tutta la penisola: Sud, Centro e Nord. Nel prosieguo ricostruiremo, in particolare, le vicende di tre Regioni (la Sicilia di Raffaele Lombardo, il Lazio di Renata Polverini e la Lombardia di Roberto Formigoni) analizzando l'intreccio che vicende politiche e giudiziarie hanno avuto al loro interno.

4.1. Il caso Sicilia: la casta a Statuto speciale

A emergere per primo è lo scandalo della Regione siciliana. Le elezioni del 2008 sanciscono il successo personale di Raffaele Lombardo e la sua investitura a governatore della Regione con oltre il 65% dei voti, sostenuto dal suo movimento (l'Mpa), dal Pdl e dall'Udc¹⁴. Il 30 maggio 2008 Raffaele Lombardo forma la sua prima Giunta (vedi tab. 4): 5 assessori del Pdl, 2 dell'Udc, 2 del Mpa e 3 tecnici (Giovanni La Via, già assessore nella Giunta Cuffaro e, soprattutto, Massimo Russo

(14) Per la prima volta, dopo l'esperienza del milazzismo (1958-60) un Presidente della Regione siciliana non è espressione di un partito nazionale, ma dell'autonomia locale. Cfr. M. CERRUTO e F. RANIOLO, *Dal partito dominante alla coalizione dominante: le elezioni regionali in Sicilia (1947-2008)*, in *Quaderni dell'osservatorio elettorale*, 61, 2009.

e Giovanni Ilarda, il primo alla sanità, il secondo alla presidenza, due magistrati, entrambi sostituiti procuratori in servizio presso la Procura della Repubblica di Palermo e componenti della locale Direzione distrettuale antimafia). Varata la prima Giunta regionale, si intuisce però presto che la vita del governo Lombardo non sarebbe stata semplice. Già il primo anno, sebbene i sondaggi riconoscano al Presidente Lombardo il primato delle preferenze tra i governatori italiani¹⁵, è costellato da forti contrasti all'interno della granitica maggioranza di centro-destra (la maggioranza aveva ottenuto, infatti, 62 deputati regionali su 90). Contrasti che portano Lombardo, nel maggio 2009 ad azzerare la Giunta e ad avviare un primo rimpasto di governo. Oltre alle divisioni interne al centro-destra, le notizie delle indagini della Direzione Distrettuale Antimafia di Palermo nei confronti di un assessore regionale e di un deputato della Regione Sicilia contribuiscono all'instabilità della prima Giunta Lombardo¹⁶. Alla fine dal governo siciliano rimarrà fuori l'Udc¹⁷.

Nell'autunno 2009 si acuiscono gli scontri all'interno del Pdl siciliano (Miccichè vs. i coordinatori regionali Castiglione e Nania) che sostiene il governo Lombardo, tanto che, a novembre, Miccichè, allora sot-

(15) A luglio, per una ricerca Ekma-Affaritaliani.it, Lombardo è il governatore più amato, il Presidente che soddisfa di più i propri cittadini per il suo operato: il neo-eletto governatore della Sicilia guadagna un consenso del 63,1%, di poco inferiore a quello ottenuto ad aprile nelle urne, scalzando dal gradino più alto del podio il governatore della Lombardia, Roberto Formigoni, al secondo posto con il 60,2%. Al di là di Lombardo, le prime dieci posizioni sono occupate da governatori delle Regioni di Centro-Nord. Il 3 marzo 2009 il successivo sondaggio conferma il primo posto di Lombardo, con il 68,3% dei consensi, in crescita di cinque punti rispetto al precedente sondaggio del luglio 2008.

(16) Cfr. *Voti comprati e incontri coi boss, indagati gli Udc Antinoro e Dina*, in *La Repubblica-Palermo*, 15 maggio 2009; *Inchiesta Eos e voto di scambio. Antinoro (Udc) verso il processo*, in *La Repubblica-Palermo*, 16 febbraio 2010; *Antinoro, per l'eurodeputato Pid il pm chiede condanna a 8 anni*, in *Corriere del Mezzogiorno*, 11 novembre 2011; *Voto di scambio, Antinoro condannato a due anni. Esclusa aggravante mafiosa*, in *Corriere del Mezzogiorno*, 16 dicembre 2011.

(17) *Lombardo completa la Giunta siciliana. L'Udc resta fuori*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 giugno 2009. La seconda Giunta viene formata l'8 luglio 2009 proprio nei giorni in cui sorgono i primi forti contrasti con l'allora Presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi. Lombardo lamenta l'abbandono del Mezzogiorno da parte del governo, minacciando di uscire dalla maggioranza.

Tab. 4. *Composizione partitica e durata delle giunte regionali in Sicilia (2008-2012)*

Leg.	Entrata in carica	Presidente Giunta	Partito Presidente	Partito Vice-presidente	Numero dei componenti della Giunta per partito*	Ragioni della crisi
XV	30/05/08	Lombardo	Mpa	Pdl-Fi	Pdl (5); Mpa (2); Udc (2); Tecnici (3)	Crisi interna all'Udc (Antinoro e Dina indagati per voto di scambio)
XV	08/07/09	Lombardo	Mpa	Pdl-Fi	Pdl (6); Mpa (2); Tecnici (4)	Crisi interna al Pdl (nascita del Pdl Sicilia con Miccichè e i finiani)
XV	15/01/10	Lombardo	Mpa	Pdl Sicilia	Pdl Sicilia (4); Mpa (2); Tecnici (6)**	Crisi interna al Pdl Sicilia (nascita di Forza del Sud-Miccichè e Futuro e Libertà-finiani)
XV	28/09/10	Lombardo	Mpa	Tecnico area Pd	Tecnici di area Mpa (4), Udc (1), Fli (2), Pd (4) e Api (1)	Crisi interna a Fli (lo scontro è tra finiani ed ex Fli - Scalia e Urso)

* Nel computo sono considerati assessori e vicepresidenti.

** Il Pd si dichiara pronto ad appoggiare le riforme del governo Lombardo, senza però indicare propri rappresentanti nella Giunta, anche se il messinese Mario Centorrino, economista e docente universitario, proviene da quell'area.

tosegretario alla Presidenza del Consiglio, dà vita (assieme ai finiani) al gruppo Pdl Sicilia¹⁸, il Pdl ufficiale vota contro il Documento di programmazione economica e finanziaria mettendo in crisi il governo regionale. A dicembre Lombardo dà vita al suo terzo governo in meno di due anni lasciando fuori stavolta il Pdl ufficiale¹⁹ e contando sull'appoggio formale di Mpa, Pdl Sicilia e Api ed informale del Pd che si dichiara disponibile al dialogo sulle riforme²⁰.

Nell'estate 2010 a entrare in crisi è il rapporto tra Lombardo e Miccichè. Pdl Sicilia si spacca in Futuro e Libertà per l'Italia dove confluiscono i finiani e Forza del Sud dove confluiscono gli ex Fi vicini a Miccichè. Si arriva così alla nascita del quarto governo Lombardo, il leader del Mpa opta stavolta per una soluzione puramente tecnica, pur scegliendo tecnici di area vicini a Mpa, Fli, Api, Pd e Udc ufficiale (la componente che fa capo a Saverio Romano e Cuffaro – i Popolari per l'Italia di domani-Pid – va all'opposizione)²¹.

Il Lombardo *quinquies* è, in realtà uno stillicidio – via un assessore

(18) Cfr. *La scissione di Miccichè, nasce Pdl Sicilia*, in *Corriere della Sera*, 3 novembre 2009.

(19) Il terreno di scontro più duro è stato, fin dall'inizio, quello della riforma della sanità, un settore da otto miliardi di euro annui e oltre 50 mila posti di lavoro, su cui Lombardo è apparso subito non intenzionato a concedere sconti agli alleati, fin dalla scelta dell'assessore, l'ex pm Massimo Russo, scelto da Lombardo in persona. La riforma ha avuto un *iter* lungo e travagliato, concluso poco dopo l'inizio del 2009 con un sostanziale ridimensionamento dei centri strategici, quasi tutti governati da uomini del Pdl e dell'Udc. Stessa sorte è toccata alla riforma del settore rifiuti, in cui Lombardo è intervenuto pesantemente bloccando e ridimensionando il piano predisposto dal suo predecessore Cuffaro, che aveva già bandito le gare d'appalto per la realizzazione di quattro termovalorizzatori. Confronto difficile anche per il piano di riforma dell'amministrazione regionale, che prevede che le poltrone d'oro della quarantina di superburocrati che gestiscono i dipartimenti dei dodici assessorati regionali siano diminuite nell'arco di qualche anno.

(20) Cfr. *Lombardo nomina la nuova Giunta, fuori i lealisti, dentro Centorrino*, in *La Repubblica-Palermo*, 28 dicembre 2009.

(21) Cfr. *Ecco la nuova Giunta regionale. Nasce sull'asse tra Pd e finiani*, in *La Repubblica-Palermo*, 21 settembre 2010. Nel novembre 2011 esce dal governo Sparma ed entra Di Betta (nuovo assessore regionale al territorio); l'avvicendamento in Giunta viene reclamato dai nuovi vertici siciliani di Fli: Sparma era, infatti, legato a Scalia e Urso che in estate hanno lasciato Futuro e Libertà. *Lombardo nomina nuovo assessore. Scontro nell'Mpa: "Scelta non concordata"*, in *La Repubblica-Palermo*, 8 novembre 2011.

alla volta, ecco il sostituto – che caratterizza l'ultima fase politica sostenuta ormai da una minoranza composta da Mpa, Fli, Api e Mps (Movimento popolare siciliano). A Roma crescono i timori per un default della Regione che spingono l'allora Presidente del Consiglio, Mario Monti, a intervenire: la lettera di Palazzo Chigi a Lombardo provoca polemiche e ha una cassa di risonanza internazionale (le società di rating, preoccupate, sospendono il giudizio o declassano l'amministrazione isolana)²².

Alle vicende politiche sono inevitabilmente legate le vicende giudiziarie in un'Assemblea regionale siciliana che vanta un record di deputati indagati, già condannati o addirittura arrestati: in base alle notizie apparse sulla stampa, 30 su 90²³, compreso lo stesso governatore Lombardo. Nell'intera legislatura, infatti, tra i 90 deputati regionali: 18 risultano indagati in procedimenti di vario tipo, sospettati di reati che vanno dall'abusivismo edilizio alla omissione di atti d'ufficio, dalla truffa alla concussione, dal falso in bilancio al concorso esterno in associazione mafiosa e al voto di scambio; 6 indagati ma già condannati per altri reati; 6 indagati e arrestati o messi ai domiciliari durante la legislatura. Dieci verranno, peraltro, rieletti nella XVI legislatura.

I problemi giudiziari non risparmiano nemmeno il Presidente, indagato per concorso esterno in associazione mafiosa²⁴ insieme a un altro deputato regionale e a vari sindaci e amministratori della Provincia di Catania. L'inchiesta, denominata Iblis, ruota attorno a presunti rapporti tra esponenti di Cosa Nostra e politici, amministratori e imprenditori. Le alterne vicende dell'inchiesta porteranno alla fine alle dimissioni del governatore Lombardo il 31 luglio 2012²⁵.

(22) Cfr. *I quattro anni del governatore fra alleanze e tradimenti*, in *La Repubblica-Palermo*, 31 luglio 2012.

(23) Cfr. *Dalla mafia alle mazzette la disonorevole lista dell'Ars*, in *La Repubblica*, 3 dicembre 2011.

(24) Cfr. *Lombardo sotto inchiesta a Catania. Concorso esterno con la mafia*, in *La Repubblica-Palermo*, 29 marzo 2010; *Lombardo indagato per presunto concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Corriere della Sera*, 29 marzo 2010; *Lombardo indagato per mafia*, in *La Stampa*, 29 marzo 2010.

(25) Cfr. *Lombardo lascia, timore per i conti*, in *Il Sole 24 Ore*, 1° agosto 2012; *Lombardo si dimette tra le polemiche. In ottobre la Sicilia torna alle urne*, in *La Repubblica*, 31

Last but not least. La Sicilia rappresenta, dietro la diga dello Statuto autonomista, una delle Regioni maggiormente coinvolte in tema di costi della politica. Quella siciliana è l'Assemblea regionale che in Italia ha il *budget* più consistente: 170 milioni di euro. "Costa così tanto perché", precisa il Presidente dell'ARS, Francesco Cascio, ci sono 40 milioni per le pensioni del personale e 20 per le pensioni degli ex deputati; in altri termini, "quello che in altre Regioni è pagato dall'INPS qua è pagato dall'Assemblea". Resta che l'Assemblea regionale costa ai cittadini più del doppio di quella lombarda. Peraltro, nessun'altra Assemblea regionale ha 90 componenti. La Lombardia che ha il doppio degli abitanti della Sicilia conta dieci consiglieri in meno²⁶.

Del bilancio annuale della Regione, all'incirca il 7% viene riservato ai gruppi parlamentari regionali per le "spese di funzionamento": 12,6 milioni l'anno. Su questi fondi è stato aperto un fascicolo conoscitivo, contro ignoti e allo stato attuale senza accuse specifiche, lo scorso 25 settembre. A indagare è la Procura di Palermo che ha acquisito i documenti relativi alle spese dei gruppi e ai fondi riservati del governatore. L'inchiesta prende le mosse dallo scandalo che ha riguardato i gruppi parlamentari alla Regione Lazio²⁷. Dal corposo *dossier* che il Presidente uscente dell'ARS, Cascio, ha consegnato alla Procura di Palermo emerge che in quasi quattro anni e mezzo di legislatura ai gruppi parlamentari sono stati distribuiti più di 50 milioni di euro (15,5 milioni al Pd, 13,5 al Pdl, 7,5 al Mpa, 6,5 al Pid, 3 a Fli, ecc.). Soldi che ufficialmente sono serviti per il "funzionamento" dei gruppi. Alla presidenza dell'ARS non esiste, peraltro, un rendiconto delle spese: i gruppi parlamentari non hanno obbligo di rendicontare le proprie spese, ma sono tenuti a documentarle. Dunque, in caso di richiesta dell'autorità giudiziaria, dovranno fornire ricevute e fatture degli acquisti di beni e servizi, nonché delle eventuali iniziative realizzate. Così come ribadito

luglio 2012; *Sicilia, le dimissioni di Lombardo. Elezioni anticipate il 28 e 29 ottobre*, in *Corriere della Sera*, 31 luglio 2012.

(26) La modifica statutaria che ha previsto il taglio di venti seggi, comporterà (a partire dal 2017) un risparmio di 7 milioni di euro l'anno, 35 nell'arco di una legislatura.

(27) Cfr. "Spese troppo alte" E la Sicilia finisce nel mirino dei pm, in *La Stampa*, 26 settembre 2012.

da una recente sentenza della Corte di cassazione, che chiarisce che il reato scatta laddove le spese non hanno fini istituzionali (Cass., sez. VI, sent. 1053/2012).

L'ARS vince il confronto anche per gli emolumenti dei suoi deputati. Nonostante alcuni tagli effettuati nel 2011, per pagarli l'Assemblea spende 22 milioni l'anno (all'incirca il 13% del bilancio annuale della Regione). Da febbraio 2012, la retribuzione media di un deputato "semplice", che non ha cioè cariche suppletive nel Consiglio di presidenza o in una delle nove commissioni, è di 9.787 euro. Se a queste cifre aggiungiamo il contributo "per le spese per l'esercizio del mandato" (4.180 euro al mese), i compensi arrivano a quasi 15 mila euro. Questa è la situazione di un deputato che non ha cariche aggiuntive, per il solo fatto, cioè, di avere un seggio all'Ars. Un'indennità di funzione è, poi, prevista se si ricoprono cariche all'interno dell'Assemblea: l'indennità del Presidente supera i 20 mila euro mensili, per la sua carica è prevista un'indennità di funzione di 6.951 euro; lo stipendio dei due vicepresidenti supera i 19.600 euro, grazie ad un'indennità di 4.634 euro; la busta paga dei deputati questori è di circa 19 mila euro, arricchita da un bonus di 4.178 euro; i due deputati segretari e i presidenti di commissione hanno un compenso di quasi 18 mila euro, avendo un'indennità di funzione di circa 3.000 euro²⁸.

Al capitolo dei costi della politica regionale, vanno aggiunte le consulenze da record della Giunta Lombardo: 700 incarichi nei quattro anni e mezzo di legislatura, per una spesa di 8,5 milioni di euro, incarichi conferiti a esperti da un'amministrazione che vanta il record dei dipendenti (20.000, di cui 17.000 a tempo indeterminato e 3.000 con contratti a termine) e dei dirigenti (1.800) – dati Corte dei conti 2012, Giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione siciliana anno 2011. Ciò nonostante i risparmi annunciati e il taglio dei

(28) In particolare, dall'Ufficio di Presidenza dell'Ars sono stati previsti: tagli per un totale di 4,1 milioni l'anno (20,5 milioni per un'intera legislatura), bilanci dei gruppi parlamentari certificati da società esterne, riduzione del 50% delle indennità di spostamento su gomma dei 90 deputati alla Assemblea regionale e tagli anche alle spese per i portaborse. Cfr. *Fondi ai partiti, la Sicilia è da record*, in *Giornale di Sicilia*, 23 settembre 2012.

dipartimenti in linea con la *spending review*²⁹. Come ha sottolineato la Corte dei conti: “È poco plausibile, a fronte di oltre 1.800 dirigenti di ruolo, ritenere che non siano già disponibili idonee professionalità all’interno dell’amministrazione. La mancata valorizzazione delle risorse interne è in definitiva la causa dei costi sostenuti per retribuire i dirigenti esterni per i cui emolumenti è previsto un tetto massimo di 250 mila euro, di gran lunga superiore alla retribuzione massima dei dirigenti generali interni”³⁰.

4.2. *Il caso Lazio: lo scandalo dei rimborsi*

Il *Laziogate* esplose il 12 settembre 2012. L’inchiesta riguarda la gestione dei fondi pubblici da parte del Pdl. Il caso non fa che smascherare lo scandalo dei fondi per il funzionamento dei gruppi consiliari e dei relativi rimborsi. Ma procediamo con ordine. Va, anzitutto, sottolineato che sotto la presidenza di Renata Polverini i fondi a disposizione dei gruppi sono lievitati in maniera esponenziale: secondo la stampa, dal milione di euro del gennaio 2010, si è arrivati – adeguamento dopo adeguamento – a 13,9 milioni di euro (vedi tab. 5), attraverso una serie di interventi decisi da tutti i gruppi politici, passati in assestamento di bilancio e votati all’unanimità dal Consiglio di presidenza (quindi anche dal Pd e dall’Idv che erano all’opposizione)³¹. La prima “manovra d’aula” è di settembre 2010: al milione previsto sotto l’amministrazione Marrazzo (delib. Udp 6/2010) se ne aggiungono 4,4

(29) La Procura regionale della Corte dei conti ha aperto un fascicolo sull’abnorme ricorso ai contratti di consulenza per cercare di quantificare (l’eventuale) spreco di denaro pubblico. Cfr. *L’eredità di Lombardo: otto milioni in fumo per 686 consulenti*, in *Il Giornale*, 8 settembre 2012. Come sottolinea la Corte dei conti (2012, X), d’altronde: “è degno di attenzione il volume della spesa di personale che, in termini assoluti (1.853 milioni di euro nel 2011), è di poco inferiore alla spesa di personale per il totale delle Regioni a Statuto ordinario (2.092 milioni di euro)”.

(30) Cit. in S. RIZZO, *Sicilia, più dipendenti del governo inglese*, in *Corriere della Sera*, 5 luglio 2012.

(31) Si tratta delle cosiddette “manovre d’aula”; che però, pur chiamandosi così, formalmente per l’Aula non passano affatto. Si tratta, infatti, di semplici delibere dell’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale, di cui fanno parte il Presidente Mario Abruzzese (Pdl), i vicepresidenti Bruno Astorre (Pd) e Raffaele d’Ambrosio (Udc) e i componenti Gianfranco Gatti (Lista Polverini), Isabella Rauti (Pdl) e Claudio Bucci (Idv).

Tab. 5. *Le delibere dell'Ufficio di Presidenza e la comunicazione alla Giunta – Regione Lazio*

Deliberazione UdP n. 6 del 6 gennaio 2010	Il Consiglio regionale è ancora presieduto da Astorre e la Polverini deve ancora vincere le elezioni regionali. Ai gruppi viene attribuito un milione di euro per il finanziamento.
Deliberazione UdP n. 90 del 14 settembre 2010	Dopo l'elezione della Polverini e l'assestamento di bilancio che modifica la legge 6/1973, l'Ufficio di Presidenza aumenta i fondi ai gruppi consiliari di 4,4 milioni di euro.
Deliberazione UdP n. 14 del 10 febbraio 2011	L'Ufficio di Presidenza del Consiglio conferma quanto stanziato con le delibere nn. 6 e 90 del 2010.
Deliberazione UdP n. 33 del 5 aprile 2011	I fondi non bastano. Ai gruppi vengono assegnati altri 3 milioni di euro.
Deliberazione UdP n. 72 del 19 luglio 2011	Come nel caso precedente, i fondi ai gruppi risultano insufficienti. Servono altri 3 milioni di euro.
Deliberazione UdP n. 86 dell'8 novembre 2011	Ai gruppi consiliari vengono assegnati altri 2,5 milioni di euro "per stanziamento da legge di bilancio di previsione non sufficiente", per un totale di 13,9 milioni di euro.
Comunicazione alla Giunta del 23 novembre 2011	Nel 2011, a novembre, il segretario generale del Consiglio regionale invia all'assessorato al Bilancio le variazioni di spesa.

Fonte: Di Mario, in *Il Tempo*, 21 ottobre 2012.

(delib. UdP 90/2010). Nel 2011 ci sono altri tre adeguamenti: 3 milioni il 5 aprile, altri 3 il 19 luglio e 2,5 l'8 novembre. Per un totale di ben 13,9 milioni di euro a disposizione dei gruppi consiliari. Le variazioni di spesa alla fine di ogni anno vengono comunicate dal segretario generale del Consiglio regionale all'assessorato al Bilancio³².

Nella tabella 6 viene riportata la divisione dei fondi tra i principali gruppi consiliari nel 2011. La quota maggiore è andata al Pdl (17 consiglieri) che ha ricevuto 2,7 milioni e spesi, grazie a un corposo avan-

(32) Cfr. *La Giunta sapeva dei fondi milionari*, in *Il Tempo*, 21 ottobre 2012; *Due delibere per moltiplicare i milioni. Il governatore sapeva dei soldi ai partiti*, in *Corriere della Sera*, 25 settembre 2012.

zo di cassa dagli anni precedenti, 3,1 milioni; poi al Pd (14 consiglieri) con 2 milioni di fondi incassati e altrettanti spesi; alla lista Polverini, che grazie alla mancata presentazione della lista romana del Pdl alle passate elezioni, può contare su ben 13 consiglieri, incassando 1,9 milioni di euro; 1,2 milioni vanno all'Idv; 887 mila euro all'Udc; 538 mila euro, rispettivamente, a La Destra e alla Lista Fed. Eur. Questo per quanto riguarda i principali gruppi consiliari, perché in un'Assemblea di 71 componenti, i gruppi consiliari sono, infatti, ben 17: cinque di questi sono stati costituiti durante la legislatura grazie al fatto che è ammessa l'esistenza anche di un "gruppo" composto da una sola persona (un'abitudine in voga in tutte le Regioni, tanto che di "monogruppi" se ne contano 75 in tutta Italia). Soltanto nel Lazio ne esistono ben 8³³, distribuiti tra maggioranza e opposizione (Psi, Verdi, Fli, Mpa, Responsabili, Lista civica per Bonino, Api e gruppo misto). I contributi variano, nel 2011, dai 188 mila euro di Fli ai 169 mila del Psi. A questi fondi vanno aggiunte le spese fisse per il personale regionale e le strutture che vengono messe a disposizione di ogni singolo gruppo³⁴.

Lo scandalo sui rimborsi nasce, come detto, da un'inchiesta sulla gestione dei fondi del Pdl da parte dell'ex capogruppo, Franco Fiorito. La Presidente Renata Polverini minaccia le proprie dimissioni nel caso non siano apportati dei tagli drastici e immediati alle spese dei gruppi consiliari. E il 21 settembre, in seguito ad una mozione della stessa Polverini, il Consiglio regionale approva, all'unanimità, un pacchetto di tagli ai costi della politica. Si decide, in particolare, di dimezzare le commissioni (abolizione delle 3 commissioni speciali e dimezzamento, da 16 a 8, di quelle permanenti), di azzerare i finanziamenti ai gruppi e ridurre della metà i fondi elargiti ai gruppi consiliari per il

(33) Singolare il caso del "gruppo misto", presieduto e composto dall'unico consigliere Antonio Paris. Il Presidente di se stesso ha diritto ad un'indennità aggiuntiva di 890 euro netti mensili e in quanto titolare di un gruppo, può avvalersi di alcuni collaboratori (sette nel suo caso; ma per i gruppi più numerosi si arriva fino a 24 collaboratori).

(34) Si veda *Così i gruppi si sono divisi dodici milioni in un anno*, in *Il Messaggero*, 22 settembre 2012; *Ecco la spartizione tra tutti i gruppi. Idv, pochi consiglieri e tanti soldi*, in *Il Messaggero*, 25 settembre 2012; *Così la Regione Lazio versa ai partiti quattro volte più di Montecitorio*, in *Corriere della Sera*, 20 agosto 2012.

Tab. 6. *I fondi 2011 per il funzionamento dei principali gruppi consiliari – Regione Lazio*

	Pdl	Pd	Lista Polverini	Udc	Idv	La De- stra	Lista Fed. Eur.	Totale
Contributi regionali	2.735.502	2.017.946	1.913.628	887.400	1.217.482	538.128	538.128	9.732.214
Avanzo anno precedente	888.211	337.620	310.044	183.528	13.586	151.952	132.747	2.017.688
Fondi disponibili	3.623.713	2.355.566	2.223.672	1.070.928	1.231.068	690.080	670.875	11.749.902
Spese								
Organi del gruppo	647.547	–	–	–	251.400	–	1.439	900.386
Acquisto attrezzature ufficio	131.952	13.583	33.946	2.294	–	15.082	180	197.037
Compensi collaboratori	665.812	622.083	379.004	150.029	134.582	26.000	49.874	2.027.384
Cancelleria	–	3.070	1.100	369	4.062	932	–	9.533
Postali telefoniche telefax	91.992	25.937	9.073	14.605	56.035	3.964	–	201.606
Libri giornali riviste abbonamenti	3.204	18.675	9.809	18.837	38.380	2.787	21	91.713
Riunioni convegni conferenze	685.689	210.207	110.319	81.734	222.407	137.305	221.430	1.669.091
Stampa manifesti	410.052	738.863	886.699	295.702	370.690	372.845	9.009	3.083.860
Locomozione, diarie	71.592	65.755	14.489	10.710	49.560	64.558	769	277.433
Alberghi ristoranti bar	83.889	23.042	195.179	119.426	40.917	44.999	339	507.791
Varie	114.253	58.246	4.849	145.490	20.865	14.921	662	359.286
Interessi passivi comm. bancarie	1.067	2.925	2.143	527	1.105	651	633	9.051
Imposte tasse tributi vari	192.271	269.170	399.218	35.273	36.651	1.880	80	934.543
Spese totali	3.099.320	2.051.556	2.045.828	874.996	1.226.654	685.924	284.436	10.268.714

Fonte: *Il Messaggero*, 25 settembre 2012.

rapporto eletto-elettore (da 4 mila a 2 mila euro), di abolire i gruppi composti da un solo membro e di ridurre da 70 a 50 i consiglieri e da 16 a 10 gli assessori. Con i tagli è previsto un risparmio di 20 milioni di euro per il 2012 (28 per il 2013 e 28 per il 2014). La Presidente Polverini annuncia allora di rimanere al suo posto: “Abbiamo 20 milioni di risparmi: obiettivo centrato, se voi ve la sentite di andare avanti, io me la sento”³⁵.

A causa dello scalpore provocato dallo scandalo, tuttavia, i consiglieri dell'opposizione annunciano le loro dimissioni, 29 in tutto (le dimissioni di altri 7 consiglieri avrebbero determinato lo scioglimento automatico del Consiglio regionale)³⁶. L'Udc, dopo aver inizialmente difeso la Presidente, comunica che anche i suoi sei consiglieri si sarebbero dimessi. Il 24 settembre la Presidente Polverini, resasi conto di non avere più i numeri, annuncia in conferenza stampa le proprie dimissioni, prima che fossero formalizzate quelle dei consiglieri. In questo modo, spiega la Presidente Polverini, “li mando a casa io”, affermando di “aver interrotto il cammino di un Consiglio non più degno di rappresentare il Lazio”³⁷. Presenterà ufficialmente le proprie dimissioni il 27 settembre. Due settimane, più o meno, prima di arrivare alla conclusione logica e fin dal primo momento inevitabile: dimissioni, scioglimento del Consiglio regionale e ritorno alle urne³⁸.

Da lì a pochi giorni le accuse circa l'esistenza di una sorta di “sistema Lazio” per sfruttare i fondi pubblici, destinati per legge ai vari gruppi consiliari, per fini personali, arriva sotto forma di nuove ipotesi di

(35) Cfr. *Lazio, tagli per 20 milioni la Polverini non si dimette*, in *La Repubblica*, 22 settembre 2012.

(36) Cfr. *Montino: “Dopo il sì ai tagli la mozione di sfiducia”*, in *Il Messaggero*, 20 settembre 2012.

(37) Cfr. *Un intero sistema da rifondare*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 settembre 2012; *Caso Lazio, le scuse della Polverini. “Mi vergogno, siamo l'antipolitica”*, in *La Repubblica*, 18 settembre 2012; *La Polverini alla fine si dimette. “Questo è un Consiglio di ladri adesso posso mandarli tutti a casa”*, in *La Repubblica*, 25 settembre 2012.

(38) *Elezioni, il Pdl candida la Polverini. C'è anche Battistoni, il nemico di Fiorito*, in *Il Messaggero.it*, 21 gennaio 2013. L'ex governatore della Regione Lazio, Renata Polverini, verrà eletta alla Camera nella circoscrizione Lazio 1.

reato per peculato ad un capogruppo consiliare, Vincenzo Maruccio, dell'Idv³⁹.

4.3. *Il caso Lombardia: la fine del regno di Formigoni*

Già la campagna elettorale in Lombardia si era concentrata su questioni intreccianti politica e giustizia⁴⁰. In particolare, da un lato, veniva contestata la ricandidatura del Presidente uscente, come presunta violazione della legge 165/2004, che stabilisce (art. 2, comma 1, lett. f) la non immediata rieleggibilità del Presidente eletto a suffragio universale allo scadere del secondo mandato consecutivo. Il 22 febbraio 2010 diversi consiglieri regionali di centro-sinistra (oltre ai Radicali) depositano un esposto alla Corte d'appello di Milano contro la candidatura (raccolgendo il pubblico dissenso alla iniziativa del candidato di centro-sinistra ed ex Presidente della Provincia di Milano, Filippo Penati – Pd). Tutti gli esposti presentati non vengono tuttavia ammessi in quanto l'Ufficio centrale regionale presso la Corte d'appello milanese dichiara "l'incompetenza dell'ufficio a provvedere sulla sollevata questione di ineleggibilità", rimandando ogni eventuale decisione al Tribunale civile, successivamente allo svolgimento delle elezioni. Il ricorso verrà poi ripresentato dai Radicali, ma il Tribunale di Milano, confermato in appello, riterrà che per far valere la norma sull'incandidabilità sancita dalla legge 165/2004, serve il suo recepimento nella normativa regionale, non ancora avvenuto in Lombardia (un'iniziativa analoga si ha in Emilia-Romagna riguardo alla ricandidatura di Vasco Errani, Presidente Pd)⁴¹.

(39) Cfr. *I 780 mila euro del Fiorito dipietrista*, in *La Repubblica*, 11 ottobre 2012; *Regione Lazio: arrestato ex capogruppo Idv Maruccio*, in *La Repubblica.it*, 13 novembre 2012; *Fondi Idv, Maruccio esce dal carcere*, in *Corriere della Sera*, 11 gennaio 13.

(40) Cfr. M. MAZZOLENI, *Lombardia. Un'arena elettorale cristallizzata*, in *Le elezioni regionali del 2010*, a cura di B. BALDI e F. TRONCONI, Bologna, Il Mulino-Istituto Cattaneo, 2010, pp. 81-95.

(41) Un altro scandalo, sollevato anch'esso dai radicali, riguarda la vicenda delle presunte firme false raccolte nel 2010 per le elezioni regionali a sostegno del listino di Roberto Formigoni e della lista del Pdl che porterà al rinvio a giudizio nel dicembre 2012 dei vertici milanesi del Pdl. Cfr. *Milano, 926 firme false nel 2010, è bufera su Formigoni e sul Pdl*, in *La Repubblica-Milano*, 18 ottobre 2011; *Firme false per il listino di Formigoni, processo a Milano per il Pdl Podestà*, in *La Repubblica-Milano*, 13 dicembre 2012.

Dall'altro lato, ad alimentare il dibattito era il tema delle "liste pulite". Le vicende giudiziarie animeranno, d'altronde, tutto il periodo della campagna elettorale e continueranno, come vedremo, fino alla fine anticipata della legislatura. In particolare, a quanto risulta dalle notizie di stampa, nel corso della legislatura (ancor prima dello scandalo legato ai rimborsi) vengono indagati, oltre al Presidente della Regione, Roberto Formigoni, quasi l'intero Ufficio di Presidenza, cinque assessori, oltre a vari consiglieri (5), con accuse che vanno dalla corruzione al finanziamento illecito ai partiti, dal voto di scambio al concorso esterno in associazione mafiosa.

La seconda ondata che ha finito per travolgere la Giunta Formigoni viene dal Consiglio regionale e dagli scandali dei rimborsi. Ai gruppi consiliari vanno, infatti, sempre secondo la stampa, oltre 11 milioni di euro l'anno per far fronte alle spese di personale, funzionamento e comunicazione (vedi tab. 7).

A regolamentare la materia delle spese di rappresentanza dovrebbe essere il "regolamento contabile della Regione Lombardia" che, all'art. 18, stabilisce che esse devono "rispondere ad effettive esigenze" istituzionali fatte "in occasione di rapporti di carattere ufficiale" fuori della "ordinaria attività del Consiglio" e, soprattutto, devono "essere prive di intenti e di connotazione di mera liberalità non giustificata". Per ottenere i rimborsi, i consiglieri devono presentare "idonea documentazione giustificativa in ordine alle circostanze, alla causa e alla natura delle erogazioni"⁴². Secondo le conclusioni della magistratura inquirente, di tutto questo non c'è traccia nelle note spese nelle quali, invece, i consiglieri si limitavano a firmare una scarna dichiarazione sulla motivazione delle spese sostenute.

Tutti, secondo i pm, avrebbero utilizzato denaro pubblico che spettava ai gruppi consiliari per spese "estrane" al loro mandato: l'ipotesi di reato è quella di peculato. Sono partiti, così, 40 avvisi di garanzia ai consiglieri del Pdl e della Lega, i due partiti di maggioranza; ma a gennaio è stata acquisita anche la documentazione relativa ai rimborsi

(42) Cfr. *Rimborsi illegali in Lombardia. Indaga anche la Corte dei conti*, in *Corriere della Sera*, 16 dicembre 2012.

Tab. 7. *I fondi a disposizione dei gruppi consiliari per il 2012 (cifre in euro)* – Regione Lombardia*

	Pdl	Pd	Lega	Udc	Idv	Sel	Pensio- nati	Gruppo misto	Ufficio di Presidenza	Totale
Personale	1.891.115	1.515.516	1.468.566	392.400	392.400	345.451	244.506	244.506	1.167.979	7.662.439
Funzionamento	494.001	431.271	423.430	101.936	101.936	78.413	54.888	23.523	-	1.709.398
Comunicazione	696.726	538.473	512.832	76.924	76.924	48.087	25.641	25.641	-	2.001.248
Spesa totale	3.081.842	2.485.260	2.404.828	571.260	571.260	471.951	325.035	293.670	1.167.979	11.373.085

* Il totale è in linea con le cifre stanziate sia nel 2011 che nel 2010.

Fonte: M. Montanari, *Ai partiti del Pirellone oltre 11 milioni l'anno*, in *La Repubblica*, 20 settembre 2012; *Centimetri.it*.

dei partiti dell'opposizione⁴³, portando il numero complessivo degli indagati oltre quota 80⁴⁴.

Una parentesi a parte merita il caso sanità-Formigoni, dove il governatore risulta indagato dalla Procura di Milano per corruzione e finanziamento illecito ai partiti nell'ambito dell'inchiesta sulla sanità privata in Lombardia. Anche in questo caso l'esito delle indagini costringerà il governatore alle dimissioni⁴⁵.

5. Conclusioni

Al di là dei tre casi presi in esame si tratta, in realtà, di rifondare un intero sistema, perché gli stessi scandali si rinnovano, in forme diverse, e magari non così esasperate, in molte altre Regioni. Oltre alla Sicilia, al Lazio, alla Lombardia, molte altre Regioni sono coinvolte: dalla Sardegna al Friuli-Venezia Giulia, dal Piemonte alla Basilicata⁴⁶. Dalle speciali alle ordinarie. Dal Nord al Sud. E indagini conoscitive sulle spese regionali sono state avviate in molte altre Regioni.

Con quali conseguenze? Le istituzioni perdono credibilità e fiducia tra i cittadini. È quello che è successo negli ultimi anni ai governi territoriali (Comuni, Province e Regioni), fino a poco tempo fa simboli del

(43) Cfr. *In Lombardia ora si indaga sui rimborsi dell'opposizione*, in *Corriere della Sera*, 9 gennaio 2013; *Rimborsi, indagini anche sull'opposizione*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 gennaio 2013; *Con le nuove iscrizioni, l'intero Consiglio regionale sotto inchiesta*, in *La Stampa*, 30 gennaio 2013; *Lombardia, indagati metà dei consiglieri Pd e Idv*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 gennaio 2013; *Rimborsi Lombardia, tocca all'opposizione*, in *La Stampa*, 30 gennaio 2013.

(44) Nel caso dell'opposizione si tratterebbe però, di cifre molto inferiori rispetto a quelle della maggioranza. Cfr. *Lombardia, indagati metà dei consiglieri Pd e Idv*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2013.

(45) Cfr. *Formigoni cade dopo 17 anni. Ma mette la Lega all'angolo*, in *Corriere della Sera*, 27 ottobre 2012; *Formigoni: "Consiglio ormai sciolto, voto tra dicembre e gennaio, via il listino"*, in *Corriere della Sera-Milano*, 26 ottobre 2012; *Nasce la nuova Giunta Formigoni: porterà la Lombardia alle elezioni anticipate*, in *Corriere della Sera-Milano*, 22 ottobre 2012.

(46) Cfr. *Costi politica: indagati in Friuli-Venezia Giulia oltre 20 consiglieri, anche alcuni capogruppo*, in *La Repubblica*, 1° marzo 2013; *Sardegna, imputati 18 consiglieri regionali*, in *Il Fatto quotidiano*, 19 dicembre 2012; *Regione Piemonte, 52 consiglieri indagati*, in *Il Giornale*, 19 aprile 2013; *Scandalo rimborsi anche in Basilicata. Arrestati due assessori e un consigliere*, in *La Stampa*, 24 aprile 2013.

federalismo, alternativi al centralismo statale⁴⁷. Secondo i dati dell'Istituto Demos & Pi, pubblicati nei rapporti annuali sugli atteggiamenti degli italiani nei confronti delle istituzioni e della politica (*Gli Italiani e lo Stato*), la fiducia nelle istituzioni regionali è calata dal 2002 ad oggi di ben 13 punti percentuali, dal 37,7% al 24,5%. L'unico picco nel 2005 (41,4%) in occasione della ondata di consultazioni amministrative che portarono al ricambio di ben 14 delle 15 Regioni a Statuto ordinario (il Molise andò al voto nel 2006) (vedi fig. 1).

Il progetto regionale si deve confrontare, quindi, oggi da un lato con i morsi della crisi economica e, dall'altro, con la crisi di legittimazione che ha investito il ceto politico e burocratico regionale. Ma la crisi economica può, da questo punto di vista, rappresentare anche una finestra di opportunità per superare molte delle resistenze e degli ostruzionismi che hanno impedito correzioni coraggiose in vista di un federalismo (o di un regionalismo) "ben temperato"⁴⁸ e di un sistema che riporti al riparo dalle degenerazioni affaristico-clientelari le Regioni italiane (con limiti rigorosi ai costi della politica, serie misure di contrasto alla corruzione, controlli sugli atti che comportano impiego e gestione di risorse pubbliche). I comportamenti corruttivi da parte dei politici regionali incidono, infatti, fortemente nei livelli di fiducia che i cittadini ripongono nei loro confronti, soprattutto nel breve periodo quando l'effetto di questi scandali è ancora sentito fra l'opinione pubblica. Questo circolo vizioso che si crea fra comportamenti dei politici, delegittimazione della classe politica e sfiducia verso le

(47) Gli scandali rappresentano, inoltre, un incredibile spot a favore dei movimenti "anti-politici" e di chi è tentato di ingrossare le fila del partito dell'astensione. Cfr. *Il caso del Lazio un altro clamoroso spot a favore dell'antipolitica*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 settembre 2012.

(48) Cfr. F. BASSANINI, *Postfazione. Riforma della riforma o ritorno al passato?*, in L. VANDELLI e F. BASSANINI (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 518: "Chi propugna il ritorno al passato – secondo Bassanini – sottovaluta i costi e le difficoltà di una operazione di contro-riforma di questa dimensione: come l'euro, la riforma regionale non gode di buona salute; ma come l'euro, è sostanzialmente irreversibile. Passata la metà del guado, tornare indietro è più rischioso e costoso che andare avanti. Abbiamo bisogno di una riforma della riforma regionale".

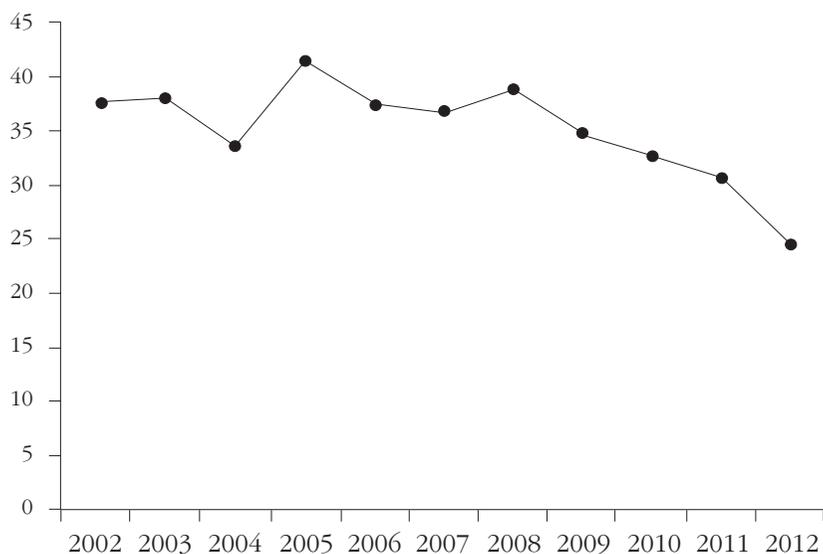


Fig. 1. *La fiducia nelle istituzioni regionali (2002-2012)*

Fonte: Demos & Pi, *Gli italiani e lo Stato*, Rapporti annuali.

istituzioni è ancora più rilevante a livello regionale ove i rappresentanti eletti sono percepiti dai cittadini come loro referenti sul territorio e quindi in grado di intercettare le loro domande e di implementarle con un *policy making* efficace. Scardinare questo circolo è la sfida in mano alle Regioni ma soprattutto alla loro classe politica⁴⁹.

(49) Resta, cioè, il problema della qualità della classe politico-amministrativa delle Regioni. E come sottolinea Bassanini: “La soluzione di questo problema è semplice e difficile insieme: è infatti nelle mani dei cittadini elettori, come in tutte le democrazie” (*ivi*, p. 521).

Crisi, scioglimento anticipato e nuove elezioni nelle Regioni Lazio e Lombardia: una lettura in parallelo

Daniele Coduti

Abstract

Il saggio si occupa delle crisi di governo nelle Regioni Lazio e Lombardia che hanno condotto le due Regioni alle elezioni anticipate nel 2013. Attraverso una lettura in parallelo, si ricostruiscono le analogie e le differenze degli accadimenti che hanno riguardato le due Regioni nel passaggio dalla IX alla X legislatura regionale, evidenziandone le criticità e le conseguenze.

1. Premessa

Il 24 e 25 febbraio 2013 si sono svolte le elezioni politiche conseguenti alle dimissioni del governo presieduto da Mario Monti; contestualmente, in Lazio, Lombardia e Molise si sono svolte le elezioni per rinnovare i Consigli regionali e per eleggere i rispettivi Presidenti di Regione. Si tratta di elezioni regionali anticipate: in Molise, a causa dell'annullamento delle elezioni precedenti; in Lazio e Lombardia la crisi dei rispettivi governi regionali è stata determinata da motivazioni almeno in parte analoghe e con effetti di notevole rilievo. Sicché, nelle prossime pagine si ricostruiranno le vicende che hanno condotto alla fine anticipata della IX legislatura in Lazio e Lombardia, valutandone altresì le conseguenze.

2.1. La crisi del governo regionale e la prorogatio dei poteri del Presidente della Giunta: nella Regione Lazio

Nella IX legislatura la Regione Lazio era guidata dal Presidente Renata Polverini, la cui Giunta era sostenuta da una coalizione politica di centro-destra. La Polverini aveva vinto le elezioni del 2010 dopo che la precedente legislatura regionale si era conclusa travolta dallo

scandalo in cui era stato coinvolto l'ex Presidente Piero Marrazzo, sostenuto da una coalizione di centro-sinistra¹.

Nel corso della IX legislatura regionale, le inchieste della magistratura svelavano un diffuso sistema di abuso dei fondi pubblici destinati ai gruppi consiliari, che – tra gli altri – coinvolgevano il capogruppo del Pdl presso il Consiglio regionale laziale, Franco Fiorito². La diffusione delle notizie sulle spese rimborsate con denaro pubblico, che certo nulla avevano a che fare con i compiti istituzionali dei membri dell'Assemblea regionale, sollevavano sdegno nell'opinione pubblica, ancor più in un momento di gravi difficoltà economiche del paese. Di fronte a tale grave crisi di credibilità della politica regionale, la Polverini – che non era coinvolta nelle inchieste della magistratura – sembrava decisa a rimanere alla guida della Regione, ma solo a condizione che il Consiglio regionale approvasse una serie di tagli alle spese della Regione illustrata in una seduta straordinaria dell'Assemblea³. Tuttavia, da parte dell'opposizione consiliare ma anche di settori della maggioranza si ipotizzavano le dimissioni contestuali dei consiglieri regionali, al fine di provocare l'autoscioglimento dell'Assemblea regionale e la fine anticipata della legislatura. Sicché, la Polverini anticipava ogni decisione dei gruppi consiliari, decidendo di dimettersi. Le dimissioni venivano annunciate il 24 settembre 2012 in una conferenza stampa; il successivo 27 settembre la Polverini firmava la lettera di dimissioni e il giorno seguente il Consiglio regionale del Lazio veniva sciolto ai sensi dell'art. 126, comma 3, Cost.⁴. Con le sue dimissioni – annunciate direttamente ai mezzi di informazione anziché all'Assemblea regionale –, la Polverini intendeva marcare la

(1) Al riguardo si rinvia a A. STERPA, *Le dimissioni del Presidente della Regione Lazio a dieci anni da una riforma incompleta*, in *Federalismi.it*, 1, 2010, p. 1 ss.

(2) ... il quale veniva successivamente arrestato: cfr. *Scandalo fondi Pdl, arrestato Franco Fiorito. "In cella gente migliore che in Pdl"*, in *Il Messaggero.it* del 2 ottobre 2012.

(3) Cfr. *Caso Fiorito, Polverini chiede scusa ai cittadini. Approvata la sua mozione sui tagli, venerdì il voto in aula*, in *Il Sole 24 Ore.it* del 17 settembre 2012.

(4) Le indiscrezioni sulla volontà del Presidente della Giunta di dimettersi, in effetti, si erano fatte insistenti già da giorni: cfr. *Polverini e la faida in Regione. La tentazione delle dimissioni*, in *Il Tempo.it* del 20 settembre 2012.

differenza tra la sua Giunta e il Consiglio regionale, da lei stessa definito non più degno di rappresentare la Regione⁵.

Apertasi la crisi di governo nella Regione, il Presidente dimissionario rimaneva in carica per l'ordinaria amministrazione, secondo quanto previsto dall'art. 45, comma 6, dello Statuto laziale.

2.2. *Segue: nella Regione Lombardia*

Passando alla Lombardia, nella IX legislatura la Regione era guidata dal Presidente Roberto Formigoni che, sostenuto da una coalizione di centro-destra, aveva vinto le elezioni regionali per la quarta volta consecutiva e sedeva al vertice dell'Esecutivo regionale ininterrottamente dal 1995. Si tratta di un aspetto sul quale occorre subito soffermarsi. Dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, nelle Regioni ordinarie che hanno approvato un nuovo Statuto, la disciplina elettorale e quella inerente alle ineleggibilità ed incompatibilità rientrano nella potestà legislativa regionale, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica ai sensi dell'art. 122 Cost. Tale disciplina di principio è dettata dalla legge 165/2004 che, quanto ai mandati del Presidente della Giunta, richiede di disporre la “non immediata rieleggibilità allo scadere del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto” (art. 2, comma 1, lett. *f*). Tra i numerosi dubbi che tale disposizione solleva⁶, v'è quello di comprendere se il limite in essa contenuto sia applicabile a tutte le Regioni o solo a quelle che hanno approvato la legge elettorale regionale⁷: si tratta di una que-

(5) Cfr. *Renata Polverini si è dimessa. “Giunta pulita ma Consiglio indegno”*, in *Corriere.it* del 24 settembre 2012.

(6) Ci si limita a rinviare al riguardo a S. CATALANO, *La “presunzione di consonanza”*, Milano, Giuffrè, 2010, part. p. 107 ss.; A. STERPA, *La legge quadro statale nelle materie di cui all'art. 122 Cost. e la fase statutaria delle Regioni*, in *Federalismi.it*, 14, 2004, p. 10, e, sia consentito, D. CODUTI, *Incompatibilità “interne” e limiti al numero di mandati del Presidente della Giunta: la forma di governo regionale tra giurisprudenza costituzionale e (“casuali”) ricorsi governativi*, in *Nuove autonomie*, 6, 2005, part. p. 982 ss.

(7) Sulla quale si veda M. COSULICH, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, Cedam, 2008, pp. 279-280; S. CECCANTI, *Il tetto ai mandati qualifica l'ordinamento regionale, ma non è applicabile prima del 2015*, in

stione rilevante per la Lombardia, perché la legge elettorale lombarda è stata approvata – come si vedrà – solo nell’ottobre 2012.

La controversa questione ha favorito la presentazione di ricorsi ai giudici civili⁸ e amministrativi⁹ avverso la quarta candidatura consecutiva di Formigoni alla presidenza della Regione Lombardia. Secondo la giurisprudenza di merito, pronunciatasi sulla questione, in assenza della legge elettorale regionale, il limite al numero dei mandati previsto dalla legge 165/2004 non si applica, nonostante ciò possa favorire un pretestuoso ritardo nell’approvazione della normativa elettorale regionale, volto proprio ad evitare che il Presidente uscente che abbia già ricoperto due mandati non possa candidarsi nuovamente¹⁰. I giudici civili, peraltro, hanno osservato che, anche nel caso in cui si volesse considerare il principio di cui si discute “immediatamente operativo *erga omnes*”, non si sarebbe comunque applicato alla quarta candidatura di Formigoni, perché tale divieto “potrebbe trovare applicazione solo per le elezioni successive all’entrata in vigore della legge [165/2004] e quindi a far tempo dalle elezioni svolte nel 2005¹¹. E invero tale norma, incidendo sul diritto di elettorato passivo, che è un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito e inviolabile (v. art. 51 Cost.), non è, in difetto di espressa previsione che qui non ricorre, limitabile in via retroattiva. Ne consegue che nella specie il divieto del terzo mandato consecutivo scatterebbe per l’appellato Formigoni solo con le elezioni del 2015”¹².

Federalismi.it, 19, 2009, pp. 1 ss., e L. CASTELLI, *Profili costituzionali del terzo mandato dei Presidenti di Regione*, in *Le Regioni*, 3-4, 2009, p. 489 ss.

(8) Cfr. Tribunale di Milano, sez. I civ., sentt. 9052 e 9053/2010, e Corte d’Appello di Milano, sez. IV civ., sentt. 1403 e 1404/2011.

(9) Cfr. TAR Lombardia-Milano, sez. IV, sent. 1095/2011, che ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione.

(10) Cfr. i rilievi di Tribunale di Milano, sez. I civ., sent. 9053/2010, pt. 3 e 4, nonché N. VICECONTE, *La forma di governo nelle Regioni ad autonomia ordinaria*, Napoli, Jovene, 2010, p. 220.

(11) Questa è l’interpretazione che S. CECCANTI, *Il tetto*, cit., part. p. 6, definisce “equilibrata”.

(12) Così Corte d’Appello di Milano, sez. IV civ., sent. 1404/2011.

Passando alla crisi di governo in Lombardia, essa ha ragioni almeno in parte analoghe a quelle laziali, ma si sviluppa e si conclude secondo modalità significativamente diverse.

In effetti, anche il Consiglio regionale lombardo era coinvolto nelle inchieste inerenti all'utilizzo dei fondi pubblici da parte dei consiglieri regionali¹³. L'inchiesta della magistratura riguardava dapprima i consiglieri della maggioranza di centro-destra e poi quelli dell'opposizione di centro-sinistra¹⁴. Tuttavia, a differenza del Lazio, le inchieste giudiziarie sulla politica regionale lombarda erano numerose e segnavano tutta la legislatura¹⁵. Esse riguardavano sia talune vicende più propriamente politiche¹⁶, sia le più disparate ipotesi di reato ed interessavano

È opportuno considerare che in Molise, dove non sono ancora in vigore il nuovo Statuto né la legge elettorale regionale (in proposito, si veda G.M. DI NIRO, *L'attività statutaria, legislativa e regolamentare della Regione Molise (2011-2013)*, in *Federalismi.it*, 3, 2013, part. p. 19 ss., e, sia consentito, D. CODUTI, *L'interminabile, travagliato e assai preoccupante processo statutario molisano*, in *Rivistaaic.it*, 4 luglio 2012, pp. 1 ss.), nelle elezioni regionali del 2013 il centrodestra candidava nuovamente Michele Iorio, che aveva già vinto le elezioni regionali nel 2001, 2006 e 2011. La candidatura di Iorio, dunque, sarebbe stata la terza consecutiva dopo l'entrata in vigore della legge 165/2004 (Iorio, in effetti, era il candidato del centro-destra anche alle elezioni regionali del 2000; queste ultime elezioni, vinte dal candidato del centro-sinistra Giovanni Di Stasi, però, sono state annullate: cfr. TAR Molise, sent. 58/2001, e Consiglio di Stato, sez. V, sent. 3212/2001); tuttavia, (anche) le elezioni molisane del 2011 sono state annullate dalla magistratura amministrativa (cfr. TAR Molise, sez. I, sent. 208/2012, e Consiglio di Stato, sez. V, 5504/2012), sicché sarebbe venuto meno *ex tunc* lo stesso titolo di investitura dell'organo elettivo (così Corte cost., sent. 196/2003, pt. 13 cons. dir., sulla quale si veda A. MORRONE, *Sistema elettorale e prorogatio degli organi regionali*, in *Le Regioni*, 2003, p. 1269 ss., e G. ROSA, *Prime note alla sentenza della Corte costituzionale n. 196 del 5 giugno 2003*, in *Federalismi.it*, 12 giugno 2003, p. 1 ss.), con la conseguenza che l'esponente del centro-destra nel 2013 si candidava per la seconda elezione (valida) consecutiva dopo l'entrata in vigore della legge del 2004. Sull'annullamento delle elezioni regionali si consenta un rinvio a D. CODUTI, *Scioglimento del Consiglio regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, agg., Torino, UTET, 2010, p. 555.

(13) Ci si limita a rinviare a *I soldi dei rimborsi per cene, Ipbone e gratta e vinci: 27 indagati tra i consiglieri di Pdl e Lega*, in *Corriere.it* del 14 dicembre 2012.

(14) Cfr. *Regione Lombardia, indagati 20 consiglieri d'opposizione per peculato*, in *Liberoquotidiano.it* del 29 gennaio 2013.

(15) Si veda, al riguardo, le osservazioni di F. VERRASTRO, *Analisi dell'attività statutaria, legislativa e regolamentare delle Regioni al voto. La Lombardia*, in *Federalismi.it*, 3, 2013, p. 2.

(16) Si pensi alle controversie riguardanti la legittimità della raccolta delle firme per

non solo i membri dell'Assemblea regionale¹⁷ ma anche quelli della Giunta regionale¹⁸, sino a coinvolgere direttamente il Presidente della Regione, indagato per corruzione¹⁹.

Nonostante tale situazione, il Presidente Formigoni pareva inizialmente intenzionato a proseguire la legislatura regionale, d'accordo con i segretari dei due partiti maggiori della coalizione di maggioranza (il Pdl e la Lega nord)²⁰. Tuttavia, alla luce della gravità di alcune delle inchieste della magistratura e della volontà espressa dalla Lega nord di dare un forte segnale di cambiamento, la situazione mutava. Lo stesso Presidente della Regione, infatti, chiedeva le dimissioni dei consiglieri di maggioranza nonché l'approvazione della nuova legge elettorale prima della conclusione della legislatura²¹. Sicché, il 26 ottobre 2012 il Consiglio regionale approvava la legge elettorale (l.r. 17/2012) e, il giorno stesso, la gran parte dei consiglieri formalizzava le proprie dimissioni²²; si concretizzava, così, l'ipotesi di autosciogli-

presentare la lista civica Per la Lombardia (il "listino" del candidato Presidente Formigoni), sulle quali, però, la decisione della magistratura di merito è giunta dopo lo scioglimento del Consiglio regionale (cfr. Tribunale di Milano, sez. VI civ., sent. del 17 aprile 2013), oppure alla già accennata possibilità di quest'ultimo di candidarsi per un quarto mandato consecutivo o, ancora, all'esigenza di garantire la parità di genere nella composizione della Giunta regionale (si v., in merito, TAR Lombardia-Milano, sez. I, sent. 354/2011 e sent. 2945/2012, nonché Consiglio di Stato, sez. V, sent. 3670/2012).

(17) Il caso che ha ricevuto maggiore attenzione da parte dei mezzi di informazione è sicuramente quello di Nicole Minetti, consigliere regionale indagata per induzione alla prostituzione minorile (cfr. *Ruby: chiuse indagini su Minetti, Fede e Mora. I pm contestano la prostituzione di 33 ragazze*, in *Il Sole 24 Ore.it* del 15 marzo 2011).

(18) A titolo di esempio si consideri che l'assessore regionale Daniele Bellotti risultava indagato per tifo violento oppure che l'assessore Domenico Zambetti veniva arrestato per voto di scambio e concorso esterno in associazione mafiosa (cfr. *Regione, ecco le quindici inchieste che inguaitano la Giunta Formigoni*, in *La Repubblica.it* del 10 ottobre 2012).

(19) Cfr., ad esempio, *Formigoni indagato per corruzione. "Non temo nulla, resto al mio posto"*, in *La Repubblica.it* del 25 luglio 2012.

(20) Cfr. *Il Pdl salva Formigoni ma Alfano piega la testa a Maroni. La Lega strappa la legge elettorale con listino bloccato*, in *Liberquotidiano.it* dell'11 ottobre 2012.

(21) Cfr. *Formigoni cade dopo 17 anni. Ma mette la Lega all'angolo*, in *Corriere.it* del 27 ottobre 2012.

(22) Cfr. *Si dimette il Consiglio regionale, le prossime elezioni senza listino*, in *La Repubblica.it* del 26 ottobre 2012.

mento del Consiglio regionale prevista dall'ultimo comma dell'art. 126 Cost.²³, che determinava la cessazione anticipata della IX legislatura regionale.

Come detto, lo stesso Presidente Formigoni auspicava le dimissioni contestuali della maggioranza dei consiglieri regionali, anziché presentare le proprie dimissioni. Occorre chiarire le ragioni di tale scelta. A differenza dello Statuto regionale del Lazio²⁴, quello lombardo prevede che, laddove si verifichi lo scioglimento anticipato del Consiglio regionale e il Presidente della Giunta si sia dimesso volontariamente, le funzioni di quest'ultimo – limitatamente all'ordinaria amministrazione e agli atti indifferibili – siano esercitate dal vicepresidente sino alla proclamazione del nuovo Presidente²⁵. Se, dunque, Formigoni si fosse dimesso, in virtù del principio *aut simul stabunt aut simul cadent* la legislatura regionale sarebbe comunque terminata anticipatamente, ma la transizione alla nuova legislatura sarebbe stata gestita dal vicepresidente della Giunta regionale, Andrea Gibelli, esponente di un partito di maggioranza col quale il Presidente uscente era ormai in dissenso, la Lega nord²⁶. Le dimissioni contestuali della maggioranza dei consiglieri regionali, invece, hanno consentito al Presidente uscente di rimanere in carica per l'ordinaria amministrazione, ai sensi dell'art. 30, comma 1, lett. *b*, dello Statuto lombardo²⁷.

3.1. Lo scioglimento anticipato, l'indizione delle nuove elezioni e il regime di prorogatio: nella Regione Lazio

Con le dimissioni di Renata Polverini si apriva il confronto sull'individuazione della data delle nuove elezioni regionali. Secondo l'art. 5

(23) Sul quale sia consentito un rinvio a D. CODUTI, *Scioglimento*, cit., pp. 552-553.

(24) Cfr. il citato art. 45, comma 6, dello Statuto Lazio.

(25) Cfr. l'art. 30 dello Statuto Lombardia.

(26) Basti considerare, al riguardo, che, per la sua successione, Formigoni manifestava apertamente la propria preferenza per l'ex sindaco di Milano Gabriele Albertini anziché per Roberto Maroni, segretario della Lega nord: cfr. *Oggi il giorno delle dimissioni. E Formigoni vede il voto il 16 dicembre o il 27 gennaio*, in *Il Giornale.it* del 26 ottobre 2012.

(27) Al riguardo, si vedano anche le considerazioni espresse *infra*, par. 5.

della l.r. Lazio 2/2005, “nei casi di scioglimento del Consiglio regionale, previsti dall’art. 19, comma 4, dello Statuto, si procede all’indizione delle nuove elezioni del Consiglio e del Presidente della Regione entro tre mesi” (comma 1); “[l]e elezioni sono indette con decreto del Presidente della Regione” (comma 2)²⁸. La disposizione era presumibilmente interpretata dal Presidente dimissionario della Regione come tesa a richiedere che, entro il termine di tre mesi, fosse necessario solo “indire” le elezioni regionali e non anche che le stesse si dovessero “tenere” entro tale termine, poiché la Polverini non convocava sollecitamente i comizi elettorali. È appena il caso di evidenziare che, mentre le dimissioni della Polverini paiono una risposta alle critiche dell’opinione pubblica, la decisione di ritardare la data delle nuove elezioni regionali sembra tenere conto soprattutto delle esigenze elettorali della propria coalizione politica.

In ogni caso, il dibattito sull’indicata questione terminologica è tutt’altro che originale: basti pensare che problemi interpretativi analoghi erano sorti anche con riferimento al testo dell’art. 126, comma 4, Cost., nella sua formulazione anteriore alla riforma operata dalla legge cost. 1/1999. La citata disposizione costituzionale, infatti, prevedeva che, in caso di scioglimento sanzionatorio del Consiglio regionale, fosse nominata una commissione di tre cittadini eleggibili al Consiglio regionale, “che indice le elezioni entro tre mesi”. Relativamente al tenore letterale del previgente art. 126 Cost., parte della dottrina aveva ritenuto che la disposizione richiedesse la sola indizione delle elezioni nel termine indicato²⁹, mentre altra parte riteneva che anche la data di convocazione dei comizi elettorali dovesse essere fissata entro tre mesi³⁰.

Dubbi simili si sono riproposti dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, sia perché la legge cost. 1/1999, art. 5,

(28) Quest’ultimo comma sostituisce in parte l’art. 3 della legge 108/1968.

(29) Cfr. E. GIZZI, *Lo scioglimento dei Consigli regionali e l’amministrazione ordinaria delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 188.

(30) Si veda, in tal senso, T. MARTINES, *Il Consiglio regionale*, nuova ed., Milano, Giuffrè, 1981, p. 234.

comma 2, lett. *b*) dispone, in via transitoria sino all'adozione delle relative discipline regionali, che, in caso di scioglimento anticipato, le elezioni siano "indette" entro tre mesi, sia perché alcuni statuti e talune leggi elettorali regionali – analogamente a quella laziale – fanno riferimento alla "indizione" delle elezioni entro tre mesi³¹. Peraltro, sulla questione si è incidentalmente pronunciata anche la Corte costituzionale. Vagliando la legittimità costituzionale dell'art. 3 della l.r. Abruzzo 1/2002, che prevedeva che entro tre mesi si procedesse alla "indizione" delle elezioni, la Consulta ha infatti affermato che tale disposizione sia "da intendersi nel senso che le elezioni abbiano luogo, e non siano semplicemente indette, entro tale lasso di tempo"³².

A fronte della decisione della Polverini di non convocare tempestivamente i comizi elettorali, il Movimento difesa del cittadino presentava ricorso al TAR del Lazio per ottenere l'accertamento dell'obbligo del Presidente della Regione di provvedere all'indizione delle elezioni, garantendone la celebrazione nel termine di novanta giorni dallo scioglimento del Consiglio – fissando quindi le elezioni entro il 28 dicembre – e comunque nella prima data utile successiva a tale termine. Il ricorso era sostanzialmente accolto dal TAR del Lazio, che accertava l'obbligo del Presidente dimissionario di adottare il provvedimento di indizione delle consultazioni elettorali regionali, entro cinque giorni, nominando come commissario *ad acta* – in caso di inadempimento – il Ministro dell'interno o un funzionario dallo stesso delegato³³. Avver-

(31) È il caso, ad esempio, degli Statuti abruzzese (art. 86, comma 3) e lombardo (art. 12, comma 4), secondo i quali, nell'ipotesi di scioglimento anticipato, le elezioni regionali sono "indette" entro tre mesi, nonché della l.r. Puglia 2/2005, art. 5, comma 1; diversamente, la l.r. Marche 27/2004, art. 7, comma 1, precisa che le elezioni "hanno luogo" entro tale termine. Considerando la Regione Toscana, invece, mentre lo Statuto parla di "indizione" delle elezioni entro tre mesi dalla cessazione anticipata degli organi regionali (art. 33, comma 6), la l.r. Toscana 25/2004, art. 4, comma 1, afferma che le elezioni "hanno luogo" entro tre mesi dalla cessazione anticipata. Al riguardo si vedano le considerazioni di A. STERPA, *Le dimissioni*, cit., pp. 19-20, e C. PETRILLO, *Il "Presidente della Regione": poteri e limiti*, in *Diritto e società*, 4, 2011, p. 613 ss.

(32) Così la già citata Corte cost., sent. 196/2003, pt. 9 cons. dir.

(33) Cfr. TAR Lazio-Roma, sez. II-*bis*, sent. 9280/2012. È opportuno sottolineare che sia nel ricorso del Movimento difesa del cittadino sia nella sentenza del giudice amministrativo si fa riferimento anche alla citata sent. 196/2003 della Corte costituzionale.

so tale decisione la Polverini presentava ricorso al Consiglio di Stato, che, però, lo rigettava³⁴. Dunque, d'intesa con il Ministro dell'interno, Annamaria Cancellieri, il Presidente dimissionario fissava le nuove elezioni per i giorni 10 e 11 febbraio 2013³⁵. Il decreto di indizione delle elezioni veniva impugnato dal Movimento difesa del cittadino dinanzi al TAR del Lazio, che ne dichiarava l'illegittimità, individuando la corretta data delle elezioni nei giorni 3 e 4 febbraio 2013³⁶. Di conseguenza, il prefetto di Roma Giuseppe Pecoraro, nella veste di commissario *ad acta*, emanava il relativo decreto³⁷. Tuttavia, la vicenda si complicava ulteriormente, perché, a causa delle dimissioni del governo Monti e dell'indizione delle elezioni politiche, il 13 dicembre il Movimento difesa del cittadino, per evitare che si votasse due volte in poche settimane, rinunciava agli effetti della decisione del giudice amministrativo, consentendo così alla Polverini di emanare un nuovo decreto che fissava le elezioni regionali per il 24 e 25 febbraio 2013³⁸, cioè i medesimi giorni delle elezioni politiche.

Il lungo periodo di *prorogatio* degli organi di governo della Regione compreso tra le dimissioni della Polverini e l'insediamento dei nuovi organi richiede di svolgere un'ulteriore osservazione. Nel periodo di *prorogatio* gli organi regionali dovrebbero limitarsi al "solo esercizio delle attribuzioni relative ad atti necessari ed urgenti, dovuti o costituzionalmente indifferibili", non essendo genericamente prorogati tutti i poteri degli organi regionali³⁹. Tuttavia, in un arco temporale tanto

(34) Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 6002/2012.

(35) Cfr. il decreto presidenziale del 1° dicembre 2012, n. T00411.

(36) Cfr. TAR Lazio-Roma, sez. II-*bis*, decreto presidenziale 4388/2012.

(37) Cfr. il decreto del commissario *ad acta* del 7 dicembre 2012.

(38) Cfr. il decreto presidenziale del 22 dicembre 2012, n. T00420.

(39) Così Corte cost., sent. 68/2010, pt. 4.3 cons. dir., sulla quale si veda D. PICCIONE, *I "limiti immanenti" della prorogatio dei poteri dei Consigli regionali e la (in)certezza della prassi parlamentare*, in *Giur. cost.*, 1, 2010, p. 791 ss.; E. DI SALVATORE, *Il Consiglio regionale abruzzese in regime di prorogatio*, *ivi*, p. 794 ss.; G. FERRAIUOLO, *La corte costituzionale torna sul tema della prorogatio degli organi politici regionali. Considerazioni a margine della sent. n. 68 del 2010*, in *Forumcostituzionale.it*; D. BALDAZZI, *L'annullamento di leggi regionali adottate in regime di prorogatio: un coerente approdo della giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 24 marzo 2010, p. 1 ss., e, sia consentito, D.

esteso quanto quello intercorso tra la fine della IX legislatura laziale e l'inizio della X, appare quasi inevitabile che il numero di provvedimenti assunti sia considerevole. Infatti, nel periodo indicato, nel Lazio erano approvate due leggi e sei regolamenti regionali, ma anche oltre duecento deliberazioni della Giunta regionale e più di cento decreti del Presidente della Giunta. Tali dati fanno emergere il ruolo preponderante dell'Esecutivo regionale nella gestione di un (eccessivamente) lungo periodo di *prorogatio*, con un'Assemblea che, presumibilmente, non è stata in grado di esercitare le proprie funzioni di indirizzo e controllo. Se, oltre al dato meramente quantitativo, si considera anche l'oggetto dei provvedimenti assunti in tale periodo, la valutazione non può che essere ulteriormente critica, perché, mentre in taluni casi i provvedimenti approvati appaiono pressoché improrogabili⁴⁰, in altri le relative decisioni potevano – o dovevano – essere rinviate alla nuova legislatura⁴¹. Ciò evidenzia una distorsione del concetto di ordinaria amministrazione al quale dovrebbero attenersi gli organi in regime di *prorogatio*, poiché – complice la lunghezza del periodo di *prorogatio* – gli organi di governo della Regione paiono aver operato senza quella limitazione dei propri poteri che è connaturale a tale regime⁴².

3.2. *Segue: nella Regione Lombardia*

In Lombardia la IX legislatura regionale si chiudeva con l'autoscioglimento dell'Assemblea regionale, sollecitato dallo stesso Presidente Formigoni. Quest'ultimo, pur rimasto in carica per gestire la transizione alla nuova legislatura regionale, diversamente dalla Polverini, non doveva occuparsi di decidere la data delle nuove elezioni. Infatti, poiché lo Statuto della Regione Lombardia si limita a prevedere che, “[i]n caso di scioglimento anticipato, le elezioni sono indette entro tre

CODUTI, *La prorogatio dei Consigli regionali: l'armonia con la Costituzione tra uniformità e omogeneità*, in www.issirfa.cnr.it, 2011.

(40) È il caso, ad esempio, della l.r. 15/2012 in tema di esercizio provvisorio del bilancio.

(41) Si pensi, ad esempio, ai numerosi decreti di nomina del Presidente della Giunta.

(42) Cfr. ancora Corte cost., sent. 68/2010, pt. 4.3 cons. dir.

mesi, secondo quanto stabilito dalla legge elettorale” (art. 12, comma 4), e la l.r. 17/2012 non prevede alcunché al riguardo, resta applicabile la disciplina statale. Ai sensi dell’art. 10, comma 2, lett. *f*) della legge 131/2003, dunque, il prefetto, che in ogni Regione a Statuto ordinario svolge le funzioni di rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle autonomie, cura “l’indizione delle elezioni regionali e la determinazione dei seggi consiliari e l’assegnazione di essi alle singole circoscrizioni, nonché l’adozione dei provvedimenti connessi o conseguenti, fino alla data di entrata in vigore di diversa previsione contenuta negli statuti e nelle leggi regionali”. Sicché, l’allora prefetto di Milano, Gian Valerio Lombardi, provvedeva ad emanare il decreto di indizione delle elezioni regionali per il 24 e 25 febbraio 2013, in concomitanza con le elezioni politiche⁴³.

Anche per la Lombardia possono svolgersi alcune osservazioni critiche sui provvedimenti assunti in regime di *prorogatio*. Nel periodo compreso tra l’autoscioglimento del Consiglio regionale nella IX legislatura e l’insediamento dei nuovi organi regionali nella legislatura successiva, infatti, erano approvate tre leggi regionali, un solo regolamento regionale, circa cento deliberazioni della Giunta regionale e circa trenta decreti del Presidente della Giunta. In Lombardia, dunque, il numero di atti approvati è significativamente inferiore a quello laziale ma, se si considera l’oggetto di tali atti, non sembra che il regime di *prorogatio* abbia indotto gli organi di governo della Regione Lombardia ad assumere i soli provvedimenti necessari o urgenti⁴⁴.

(43) Cfr. il decreto del 27 dicembre 2012, n. 47449. Analogamente, in Molise – dove, come si è già detto, non sono ancora in vigore né il nuovo Statuto né la legge elettorale regionale – provvedeva il prefetto di Campobasso, Francescopaolo Di Menna, con decreto 27 dicembre 2012, n. 56527.

(44) Anche per la Lombardia si potrebbero richiamare, ad esempio, i numerosi decreti di nomina approvati dal Presidente della Giunta.

Appare più clamoroso quanto accaduto in Molise. Infatti, nonostante l’annullamento delle elezioni regionali del 2011, il Consiglio regionale molisano – pur in difetto di un valido titolo di investitura – esercitava addirittura il potere di revisione statutaria, modificando il testo statutario approvato nel 2011, già pubblicato ma non ancora entrato in vigore: cfr. le deliberazioni 19 ottobre 2012, n. 213 e 20 dicembre 2012, n. 258.

4.1. Le nuove elezioni e la determinazione del numero di consiglieri regionali: nella Regione Lazio

Come si è già visto, dopo la riforma del Titolo V, nelle Regioni ordinarie che hanno approvato un nuovo Statuto, la disciplina elettorale e quella inerente alle ineleggibilità ed incompatibilità rientrano nella potestà legislativa regionale, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica ai sensi dell'art. 122 Cost. La Regione Lazio ha provveduto al riguardo con la l.r. 2/2005, che non introduce una nuova ed organica disciplina elettorale ma integra quella statale dettata dalla legge 108/1968 come modificata dalla legge 43/1995 (entrambe richiamate dall'art. 5 della legge cost. 1/1999)⁴⁵. Si tratta di un sistema elettorale misto, sulla scorta del quale, dei 70 consiglieri regionali previsti dallo Statuto, 56 dovrebbero essere eletti sulla base di liste circoscrizionali concorrenti e 14 con sistema maggioritario, insieme con il Presidente della Regione, sulla base di liste regionali. Tali previsioni, tuttavia, pongono un problema molto rilevante. Infatti, con una serie di successivi interventi normativi⁴⁶, lo Stato ha previ-

(45) Si tratta di una tecnica normativa utilizzata anche da altre Regioni: si pensi, ad esempio, alla l.r. Calabria 1/2005, composta di un solo articolo e poi sostituita dalla l.r. 4/2010, oppure alla l.r. Puglia 2/2005, la cui interdipendenza con la legge 108/1968 ha dato luogo a dubbi sul numero di consiglieri regionali da eleggere, poi risolti dalla Corte costituzionale con la sent. 188/2011. Quest'ultima sentenza, peraltro, richiama la più volte citata sent. 196/2003, nella quale la Consulta, pur ritenendo non illegittima la decisione di talune Regioni di ricorrere ad una normativa elettorale regionale in vario modo "combinata" con quella statale, osserva: "Non si può omettere di notare la improprietà di una tecnica legislativa che, operando il "recepimento" e poi la parziale sostituzione delle disposizioni della legge statale [...], dà vita ad una singolare legge regionale, dal testo corrispondente a quello della legge statale, i cui contenuti, peraltro, non risultano sempre legittimamente assumibili dalla legge regionale, in quanto estranei alla sua competenza". Si veda altresì G. TARLI BARBIERI, *La sent. 188/2011 della Corte costituzionale: un altro tassello nella ricostruzione dei rapporti tra Statuto ordinario e legge elettorale regionale*, in *Le Regioni*, 1-2, 2012, p. 281 ss.; G. D'ALESSANDRO, *Statuti e leggi regionali fra gerarchia e competenza*, in *Giur. cost.*, 3, 2011, p. 2449 ss.; A. DANESI, *Il numero di consiglieri regionali nell'ingorgo delle fonti del diritto: i casi delle Regioni Puglia e Lazio*, *ivi*, p. 2562 ss., e F. GABRIELE, *Il numero dei consiglieri regionali tra Statuto e legge elettorale. Spigolature in tema di fonti suggerite da una interessante sentenza della Corte costituzionale (n. 188 del 2011)*, in www.giurcost.it.

(46) Si tratta del d.l. 138/2011, convertito con modificazioni dalla legge 148/2011, e del d.l. 174/2012, convertito con modificazioni dalla legge 213/2012. In proposito si veda

sto la riduzione del numero dei componenti dei Consigli regionali al fine di contenere la spesa pubblica nelle Regioni. In questa sede non è possibile soffermarsi sulla questione della legittimità di tale disciplina statale che interviene in una materia riservata allo Statuto regionale, ma occorre comunque considerare che le disposizioni del d.l. 138/2011 comportano che i consiglieri regionali eleggibili nella Regione Lazio dovrebbero essere 50 anziché i 70 previsti dallo Statuto⁴⁷. Il d.l. 174/2012, inoltre, dispone che, ove non si provveda alle necessarie modificazioni dello Statuto, le elezioni regionali si debbano comunque svolgere con l'elezione del numero di consiglieri previsti dalla normativa statale (art. 2, comma 3).

Di conseguenza, poiché la conclusione anticipata della IX legislatura regionale non consentiva al Consiglio regionale di modificare lo Statuto, la Polverini, con decreto del 1° dicembre 2012, "conformava" le elezioni laziali al d.l. 174/2012, disponendo l'elezione di soli 50 consiglieri: 40 dei quali da eleggere in liste circoscrizionali concorrenti e 10 con sistema maggioritario⁴⁸. Si tratta di un provvedimento a dir poco sorprendente, non solo perché la competenza a determinare il nume-

Corte cost., sent. 198/2012, nonché S. MANGIAMELI, *La composizione dei Consigli regionali nelle mani del governo*, in *Giur. cost.*, 4, 2012, p. 2869 ss.; M. OLIVETTI, *Il colpo di grazia. L'autonomia statutaria delle Regioni ordinarie dopo la sentenza n. 198/2012*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, pp. 1 ss.; L. MACCARONE, *Sui costi della politica la Corte costituzionale marca la distinzione tra Regioni ordinarie e Regioni speciali. Riflessioni a margine di Corte cost. 20 luglio 2012, n. 198*, in *Federalismi.it*, 19, 2012, p. 1 ss.; G. FERRAIUOLO, *Il numero di consiglieri regionali tra Statuto, legge regionale e decreto legge. Spunti per qualche riflessione sulle sorti del regionalismo italiano*, *ivi*, 8, 2013, p. 1 ss.; A. DANESI, *Una fonte statale può determinare il numero di consiglieri regionali? Note a margine di una criticabile sentenza della Corte costituzionale (n. 198/2012)*, *ivi*, p. 1 ss., e, sia consentito, D. CODUTI, *Mancata riduzione del numero di consiglieri regionali e scioglimento sanzionatorio. Un caso di erosione dell'autonomia delle Regioni*, *ivi*, 14, 2013, pp. 1 ss.

(47) Cfr. il d.l. 138/2011, art. 14, comma 1, lett. a) e l'art. 19, comma 1, dello Statuto Lazio.

(48) Cfr. il decreto presidenziale del 1° dicembre 2012, n. T00412. Tale decreto veniva impugnato dinanzi al TAR del Lazio, che, dapprima respingeva la domanda cautelare di sospensione dell'efficacia del decreto (TAR Lazio-Roma, sez. II-bis, ord. 168/2013) e successivamente dichiarava il ricorso inammissibile (TAR Lazio-Roma, sez. II-bis, sent. 4128/2013).

ro di consiglieri regionali è rimessa allo Statuto regionale⁴⁹, ma anche perché, così facendo, il Presidente dell'Esecutivo regionale acquisisce il potere di determinare il numero di componenti dell'Assemblea legislativa regionale, sebbene nel rispetto dei criteri contenuti nella legge dello Stato.

Ciononostante, il Consiglio regionale insediatosi dopo le elezioni approvava la l.r. 1/2013⁵⁰, di modifica della legge elettorale regionale, confermando la riduzione del numero di consiglieri regionali da 70 a 50. Ma anche la legge regionale del 2013 appare di dubbia legittimità. Infatti, poiché la competenza a definire il numero di membri dell'Assemblea regionale dovrebbe spettare allo Statuto regionale – salvo che quest'ultimo non ne indichi solo il limite massimo, rinviando alla legge elettorale regionale per l'individuazione del numero esatto di consiglieri – la legge regionale non avrebbe competenza in materia. Peraltro, appare assai discutibile che la l.r. 1/2013, approvata nella X legislatura, si attribuisca una portata retroattiva, affermando che essa “si applica a decorrere dalle elezioni per la decima legislatura regionale, così come previsto dall'art. 2, comma 3, del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito in legge con modificazione dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213” (art. 2)⁵¹. Invero, i citati provvedimenti

(49) In tal senso si è espressa ripetutamente la Corte costituzionale: cfr. sent. 3/2006, pt. 3 ss. cons. dir., la già citata sent. 188/2011, pt. 4.1 cons. dir., ma anche sent. 4/2010, pt. 2.1 cons. dir.

(50) La citata legge regionale è del 19 aprile 2013.

(51) Diverso il caso della più piccola delle tre Regioni ordinarie tornate alle urne nel 2013. Come più volte ricordato, il Molise non ha ancora un nuovo Statuto, né una nuova legge elettorale, sicché il voto si è svolto sulla scorta della normativa elettorale statale. Tuttavia, il 5 ottobre 2012 il Consiglio regionale approvava una legge regionale (la l.r. 21/2012, “Disposizioni urgenti di adeguamento all'art. 14 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148”) con la quale modificava il numero di consiglieri e di assessori regionali nel senso indicato dal d.l. 138/2011, prevedendo, di conseguenza, che dalle elezioni successive (quelle del 2013, appunto) il numero di consiglieri da eleggere fosse 20 anziché 30. Rinviano alle considerazioni svolte nel testo, è appena il caso di evidenziare che anche tale intervento legislativo appare di dubbia legittimità, posto che la fonte competente a determinare il numero di membri dell'Assemblea regionale è lo Statuto. Forse consapevole di ciò, il Consiglio regionale approvava le già citate (*supra*, nota 44) deliberazioni 213 e 258/2012 con le quali modificava il testo dello Statuto molisano approvato nel

normativi – statali e regionali – paiono muoversi ben oltre la propria competenza, con l'unico scopo di concretizzare una serie di misure volte a ridurre la spesa pubblica regionale, dando così la prevalenza alle necessità economico-finanziarie a discapito delle regole costituzionali⁵². Peraltro, anche in tale vicenda pare riproporsi il problema derivante dall'aver attribuito allo Statuto regionale la competenza nella indeterminata materia "forma di governo regionale" (art. 123 Cost.), salvo attribuirne taluni aspetti fondamentali ad altre fonti (in particolare, alle leggi regionali e statali quanto al sistema elettorale e alle cause di ineleggibilità e incompatibilità: art. 122 Cost.).

Tornando alla l.r. 2/2005, appare interessante sottolineare che essa preveda, tra l'altro, l'ineleggibilità a Presidente della Regione dei Presidenti delle Province del Lazio e che tale causa di ineleggibilità non abbia effetto se gli interessati cessano dalla carica per dimissioni non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature (art. 7). Tale disposizione merita di essere posta in rilievo perché il candidato alla presidenza della Regione per lo schieramento politico di centro-sinistra era l'ex Presidente della Provincia di Roma, Nicola Zingaretti. Sicché, al fine di candidarsi alle elezioni regionali, quest'ultimo presentava le proprie dimissioni dalla presidenza della Provincia già in occasione del primo decreto di indizione delle elezioni regionali emanato dalla Polverini.

A contendere la poltrona di Presidente della Regione al candidato del centro-sinistra si proponeva innanzitutto il candidato dello schieramento di centro-destra Francesco Storace, già Presidente della Regione tra il 2000 e il 2005. La Polverini, infatti, non si candidava nuovamente alla guida della Regione, bensì alla Camera dei deputati,

2011, riducendo il numero di consiglieri regionali da 30 a 20; anche il testo statutario così modificato, tuttavia, non è – al momento in cui si scrive – entrato in vigore.

Sulle elezioni molisane appare utile rinviare all'analisi svolta da G.M. DI NIRO, *Le elezioni regionali 2013 in Molise*, in *Federalismi.it*, 5, 2013, p. 1 ss.

Quanto alle Regioni a Statuto speciale, si consideri che il numero di membri delle Assemblee legislative di Friuli-Venezia Giulia, Sicilia e Sardegna è stato ridotto rispettivamente con le leggi cost. 1, 2 e 3/2013.

(52) Ma si veda anche *infra*, par. 5.

dove veniva eletta tra le file del Pdl. Lo schieramento di centro che aveva come riferimento politico l'allora Presidente del Consiglio dei ministri Mario Monti, invece, candidava l'esponente di Futuro e libertà e parlamentare uscente Giulia Bongiorno (con una lista denominata Bongiorno Presidente). Tra i numerosi altri candidati alla presidenza della Regione⁵³, deve essere sottolineata la candidatura di Davide Barillari del Movimento 5 stelle, considerato che questo movimento, particolarmente critico nei confronti degli sprechi della classe politica (nazionale e locale), conseguiva risultati importanti sia alle elezioni regionali sia a quelle politiche.

Le elezioni erano vinte dal candidato del centro-sinistra Zingaretti (40,65%), seguito da Storace (29,32%), Barillari (20,22%) e Bongiorno (4,73%). Guardando alla composizione della nuova Assemblea regionale, il centro-sinistra otteneva 28 seggi, il centro-destra 13, il Movimento 5 Stelle 7 e la lista Bongiorno Presidente 2⁵⁴.

Con riferimento ai voti espressi, merita di essere evidenziato il dato relativo all'affluenza alle urne, in netto aumento rispetto alle elezioni regionali del 2010 (71,95% contro 60,89%) nonostante la conclusione anticipata della legislatura regionale sia stata determinata dalle inchieste della magistratura; ma la spiegazione di tale dato è probabilmente rinvenibile nella coincidenza delle elezioni regionali con quelle politiche⁵⁵.

4.2. Segue: nella Regione Lombardia

Come si è visto, la Regione Lombardia ha approvato il proprio sistema elettorale con la l.r. 17/2012 nell'ultimo giorno di attività del Consiglio regionale nella IX legislatura. Analogamente a quella laziale, anche la legge elettorale lombarda – composta di un solo articolo e di ben 42

(53) ... per le liste Amnistia Giustizia Libertà, Rivoluzione civile, Fare per fermare il declino, Fiamma tricolore, Forza nuova, Rete dei cittadini, Casapound e Partito comunista dei Lavoratori.

(54) Il risultato elettorale nella Regione Lazio è analizzato da A. LUCIANI, *Analisi dei risultati delle elezioni regionali nel Lazio*, in *Federalismi.it*, 5, 2013, p. 1 ss.

(55) Infatti, il dato sull'affluenza alle elezioni regionali si avvicina a quello delle elezioni politiche del 2013: 75,19% alla Camera; 75,11% al Senato.

commi – rinvia in più punti alla legge 108/1968, fornendo un ulteriore esempio di come le Regioni abbiano male utilizzato la propria competenza in materia. A differenza di quanto accaduto in Lazio, peraltro, in Lombardia non si è posto il problema di modificare il numero dei consiglieri regionali, perché il numero dei membri dell'Assemblea regionale previsto dal vigente Statuto regionale (80)⁵⁶ rientra nei limiti indicati dal d.l. 138/2011, art. 14, comma 1, lett. *a*). La legge elettorale regionale, dunque, ha potuto continuare a prevedere l'elezione di 80 consiglieri⁵⁷, “eletti con criterio proporzionale sulla base di liste circoscrizionali concorrenti, con applicazione di un premio di maggioranza”⁵⁸.

Un aspetto da porre in evidenza, con riferimento alla disciplina elettorale lombarda, è il recepimento nella legge elettorale del divieto di ricoprire più di due mandati consecutivi previsto dalla legge 165/2004 (art. 1, comma 10, della legge 17/2012). Si tratta di una previsione inevitabile dato il tenore della legge del 2004, che segna anche un importante elemento di discontinuità dopo i 17 anni che hanno visto Roberto Formigoni alla guida della Regione.

Anche in Lombardia, il Presidente uscente non si candidava nuovamente alla guida della Regione (né – alla luce delle decisioni della magistratura di merito richiamate in precedenza – ciò pareva possibile), bensì al Senato della Repubblica, dove era eletto per il Pdl. Lo schieramento di centro-destra, dunque, candidava alla presidenza della Regione il segretario della Lega nord, Roberto Maroni; il suo principale antagonista era il candidato del centro-sinistra Umberto Ambrosoli, mentre gli altri candidati presidenti erano Silvana Carcano del Movimento 5 stelle, l'ex sindaco di Milano Gabriele Albertini con la lista Lombardia civica e l'Udc, nonché Carlo Maria Pinardi di Fare per fermare il declino.

Le elezioni erano vinte dal candidato del centro-destra Maroni con il 42,81% dei voti, seguito da quello del centro-sinistra Ambrosoli

(56) Cfr. l'art. 12, comma 1, dello Statuto Lombardia.

(57) Così la l.r. Lombardia 17/2012, art. 1, comma 2.

(58) Così la l.r. Lombardia 17/2012, art. 5.

(38,24%), da Silvana Carcano (13,62%), Gabriele Albertini (4,12%) e Carlo Maria Pinaridi (1,18%). Considerando i seggi, la coalizione di centro-destra otteneva 49 seggi, quella di centro-sinistra 22 e il Movimento 5 stelle 9⁵⁹.

Anche in Lombardia l'affluenza alle urne era superiore a quella registrata nel 2010 (76,73% contro 64,63%): come si è già osservato con riferimento alle elezioni laziali⁶⁰, si tratta di un incremento presumibilmente derivante dalla concomitanza con le elezioni politiche.

5. *Considerazioni conclusive*

Valutando complessivamente le due vicende esaminate, uno degli aspetti da sottolineare è quello del legame tra gli accadimenti politici regionali e quelli nazionali. Appare evidente, infatti, la presenza di alcuni elementi di connessione politica tra i due livelli territoriali, derivante, da un lato, dall'assenza di partiti politici di rilievo esclusivamente regionale, dall'altro, dall'importanza che (almeno alcuni tra) i Presidenti delle Regioni assumono anche nella politica nazionale. Quanto al primo aspetto, occorre evidenziare che, poiché le forze politiche che si alternano alla guida delle Regioni sono essenzialmente le stesse che si contendono il governo del paese⁶¹, le dinamiche politiche nazionali possono incidere sulla tenuta delle maggioranze consiliari (si pensi al rapporto conflittuale tra Formigoni e la Lega nord quando il Pdl faceva parte della maggioranza parlamentare che sosteneva il governo Monti mentre la Lega nord era all'opposizione) o su talune scelte di politica regionale (si pensi al ritardo della Polverini nell'individuare la data delle elezioni nel Lazio).

Relativamente al secondo aspetto, sembra chiaro che l'importanza e la visibilità assunta dai Presidenti delle Regioni (soprattutto di quelle economicamente e politicamente più rilevanti) ne abbiano fatto degli attori politici di rilievo nazionale, le cui vicende politiche a livello

(59) Le elezioni lombarde sono analizzate da F. VERRASTRO, *Regione Lombardia – I risultati elettorali*, in *Federalismi.it*, 5, 2013, pp. 1 ss.

(60) *Supra*, par. 4.1.

(61) Rappresentano delle eccezioni i casi della Valle d'Aosta e della Provincia autonoma di Bolzano.

regionale si incrociano con quelle dei partiti nazionali di riferimento (non a caso sia la Polverini sia Formigoni sono stati candidati ed eletti in Parlamento nel 2013, insieme a numerosi consiglieri regionali, non solo laziali e lombardi).

Quest'ultima valutazione conduce alla seconda serie di considerazioni che pare emergere dalle vicende ricostruite nelle pagine precedenti: quella che riguarda più propriamente i Presidenti delle Giunte regionali. Infatti, se, dopo la riforma del Titolo V, il ruolo dei "governatori"⁶² è chiaramente divenuto centrale nella forma di governo regionale⁶³, le crisi politiche consumatesi nel 2012 in Lazio e Lombardia non fanno che confermare tale centralità. Invero, sebbene la fine anticipata delle rispettive legislature regionali sia stata in qualche modo causata dalle inchieste giudiziarie, la decisione e le modalità con le quali definire la crisi dei rispettivi governi regionali sono state determinate dai due ex Presidenti.

Nel Lazio, la Polverini ha probabilmente anticipato ogni decisione dei gruppi consiliari dimettendosi pur senza essere coinvolta direttamente nelle inchieste della magistratura e annunciando le sue dimissioni in una conferenza stampa anziché in Consiglio regionale, così da rimarcare la differenza tra la correttezza del suo Esecutivo e la posizione di un'Assemblea regionale composta in gran parte di consiglieri indagati. La decisione di Renata Polverini non solo ha determinato lo scioglimento anticipato del Consiglio regionale in virtù del principio *aut simul stabunt aut simul cadent*, ma ha altresì confermato quel collegamento diretto che si instaura tra Presidente della Regione e collettività regionale con l'elezione diretta e che permane anche durante il mandato, quantomeno da un punto di vista mediatico e del consenso politico. Con la sua decisione, infatti, l'ex Presidente della Regione Lazio ha forse voluto dare una risposta soprattutto all'indignazione dell'opinione pubblica per i fatti emersi attraverso le in-

(62) Sull'utilizzo di questo "titolo" si vedano le considerazioni di R. BIN, *Il ruggito del Governatore*, in *Le Regioni*, 3-4, 2000, pp. 467 ss.

(63) N. VICECONTE, *La forma*, cit., p. 122, infatti, definisce il Presidente della Giunta "l'unico artefice dei destini delle Regioni"; più cauta appare la valutazione di N. MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare*, Milano, Giuffrè, 2010, part. p. 230.

chieste giudiziarie, anziché alle esigenze politiche dello schieramento partitico che la sosteneva.

La rilevanza del ruolo del Presidente della Regione pare evidente anche nella crisi di governo lombarda, nonostante le rilevanti differenze emerse rispetto a quanto accaduto nel Lazio. Come si è visto, la IX legislatura lombarda è stata caratterizzata da numerose inchieste giudiziarie, che hanno coinvolto anche lo stesso Presidente della Giunta. La conclusione anticipata della legislatura regionale, inoltre, ha rappresentato per certi versi l'inizio di un cambiamento che potrebbe definirsi epocale per la Lombardia, considerati i quattro mandati consecutivi e i 17 anni alla guida della Regione da parte di Roberto Formigoni⁶⁴. Tuttavia, anche in Lombardia il Presidente della Giunta ha avuto la forza politica di determinare le modalità della crisi. Come si è visto⁶⁵, infatti, le sue dimissioni avrebbero comportato che la transizione alla nuova legislatura regionale sarebbe stata gestita dal vicepresidente della Giunta, sicché l'ex Presidente Formigoni, anziché dimettersi, ha ottenuto – previa approvazione della legge elettorale regionale – l'autoscioglimento del Consiglio regionale. Si tratta di una circostanza che non va sottovalutata. Infatti, se l'istituto dell'autoscioglimento previsto dall'art. 126, comma 3, Cost. dovrebbe rappresentare uno strumento attraverso il quale l'Assemblea regionale (o, meglio, la sua maggioranza) può decidere il momento più favorevole per tornare alle urne, oppure determinare la rimozione del Presidente della Regione ma senza doverlo sfiduciare (differenza non irrilevante per le dinamiche interne alle coalizioni politiche), sebbene a costo del ritorno anticipato alle urne, la vicenda lombarda ne mostra un utilizzo diverso. L'autoscioglimento dell'Assemblea regionale lombarda nella IX legislatura, infatti, è voluto dallo stesso Presidente regionale, al fine di rimanere in carica per l'ordinaria amministrazione sino all'insedia-

(64) Come osserva M. RUBECCHI, *La forma di governo regionale fra regole e decisioni*, Roma, Aracne, 2010, p. 320, infatti, l'entrata in vigore del limite del numero di mandati consecutivi nelle Regioni ordinarie dovrebbe ridurre “nel tempo la concentrazione dei poteri provocata dall'elezione diretta, aprendo scenari nuovi per interventi di riequilibrio più mirati e ponderati”.

(65) Cfr. *supra*, par. 2.2.

mento dei nuovi organi regionali. Se questa ricostruzione è corretta, il preponderante ruolo dei “governatori” nella forma di governo regionale viene ulteriormente confermato, perché – anche grazie all’apoggio della maggioranza consiliare – vengono eluse le previsioni dello Statuto regionale per favorire il vertice dell’Esecutivo regionale. La disposizione statutaria secondo la quale, in caso di dimissioni del Presidente della Giunta, la transizione alla nuova legislatura regionale è gestita dal vicepresidente, rappresenta infatti una – seppur minima – forma di contenimento del potere del “governatore” di esercitare pressioni sul Consiglio regionale minacciando le sue dimissioni e, di conseguenza, lo scioglimento anticipato del Consiglio stesso. L’auto-scioglimento dell’Assemblea regionale, invece, ha consentito a Formigoni di rimanere in carica per l’ordinaria amministrazione, privando così di efficacia l’art. 30, comma 1, lett. c) dello Statuto lombardo.

Un’ulteriore questione sulla quale occorre soffermarsi è quella relativa alla fissazione della data delle nuove elezioni. Come si è visto nelle pagine che precedono⁶⁶, mentre in Lombardia l’individuazione di tale data non ha sollevato particolari problemi, la medesima esigenza nel Lazio è stata foriera di contrasti. Le ragioni di tale differenza non sono difficili da individuare: in assenza di previsioni *ad hoc* nella disciplina elettorale e statutaria lombarda, il compito di indire le nuove elezioni continua a rimanere in capo al prefetto, mentre la normativa laziale attribuisce tale compito al Presidente della Giunta regionale. È evidente che, nel secondo caso, la scelta della data delle elezioni possa divenire una decisione politica, volta ad individuare una data ritenuta più favorevole per uno schieramento politico oppure semplicemente a ritardare lo svolgimento delle nuove elezioni, anche se lo Statuto regionale potrebbe dettare regole più stringenti, limitando i margini di manovra del Presidente della Regione. D’altro canto, anche laddove quest’ultimo operasse una scelta non partigiana, le forze politiche di opposizione potrebbero comunque criticare la sua decisione pretestuosamente, al solo fine di utilizzarla polemicamente in campagna elettorale. Pur prestandosi ad un utilizzo opportunistico, la scelta di

(66) Cfr. *supra*, parr. 3.1 e 3.2.

attribuire al Presidente della Regione il compito di indire le nuove elezioni e di individuarne la data, rientra senza dubbio tra quelle rimesse legittimamente all'autonomia regionale e rappresenta l'ennesimo elemento di valorizzazione del ruolo del Presidente della Regione. Si tratta di scelte che richiedono un adeguato grado di maturità istituzionale degli attori politici regionali, ma, in caso di errato esercizio di tale autonomia, l'ordinamento non lascia la collettività regionale priva di tutele, come la vicenda laziale parrebbe dimostrare.

Un ultimo aspetto problematico evidenziato dalle due vicende esaminate è rappresentato dall'intricato complesso di fonti normative competenti in materia elettorale e di forma di governo delle Regioni⁶⁷. Infatti, per comprendere quale sia la disciplina applicabile alle elezioni di ogni singola Regione ordinaria può essere necessario fare riferimento alla Costituzione, allo Statuto regionale, alla legge elettorale regionale, alla legge statale di principio (la più volte citata legge 165/2004) e alla disciplina elettorale dettata dallo Stato prima della riforma del Titolo V (legge 108/1968 e successive modificazioni). Tale complesso normativo, già di per sé fin troppo articolato, risulta ulteriormente complicato dai provvedimenti assunti per far fronte alla crisi economica. Si è già visto, infatti, che, a partire dal d.l. 138/2011, lo Stato ha approvato una serie di provvedimenti volti a ridurre la spesa pubblica regionale; si tratta, però, di interventi normativi di dubbia legittimità costituzionale, perché riguardano ambiti la cui competenza sembrerebbe chiaramente rimessa all'autonomia regionale (in particolare, la determinazione del numero dei componenti del Consiglio regionale). Ciò ha prodotto un ulteriore effetto criticabile. In assenza di appropriate riforme dei loro statuti, le Regioni – per evitare l'intervento sanzionatorio statale *ex art. 126*, comma 1, Cost. “minacciato” dal d.l. 174/2012⁶⁸ – possono essere indotte ad adeguarsi alle previ-

(67) Dal quale non è agevole comprendere se “ne derivi un ‘sistema’, per così dire, o un mero ‘insieme’ di difficile, se non impossibile, coordinamento”, come osserva F. GABRIELE, *Elezioni V) Elezioni regionali*, in *Enciclopedia giuridica*, agg., vol. XIII, Roma, Treccani, 2008, p. 4.

(68) Cfr. l'art. 2, comma 5, del d.l. 174/2012.

sioni statali ricorrendo a provvedimenti che, a loro volta, appaiono tutt'altro che legittimi⁶⁹.

La vicenda laziale da questo punto di vista è purtroppo esemplare: poiché la IX legislatura regionale è terminata prima che lo Statuto potesse essere modificato, l'allora Presidente Polverini ha emanato un decreto col quale ha indetto le elezioni per un numero di consiglieri regionali inferiore a quello previsto dallo Statuto e dalla legge elettorale regionale ma conforme a quello indicato dal d.l. 138/2011. Inoltre, il Consiglio regionale insediatosi dopo le elezioni del 2013, anziché provvedere alla modifica dello Statuto, ha ritenuto di dare copertura al citato decreto presidenziale con una successiva legge regionale, di modifica della legge elettorale e dotata di efficacia retroattiva⁷⁰. È ipotizzabile che tale intervento normativo del Consiglio regionale fosse deputato a fungere da legge di sanatoria⁷¹, volta a conferire una definitiva stabilità a rapporti o situazioni giuridiche precarie, in quanto fondate su un atto viziato⁷² (il citato decreto del Presidente della Giunta). Tuttavia, la l.r. 1/2013 è inidonea a fungere da legge di sanatoria, perché – al pari del decreto del Presidente della Regione

(69) Anche se l'atteggiamento delle istituzioni regionali appare a volte paradossale: si consideri, in particolare, che nel settembre 2012 le stesse Regioni – nel corso di un incontro tra alcuni Presidenti di Regione dapprima col Presidente della Repubblica e poi con l'allora sottosegretario alla presidenza del Consiglio, Antonio Catricalà – proponevano al governo Monti di adottare un provvedimento urgente per rendere omogenea la riduzione dei costi della politica, compreso il taglio del numero di consiglieri regionali (cfr. *Le Regioni al governo: misure sui tagli entro la settimana prossima. Formigoni: aboliti oltre 300 consiglieri*, in *Il Sole 24 Ore.it* del 26 settembre 2012). Una proposta del genere da parte delle Regioni denuncia l'incapacità dei propri organi di governo di provvedere autonomamente a fornire risposte alle istanze provenienti dalle collettività regionali e rafforza la pretesa del riconoscimento di un ruolo "tutorio" dello Stato.

(70) Si veda anche quanto già osservato *supra*, par. 4.1.

(71) Si tratterebbe di una delle varie *species* ricomprese nell'unico *genus* rappresentato dalle leggi di sanatoria, come osserva R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 305-306, ma si veda anche p. 295 ss.

(72) Si riprende, al riguardo, ancora R. TARCHI, *Le leggi*, cit., p. 294, che richiama A. AMORTH, *Leggi interpretative e di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, p. 85; secondo quest'ultimo, peraltro, non necessariamente le leggi di sanatoria devono avere effetto retroattivo (p. 84).

– la legge regionale è incompetente a determinare il numero di membri del Consiglio regionale: un atto viziato, dunque, avrebbe cercato di sanare quanto prodotto da un precedente atto viziato. Peraltro, i due organi regionali sembrano aver realizzato un *tandem* normativo formato dal decreto del Presidente della Giunta e dalla successiva legge regionale di ratifica con efficacia retroattiva, che pare configurare una sorta di decreto legge regionale con relativa legge regionale di conversione. Anche questa ipotesi, però, sarebbe inammissibile, sia perché lo Statuto regionale laziale non contempla tale tipologia di fonte sia perché la possibilità di prevedere atti della Giunta regionale con forza di legge – discussa in dottrina soprattutto dopo la riforma del Titolo V – pare chiaramente esclusa dalla Corte costituzionale⁷³. Piuttosto, tale vicenda sembra idonea a dimostrare come il mancato rispetto delle regole costituzionali – pur se dettato da motivazioni condivisibili, quale il contenimento dei costi della politica –, ove non censurato tempestivamente dalla Corte costituzionale⁷⁴, possa produrre un circolo vizioso di violazioni che si scarica dal centro verso la periferia⁷⁵, diventando progressivamente più difficile da contrastare⁷⁶.

(73) Il riferimento è a Corte cost., sent. 361/2010, pt. 5 cons. dir. Su tale questione ci si limita a rinviare all'accurata ricostruzione di P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2012, pp. 144 ss.; sulla citata sentenza si vedano anche i commenti di G. D'ALESSANDRO, *Una "mera parvenza" di legge regionale al giudizio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 6, 2010, p. 5092 ss.; A. CELOTTO, *Postilla in tema di abrogazione "eliminativa"*, *ivi*, p. 5099, e A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, *ivi*, pp. 5100 ss.

(74) Il riferimento è alla già citata – e controvertibile – sent. 198/2012.

(75) ... fenomeno che, peraltro, pare aggravare quell'elemento "di ridimensionamento e di involuzione delle conquiste del regionalismo acquisite" costituito dalla crisi economica di cui parla F. COVINO, *Le autonomie territoriali*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, Jovene, 2012, p. 334.

(76) In proposito, si vedano le considerazioni – venute di amarezza – di G.U. RESCIGNO, *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione e come la Corte ha risposto in modo debole e inadeguato*, in *Giur. cost.*, 4, 2012, part. pp. 2944-2945.

Scioglimento del Consiglio regionale e nuove elezioni: il caso Molise (*)

Michele Della Morte e Bruno De Maria

Abstract

L'articolo analizza la situazione istituzionale e normativa nella Regione Molise all'indomani dello scioglimento del Consiglio regionale. L'indizione di nuove elezioni, agli inizi del 2013, e l'insediamento dei nuovi organi incide, tra le altre cose, sul percorso di adozione del nuovo Statuto. Il differimento della sua entrata in vigore riflette i problemi di attuazione delle riforme costituzionali che hanno interessato il Titolo V della Costituzione. In questo senso il "caso Molise" rappresenta un'occasione per valutare le continue criticità della prefigurata trasformazione regionalista del nostro ordinamento.

1. L'annullamento delle elezioni regionali molisane nel 2011

L'annullamento giurisdizionale delle elezioni regionali del Molise del 2011¹ ha posto nuovamente il corpo elettorale di quella Regione di-

(*) Il lavoro è frutto di una riflessione comune; i paragrafi 1, 5 e 6 sono stati elaborati da Michele Della Morte; i paragrafi 2, 3 e 4 sono stati elaborati da Bruno De Maria.

(1) L'illegittimità e il conseguente annullamento delle elezioni regionali molisane svoltesi in date 16 e 17 ottobre 2011 sono stati dichiarati dal TAR Molise con sentenza 28 maggio 2012, n. 224 che ha riunito e accolto due "azioni popolari", proposte da elettori iscritti nelle liste elettorali della Regione, con cui erano stati impugnati i verbali di proclamazione degli eletti, redatti dagli uffici centrali circoscrizionali delle due Province molisane e dall'Ufficio centrale regionale; i provvedimenti adottati da questi uffici con i quali erano state ammesse alla competizione elettorale cinque liste provinciali collegate al candidato Presidente risultato eletto; il provvedimento di riammissione alla competizione elettorale di un candidato alla carica di consigliere regionale, risultato poi eletto. Con uno dei dure ricorsi, inoltre, era stata anche chiesta, in via del tutto subordinata, la correzione dei risultati elettorali e dei relativi verbali di proclamazione degli eletti. L'appello avverso la decisione del TAR Molise è stato risolto dalla V sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 29 ottobre 2012, n. 5504 che, pur riformando in parte la

nanzi alle conseguenze dell'imperfetto utilizzo, da parte delle formazioni politiche, dei meccanismi interni al procedimento elettorale regionale relativi alla preparazione delle candidature, definiti dalla disciplina statale della materia; disciplina tutt'ora applicabile nell'ordinamento molisano per l'inerzia del legislatore regionale, che non ha ancora fatto uso delle competenze attribuitegli dagli artt. 122 e 123 Cost., nel testo riformulato dalla legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1².

La vicenda di cui si discorre segue l'analogo annullamento delle elezioni degli organi di governo del Molise svolte nell'aprile del 2000, anche allora sancito per opera del giudice amministrativo³.

In quell'occasione le ragioni dell'annullamento non furono significativamente diverse da quelle che hanno fondato le conclusioni cui sono giunte le più recenti decisioni del TAR del Molise e del Consiglio di Stato, che hanno sancito la necessità della rinnovazione dell'intero procedimento elettorale per la formazione degli organi della Regione⁴. Il giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi su vizi del procedimento sollevati con azioni popolari, ha ritenuto sussistenti alcune delle irregolarità denunciate dai ricorrenti, assumendo che le stesse hanno inficiato la legittimità dell'intera consultazione elettorale turbando il regolare esercizio del diritto di voto, al punto da renderne inattendibili i risultati⁵.

risposta del giudice di primo grado, ha confermato l'annullamento delle elezioni svolte e ha così definitivamente posto fine alla legislatura appena iniziata.

(2) È noto che le scelte del legislatore regionale in materia elettorale sono possibili solo a condizione che la Regione si sia preventivamente dotata di uno Statuto approvato secondo quanto stabilito dal novellato art. 123 Cost., e che dunque la forma di governo dell'ente non sia più retta dalla disciplina transitoria fissata nel già richiamato art. 5 della legge cost. 1/1999. Su questi temi cfr. G. TARLI BARBIERI, *La sent. 188/2011 della Corte costituzionale: un altro tassello nella ricostruzione dei rapporti tra Statuto ordinario e legge elettorale regionale*, in *Le Regioni*, 2012, p. 281 ss.

(3) TAR Molise, sent. 7 marzo 2001, n. 58; Consiglio di Stato, sez. V, sent. 18 giugno 2001, n. 3212.

(4) Su questi temi cfr. G. TARLI BARBIERI, *L'annullamento delle elezioni regionali in Molise ed in Abruzzo*, in *Le Regioni*, 2002, p. 269 ss.; E. CANITANO, *Alcune considerazioni sull'annullamento delle elezioni in Molise*, in *Nomos*, 3, 2001, p. 133 ss.

(5) Il TAR Molise, al punto 1.5 delle motivazioni in diritto della sentenza 224/2012, nella

In specie, l'annullamento dell'elezione del Presidente della Giunta regionale che aveva conseguito il maggior numero di voti e che, *nelle more*, aveva assunto la carica ed era nel pieno esercizio del suo mandato elettivo, è stato disposto dal giudice amministrativo come conseguenza di un vizio nell'ammissione di due liste provinciali collegate a quella regionale di cui il candidato stesso era capolista.

Dunque, in conseguenza dei vizi degli atti che hanno ammesso due liste provinciali alla competizione per l'elezione della quota proporzionale dei componenti del Consiglio della Regione, è stata dichiarata l'illegittimità della elezione dell'intero Consiglio e del Presidente eletto a suffragio universale e diretto.

Il caso è di sicuro interesse e si segnalano, in particolare, all'attenzione le motivazioni delle sentenze, nella parte in cui è svolto un percorso logico argomentativo che imputa al meccanismo di collegamento tra liste provinciali e liste regionali, disciplinato dalla legge 43/1995 (art. 1, commi 3, 5 e 8), effetti sino ad ora non presi in considerazione dalle interpretazioni del sistema di elezione delineato da questa legge. Le regole elettorali in questione, come noto, furono introdotte dal legislatore statale per disciplinare le modalità di traduzione dei voti in seggi con riferimento alla sola elezione del Consiglio regionale, e successivamente, per effetto di quanto stabilito dalla normativa transitoria contenuta nell'art. 5 della legge costituzionale 1/1999, sono state applicate anche all'elezione diretta dei Presidenti delle Regioni, nell'ambito della forma di governo regionale "transitoria" prevista direttamente dalla stessa legge di revisione della Costituzione.

2. I fatti: la posizione del TAR

L'annullamento è stato disposto in sede giurisdizionale per due principali ragioni: una lista provinciale, che ha poi conseguito un risultato complessivo pari a circa il 4% dei voti, collegata alla lista regionale

parte in cui conclude l'esame del primo motivo di ricorso, concernente la illegittima ammissione di una lista provinciale che, nella elezione per il Consiglio regionale, aveva ottenuto il risultato complessivo di 7.108 voti, pari al 3,7% del totale, afferma: "a fronte di uno scarto tra i due schieramenti, nella elezione diretta del Presidente della Regione, di appena 948 voti, è palese l'effetto perturbante suscitato dalla illegittima ammissione di una lista collegata al vincitore".

che ha espresso il candidato eletto alla carica di Presidente, è stata presentata con una quantità di firme di poco superiore al minimo richiesto dalla legge e delle quali, a seguito delle verifiche giudiziali, sono risultate valide un numero inferiore di sei unità rispetto alla soglia legislativa⁶; un'altra lista provinciale, che ha avuto un consenso più significativo (circa 6%), è stata ammessa a partecipare alla competizione elettorale sulla scorta di un cospicuo numero di firme di presentatori, raccolte però, come ha potuto accertare il giudice amministrativo, in gran parte su moduli non adeguati⁷.

(6) L'art. 9, comma 2, lett. b) della legge 17 febbraio 1968, n. 108 prevede che le liste provinciali debbano essere presentate da almeno mille elettori e da non più di millecinquecento. Nel caso di specie, la lista che si è accertato essere stata illegittimamente ammessa, era stata presentata con la sottoscrizione di 1.038 elettori, delle quali, tuttavia, a seguito di verifica giudiziale sono risultate valide n. 994, per essere state alcune non autenticate nelle forme prescritte dalla legge, altre apposte da elettori che avevano già sottoscritto la presentazione di altre liste provinciali presentate prima di quella in questione.

Sulla natura tassativa e inderogabile delle previsioni legislative concernenti le modalità di presentazione, quanto al numero delle sottoscrizioni necessarie e alla loro necessaria autenticazione, la giurisprudenza è univocamente orientata. Tra le più recenti pronunce del Consiglio di Stato cfr.: sez. V, 11 febbraio 2013, n. 779; 8 maggio 2013, n. 2499; 8 maggio 2013, n. 2500; 11 maggio 2013, n. 2574.

(7) La lista era stata presentata da 1.364 elettori, dei quali 803 avevano apposto la loro firma su moduli che il giudice ha ritenuto non conformi a quanto prescritto dall'art. 9, comma 3, della legge 108/1968, secondo il quale "la firma degli elettori deve avvenire su apposito modulo recante il contrassegno di lista, il nome e cognome, il luogo e la data di nascita dei candidati, nonché il nome, cognome, luogo e data di nascita del sottoscrittore e deve essere autenticata". In particolare il TAR ha ritenuto di accogliere le censure dei ricorrenti, che avevano sostenuto che le firme erano state raccolte su fogli originariamente separati, non recanti il contrassegno di lista né le generalità dei candidati, e solo successivamente assemblati in un unico documento, il cui solo frontespizio, privo di sottoscrizioni, conteneva gli elementi prescritti dalla citata disposizione di legge. Va segnalato che, sullo specifico punto, la Prefettura di Campobasso, delegata dal TAR al compimento delle verifiche istruttorie disposte in corso di giudizio, aveva concluso la sua attività istruttoria ritenendo computabili le firme contestate ai fini della presentazione della lista, pur precisando che su tutti gli elenchi esaminati sono rinvenibili fori di spillature pregresse. Per il TAR Molise, invece, dalle verifiche compiute non sono emersi elementi incontrovertibili in ordine alla presenza sui fogli firmati, o su altro foglio già unito ad essi al momento delle sottoscrizioni, del simbolo della lista e dell'elenco dei candidati. Ciò ha fatto ritenere al giudice che non vi fosse prova del fatto che gli elettori che avevano sottoscritto la presentazione della lista fossero coscienti e consapevoli della lista e dei candidati alla cui presentazione stavano partecipando.

In entrambi i casi, dunque, benché il numero dei sottoscrittori fosse apparentemente superiore al minimo richiesto dalla legge, è stato necessario, per ciascuna di queste liste provinciali, sottrarre dal computo complessivo delle firme di presentazione quelle apposte in modo irregolare, e ciò ha fatto venire meno il requisito per la loro ammissione al procedimento elettorale.

Secondo quanto stabilito dai giudici amministrativi in entrambe le pronunce, l'illegittima partecipazione alla competizione elettorale di queste due liste provinciali, siccome collegate al Presidente eletto, avrebbe consentito l'attribuzione in favore di quest'ultimo di un numero di voti di cui non avrebbe dovuto tenersi conto in fase di scrutinio; numero, peraltro, ampiamente superiore alla differenza di voti tra il candidato eletto alla carica di Presidente della Regione e il primo dei non eletti.

L'argomento decisivo è ancorato a quanto previsto dall'art. 2 della legge 43/1995, che disciplina le modalità di voto e stabilisce che si riflettono in favore anche della lista regionale collegata – e, dunque, nell'attualità, del candidato alla carica di Presidente – i voti espressi per la lista provinciale, o per un suo candidato, nel caso in cui l'elettore non abbia esercitato la facoltà del voto disgiunto.

Il giudice registra “una presunzione legale di influenza del voto dato alle liste provinciali in favore della lista regionale ad esse collegata e del candidato da questa espresso”; “quindi, in virtù del collegamento politico al momento della presentazione delle liste, al momento del voto si presume – salvo espresso voto contrario dell'elettore (che può indicare il candidato Presidente di una lista regionale non collegata a quella provinciale votata) – che la scelta della lista provinciale determini analoga volontà in favore della lista regionale collegata. Questa presunzione legale trova riscontro in un dato di esperienza, atteso che appare evidente che la gran parte degli elettori sceglierà la lista regionale apparentata politicamente con quella provinciale prescelta, condividendone i programmi e gli ideali”⁸.

È questo il fulcro del ragionamento che porta il TAR Molise a ritenere

(8) TAR Molise, sent. 58/2012 cit., punto 1.5 delle motivazioni in diritto.

irrimediabilmente inficiato l'intero esito delle elezioni per effetto della partecipazione delle due liste provinciali che non avrebbero dovuto essere ammesse e a sancirne l'annullamento.

3. *La posizione del Consiglio di Stato*

Il Consiglio di Stato ha confermato gli argomenti e le conclusioni del TAR Molise, sostenendo, in primo luogo, che quella "sorta di presunzione legale", desumibile dall'art. 2 della legge 43/1995, costituisce "una ragione di ricaduta dell'illegittima partecipazione al voto della singola lista provinciale sul voto per il Presidente"; e inoltre che "l'influenza che trae origine dal collegamento politico tra le liste si esercita, ancor prima, sulla formazione della volontà dell'elettore, quali che siano, poi, in pratica, le modalità in cui il suo voto individuale si manifesterà (solo per la lista provinciale, o anche per il relativo candidato Presidente)"⁹.

"Sembra indubbio, infatti, che, in concreto, per una certa frazione (pur di impossibile identificazione) dei voti che sono stati espressi, in forma congiunta, per una delle due liste illegittimamente ammesse e per il Presidente risultato eletto, il voto in favore del Presidente sia stato solo un voto indotto, espresso, cioè, per il fatto che tale candidato era espressione di una coalizione di forze politiche, la partecipazione tra le quali della lista votata era per l'elettore motivo determinante"¹⁰. Questa è la ragione che ha portato il Consiglio di Stato a ritenere condivisibile la scelta del giudice di primo grado di non procedere, in via istruttoria, a una verifica delle schede recanti il voto in favore delle liste provinciali che non avrebbero potuto essere ammesse, per accertare quali di queste recassero espressamente il voto in favore del Presidente eletto, ovvero il voto per un candidato Presidente diverso da quello cui la lista provinciale era collegata.

(9) In via generale, sulla nozione di voti validi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, cfr. T.E. FROSINI, *Governare è meglio che rappresentare?*, in *Rass. parl.*, 1, 2012, p. 7 ss.

(10) Consiglio di Stato, sez. V, sent. 5504/2012 cit., punto 12b delle motivazioni in diritto.

Si tratta, tuttavia, di una scelta non completamente condivisibile, fondata su argomenti che si possono senz'altro considerare metagiuridici¹¹, e che assumono come vero un fattore che attiene alla sfera "psicologica" degli elettori, sostenibile solo in chiave di mera ipotesi. Il giudice, infatti, non sembra dare alcun rilievo al fatto che l'elettore avrebbe potuto orientare le sue scelte di voto per la elezione del vertice dell'esecutivo regionale in nome delle sue convinzioni politiche, delle sue relazioni sociali, degli interessi di cui è portatore, delle convinzioni culturali o ideologiche che lo contraddistinguono, della persuasione sulla capacità amministrativa dei candidati, o su qualunque altro elemento, ritenendo, viceversa, determinante a tali fini il raccordo formale tra il candidato alla Presidenza e le liste che hanno illegittimamente partecipato alla competizione elettorale.

Insomma, il meccanismo dei raccordi che la legge 43/1995 ha costruito per consentire l'elezione, con criterio maggioritario, di una quota di consiglieri regionali (pari a un quinto dei consiglieri assegnati), trasformato dalla legge cost. 1/1999, senza adattamento alcuno, come detto, in disciplina transitoria dell'elezione del Presidente della Regione, diviene, nella lettura offertane dal giudice amministrativo, il fulcro del sistema elettorale, non tanto per l'assegnazione dei seggi, quanto addirittura per la formazione dei convincimenti degli elettori.

Va sottolineato che la verifica, se disposta, avrebbe dato la possibilità di comprendere l'effettiva incidenza sulla elezione del Presidente della Giunta e della conseguente formazione del Consiglio regionale della partecipazione alla competizione delle liste illegittimamente ammesse, consentendo al medesimo giudice di giungere ad una conclusione certa, e non apoditticamente affermata, in ordine agli effetti "perturbanti" delle acclarate illegittimità del procedimento¹².

(11) Il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza 11 maggio 2013, n. 2574 ha escluso che "argomenti metagiuridici" possano essere impiegati nella risoluzione di controversie in materia elettorale.

(12) La decisione del TAR Molise contiene un passaggio nel quale sembra che il giudice si sia posto il problema della eventuale necessità di una simile verifica, ritenuta tuttavia non praticabile sia perché "doveva essere dedotta in sede di ricorso incidentale, cosa che, nel caso di specie, non è avvenuta, e pertanto non poteva essere disposta d'ufficio", sia perché "si è reputata inutile una ulteriore e specifica verifica in tal senso,

Ed invero, per avvalorare quanto si va sostenendo, occorre evidenziare che i risultati della competizione elettorale sottoposti a gravame dimostrano che, nella specifica circostanza, gli elettori avevano fatto un massiccio utilizzo del voto disgiunto.

In particolare, il candidato eletto alla carica di Presidente aveva ottenuto un numero di consensi ampiamente inferiore a quello complessivamente conseguito dalle liste provinciali collegate e, viceversa, il candidato risultato primo dei non eletti era stato votato in modo significativamente più ampio delle liste a lui collegate¹³.

Ciò nonostante il giudice amministrativo si è speso per affermare che i voti conseguiti dalle liste provinciali illegittimamente ammesse non possono essere equiparati ai voti nulli o illegittimamente assegnati, restando “ontologicamente voti incerti”¹⁴.

Appare, dunque, meramente ipotetica la ragione che ha indotto il giudice amministrativo a non disporre verifiche tese ad accertare il modo in cui gli elettori che avevano espresso il loro voto per le liste che non avrebbero potuto essere ammesse all’elezione, si erano in concreto determinati in ordine alla elezione del Presidente della Giunta.

Un simile accertamento, se disposto, avrebbe potuto anche condurre a un esito diverso, di mera correzione dei risultati elettorali, con l’annullamento non già dell’intero procedimento, ma della sola proclamazione degli eletti, con conseguente inversione dell’ordine acclarato dagli atti impugnati, attribuendo la vittoria al candidato che

che avrebbe aggravato le spese del procedimento”. Si tratta di argomenti poco condivisibili. Ed infatti, da un lato non si vede in che modo i ricorrenti incidentali, ossia gli eletti, avrebbero potuto richiedere una simile verifica che avrebbe portato ad un risultato contrario ai loro interessi dedotti in giudizio, sia perché la giurisdizione di merito che compete al giudice amministrativo in materia avrebbe consentito al giudice, e forse imposto, ogni verifica utile alla puntuale ricostruzione dei fatti e alla loro qualificazione giuridica a tutela dell’esigenza di preservare il voto così come espresso dal corpo elettorale; inoltre eventuali aggravii di costo del procedimento giudiziario sono impareggiabili rispetto alle spese necessarie per la ripetizione del procedimento elettivo.

(13) Il candidato eletto aveva ottenuto una percentuale di consensi inferiore del 9,55% rispetto ai conseguiti dalle liste provinciali a lui collegate; il primo dei non eletti alla carica di Presidente aveva, viceversa, ottenuto una percentuale di voti superiore dell’8,57% a quelli conseguiti dalle liste provinciali a lui collegate.

(14) Cfr. punto 1.5 della sentenza 224/2012 del TAR Molise.

era risultato primo dei non eletti proprio per effetto delle illegittimità accertate in giudizio¹⁵.

Ad esempio, se dalla verifica, ove mai disposta, fosse emerso un numero significativo di schede riportanti voti sia per le liste provinciali illegittimamente ammesse che per un candidato alla Presidenza della Giunta, eventualmente anche non collegato ad esse, sarebbe stato possibile preservare questo voto e salvaguardare il meccanismo democratico che si era consumato con le elezioni¹⁶.

Non può, infatti, essere in alcun modo escluso che l'accertamento e l'eliminazione, *ope iudicis*, delle conseguenze dell'illegittima partecipazione di liste che non avevano i requisiti, avrebbero potuto evitare il nuovo ricorso alle urne, portando alla correzione dei risultati, anche con l'inversione della graduatoria approntata dagli uffici elettorali, proclamando eletto alla carica di Presidente un altro candidato¹⁷.

In tale ipotesi, il giudice avrebbe dovuto correggere anche i risultati concernenti la composizione del Consiglio, atteso che la quota di eletti con criterio maggioritario è, per legge, ancorata alla elezione del Presidente.

Procedendo in questo modo, si sarebbero potuti preservare gli effetti

(15) L'art. 130, comma 9, del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), che disciplina i poteri del giudice amministrativo nella definizione dei ricorsi in materia elettorale – materia che rientra tra quelle in cui allo stesso giudice amministrativo è attribuita giurisdizione di merito, in base a quanto previsto dall'art. 134, comma 1, lett. b) del medesimo codice – esprime un inequivoco *favor* per la correzione dei risultati elettorali, indicandola come la soluzione cui normalmente deve giungere il giudice investito di una controversia avente ad oggetto gli atti del procedimento elettorale successivi all'emanazione dei comizi elettorali.

(16) Il TAR Molise, nel più volte richiamato punto 1.5 delle motivazioni in diritto della decisione 224/2012, non si esime dal ricordare quella giurisprudenza (TAR Molise, sent. 611/2003; Consiglio di Stato, sent. 3363/2004) secondo la quale non vi è comunicabilità dei vizi tra i voti disgiunti, ritenendoli, tuttavia, inconferenti rispetto alla fattispecie sottoposta al suo giudizio, perché in essa lo scarto tra i risultati conseguiti dai due candidati più votati alla carica di Presidente è inferiore al numero di voti complessivamente conseguiti dalle liste provinciali illegittimamente ammesse.

(17) Va sottolineato che in giudizio erano state formulate sia dai ricorrenti principali che da quelli incidentali specifiche richieste di correzione dei risultati elettorali, sia con riferimento alla proclamazione dell'eletto alla carica di Presidente, che alla conseguente proclamazione degli eletti alla carica di consigliere regionale.

della consultazione elettorale, evitando la caducazione e la vanificazione del voto espresso legittimamente dal corpo elettorale, e ristabilendo al contempo l'ordine dei risultati in base a criteri di legittimità. Una simile conclusione avrebbe avuto il pregio di preservare gli effetti del voto, nel rispetto dei ben noti principi che governano il contenzioso elettorale¹⁸, e avrebbe evitato le conseguenze che si sono invece prodotte sul piano istituzionale.

In particolare, occorre segnalare che gli organi la cui elezione è stata annullata, con effetti inevitabilmente retroattivi, e dunque illegittimamente composti, sono poi rimasti in carica fino allo svolgimento delle nuove elezioni e all'insediamento dei nuovi eletti, esercitando la funzione legislativa e quella esecutiva della Regione per circa un anno¹⁹.

4. L'esercizio "di fatto" delle funzioni da parte degli organi regionali illegittimamente composti

A seguito dell'annullamento delle elezioni regionali del Molise del 2000, si pose il problema di come attuare la decisione giurisdizionale garantendo la necessaria ed indefettibile continuità dell'azione di governo dell'ente, i cui organi risultavano essere stati illegittimamente composti e, dunque, privi di qualunque legittimazione.

A fronte della lacuna normativa, determinata sia dall'assenza di una previsione statutaria che, in attuazione dell'art. 123 Cost. disciplinasse una simile peculiare fattispecie nell'ambito della definizione della forma di governo della Regione, sia dall'impossibilità di procedere a un commissariamento della Regione, la cui posizione costituzionale rende inapplicabili le norme contenute nell'art. 85 del d.P.R. 15 maggio 1960, n. 570 (che prevedono per gli enti locali, in simili situazioni,

(18) Su questi temi, di recente, A. CARDONE, *Conservazione del voto e diritto di azione nell'accesso alla giurisdizione amministrativa sulle operazioni elettorali*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 699 ss.

(19) Va segnalato, in proposito, che nel periodo intercorso tra la pubblicazione della sentenza del TAR Molise 28 maggio 2012, n. 224 immediatamente esecutiva e la cui efficacia non è stata cautelativamente sospesa in appello dal Consiglio di Stato, e l'insediamento dei nuovi organi eletti a seguito delle consultazioni elettorali svolte in date 24 e 25 febbraio 2013, e la cui proclamazione è avvenuta in data 16 marzo 2013, il Consiglio regionale molisano ha approvato circa venti leggi.

la gestione commissariale fino allo svolgimento delle nuove elezioni e all'insediamento dei nuovi organi democraticamente eletti), il governo scelse la strada dell'approvazione di un provvedimento, emanato in forma di d.P.R.²⁰, con il quale fu stabilita la perdurante permanenza in carica, per il compimento dei soli atti urgenti e improrogabili, del Presidente e della Giunta, e non anche del Consiglio, fino all'insediamento dei nuovi organi, demandando al Commissario del governo il compito di indirne le elezioni.

Soluzione che, per quanto criticabile²¹, ebbe il pregio di paralizzare l'esercizio della funzione legislativa, impedendo che la stessa fosse nella disponibilità di un Consiglio regionale privo di legittimazione democratica.

In relazione al più recente annullamento delle elezioni molisane, invece, le uniche decisioni assunte a livello statale hanno riguardato i rimborsi elettorali, che sono stati dapprima sospesi in attesa dell'esito del giudizio di appello promosso avverso la sentenza 224/2012 del TAR Molise²², e successivamente, per effetto della sentenza 5504/2012 del Consiglio di Stato, definitivamente non attribuiti²³.

Va inoltre segnalato il d.P.C.M. 28 marzo 2013²⁴, con il quale sono state assunte determinazioni nei confronti della persona che era risultata eletta alla carica di Presidente nella tornata elettorale del 2011 e che aveva esercitato fino a quel momento le funzioni di Presidente della Giunta.

(20) D.P.R. 16 luglio 2001, in G.U. 24 luglio 2001, n. 170.

(21) Osservazioni critiche sull'argomento sono svolte da G. TARLI BARBIERI, *L'annullamento delle elezioni regionali in Molise ed in Abruzzo*, cit., pp. 284-290; v. anche E. CANITANO, *Alcune considerazioni sull'annullamento delle elezioni in Molise*, cit., pp. 143-145.

(22) Art. 4 della deliberazione dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati 25 luglio 2012, n. 207 resa esecutiva con decreto del Presidente della Camera 25 luglio 2012, in G.U. 28 luglio 2012, n. 175.

(23) Decisione assunta con deliberazione dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati 29 novembre 2012, n. 219 resa esecutiva con decreto del Presidente della Camera 29 novembre 2012, in G.U. 14 gennaio 2013, n. 11.

(24) In G.U. 15 aprile 2013, n. 88.

Il d.P.C.M. prende atto che nei confronti di quest'ultima, per effetto di una sentenza del Tribunale di Campobasso che, in data 22 febbraio 2012, aveva condannato la stessa per il reato di abuso di ufficio, si erano verificati i presupposti fissati dal d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, art. 8, commi 1 e 4, per disporre la sospensione di diritto dalle cariche elettive.

Al contempo, il d.P.C.M. dà atto che la carica di Presidente, a seguito dell'annullamento giurisdizionale delle elezioni del 2011, era stata esercitata dal soggetto in questione fino a quella data solo "in via di fatto", e che dopo l'avvenuta proclamazione degli eletti conseguente alla rinnovazione del procedimento elettorale, lo stesso avrebbe dovuto assumere la carica di consigliere al momento dell'insediamento del nuovo Consiglio. Sulla base di tali premesse, il decreto dispone la sospensione dalla carica elettiva a far data dalla data di proclamazione dei nuovi eletti, limitandosi, dunque, a impedire che lo stesso potesse esercitare le funzioni di consigliere nell'insediando Consiglio. In relazione a tale ultimo profilo, ci si limita a segnalare che con legge regionale Molise 13 febbraio 2002, n. 2, recante disposizioni provvisorie sulla *prorogatio* degli organi regionali, è stato stabilito che, nelle more dell'approvazione del nuovo Statuto, in caso di annullamento giurisdizionale delle elezioni, gli organi regionali restano in carica fino alla proclamazione degli eletti a seguito del rinnovo del procedimento elettorale. Come è, tuttavia, noto, la Corte costituzionale, con sentenza 196/2003, ha dichiarato la illegittimità costituzionale di una legge della Regione Abruzzo che analogamente disponeva in ordine alla *prorogatio* degli organi della Regione, sul presupposto dell'incompetenza della legge, poiché la materia risulta affidata, dall'art. 123 Cost., direttamente alla fonte statutaria.

Le vicende del processo statutario della Regione Molise sono complesse e peculiari. Infatti, il Consiglio regionale ha approvato in data 22 febbraio 2011, in seconda deliberazione, il nuovo Statuto. Questo è stato sottoposto a referendum ed è stato impugnato dal governo innanzi alla Corte costituzionale. La Corte, con sentenza 21 marzo 2012, n. 63 ha dichiarato l'infondatezza delle questioni di legittimità sollevate. Il Consiglio regionale nel frattempo ha approvato la legge regionale 13 febbraio 2012, n. 4 (in B.U. Molise n. 4 del 16 febbraio

2012), che ha revocato la deliberazione legislativa 22 febbraio 2011, n. 35 con cui il Consiglio, come detto, aveva approvato in seconda lettura lo Statuto. Con legge regionale 30 marzo 2012, n. 7 (in B.U. Molise n. 7 del 31 marzo 2012), è stata modificata la disciplina dei referendum regionali, con effetti anche sui procedimenti referendari in corso alla data di approvazione della legge, ed è stato previsto che i referendum statutari non possono svolgersi o, se già compiuti, perdono efficacia nell'ipotesi in cui il Consiglio regionale modifichi o revochi la legge di approvazione dello Statuto. Inoltre, è stato stabilito che le operazioni referendarie in corso alla data di scioglimento degli organi elettivi sono sospese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del decreto di indizione dei comizi elettorali e i dieci mesi successivi all'elezione dei nuovi organi. Infine, l'art. 3 di questa legge ha abrogato la legge regionale molisana 4/2012 ed ha stabilito l'espressa riviviscenza della deliberazione legislativa 22 febbraio 2011, n. 35 con la quale era stato approvato lo Statuto in seconda lettura. In seguito, il Consiglio regionale, benché fosse stato già pronunciato l'annullamento delle elezioni all'esito del doppio grado di giudizio, ha nuovamente approvato, con modificazioni, lo Statuto, e a seguito della seconda deliberazione il testo è stato pubblicato nel Bollettino Ufficiale della Regione in data 28 dicembre 2012. Lo Statuto non è stato promulgato²⁵.

5. L'indizione delle nuove elezioni

A seguito dell'annullamento delle elezioni del 2011 – ai sensi di quanto sino ad ora descritto – la comunità regionale molisana è tornata alle urne nel mese di febbraio del 2013. I comizi elettorali sono stati, infatti, convocati dal Prefetto della Provincia di Campobasso con decreto 27 dicembre 2012, n. 56527.

La predetta convocazione seguiva di qualche giorno la nota del Ministero dell'Interno 24 dicembre 2012, n. 5317 e va letta in uno con

(25) Su questa vicenda cfr. D. CODUTI, *L'interminabile, travagliato e assai preoccupante processo statutario molisano*, in *Rivista A.I.C.*, 4 luglio 2012, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

quanto disposto dalla medesima autorità amministrativa che, con decreto 27 dicembre 2012, n. 56537 aveva stabilito la nuova composizione del Consiglio regionale, ridotta da trenta a venti componenti. Il presupposto normativo essenziale di quest'ultimo provvedimento, che pure richiamava i decreti legge approvati in materia dal governo Monti, era costituito dalla legge regionale Molise 5 ottobre 2012, n. 21 (*Disposizioni urgenti di adeguamento all'art. 14 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148*), con cui si stabilivano: *a*) la diversa composizione numerica del Consiglio regionale; *b*) il numero dei componenti della Giunta, fissato nel numero massimo di quattro assessori²⁶.

La complessa vicenda sino ad ora descritta mette in luce come nel caso molisano si sia prodotto un improprio concorso tra fonti che, peraltro, su alcuni punti, per invero decisivi, pare stridere con quanto autorevolmente affermato dalla Corte costituzionale in più di una occasione.

È noto, infatti, che la giurisprudenza costituzionale (in particolare cfr. sentenze 196/2003 e 188/2011) ha ritenuto di competenza statutaria ogni decisione concernente il numero dei componenti degli organi della Regione, dichiarando la incostituzionalità, per violazione dell'art. 123 Cost., di leggi regionali che pretendessero di regolare la materia in assenza di fonte statutaria²⁷.

(26) Cfr. sul punto quanto sostenuto da G. FERRAIUOLO, *Vice Presidente della Giunta, prorogatio e forma di governo regionale in Federalismi.it*, 2, 2010, spec. p. 23, il quale segnala che proprio alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale diviene significativa la posizione espressa dal Prefetto di Campobasso che nella premessa al decreto 56537/2012 si è limitato "a tener conto della legge regionale citata, quasi a volerne derubricare la portata a una mera valutazione di fatto e a distinguerla, comunque, dagli effettivi presupposti normativi del provvedimento (i decreti legge statali – quantomeno *coperti* dalla sentenza 198/2012 – individuati come da prassi attraverso la formula del 'visto')".

(27) Sulle sentenze cfr. A. MORRONE, *Sistema elettorale e prorogatio degli organi regionali*, in *Le Regioni*, 2003, p. 1274 ss.; D. CARRARELLI, *La Corte riafferma la competenza statutaria nella determinazione del numero dei consiglieri regionali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1263 ss.

6. *Conclusioni*

Il tortuoso percorso seguito dalla Regione Molise rappresenta un esempio chiarissimo delle difficoltà del processo di attuazione del regionalismo italiano.

Basti pensare, a mero titolo di esempio, al fatto che in totale assenza di legittimazione, il Consiglio regionale, pur versando in una sorta di *prorogatio* di fatto, fondata su una legge regionale che, sul tema, è – come accertato dalla Corte costituzionale in altre occasioni – incompetente, nel periodo intercorso tra la pronuncia del TAR che ha annullato le elezioni del 2011 e la proclamazione dei nuovi eletti del 16 marzo 2013, ha approvato circa venti leggi, tra le quali si segnala quella, sopra richiamata, che ha regolato la composizione numerica degli organi di governo della Regione, addirittura modificando le determinazioni già assunte in ordine allo Statuto regionale, la cui nuova seconda deliberazione è stata pubblicata nel Bollettino Ufficiale in data 28 dicembre 2012.

È chiaro come la sorte del nuovo Statuto regionale molisano dipenda, allo stato, dalle scelte che verranno compiute dalla nuova maggioranza consiliare, che ha già annunciato a più riprese la volontà di rivedere i contenuti del testo in precedenza approvato su diversi aspetti, tra cui spicca quello relativo al numero dei componenti della Giunta, oggetto della legge regionale precedentemente richiamata.

La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi

Edoardo Nicola Fragale

Abstract

Rilevanti modifiche sono state introdotte dal c.d. decreto Balduzzi in ordine alle procedure di conferimento degli incarichi dirigenziali in sanità. Nel tentativo di porre un freno alla politicizzazione delle nomine nelle aziende sanitarie, sovente tracimata anche ai livelli sub-apicali, il decreto introduce forme differenziate di procedimentalizzazione del potere: più accentuate per gli incarichi di struttura complessa, ove la discrezionalità è delimitata tramite il ricorso a procedure selettive a carattere comparativo, suscettibili peraltro di sollevare nuovi dubbi in punto di giurisdizione; meno stringenti, invece, per gli incarichi apicali, dove tuttora è la fiducia a porsi quale canone di scelta del dirigente.

1. Premessa

La disciplina degli incarichi dirigenziali nel comparto della sanità è stata caratterizzata, sin dalle sue origini, dalla presenza di rilevanti tratti di specialità rispetto alla normativa racchiusa negli artt. 19 ss. del d.lgs. 165/2001¹.

Non priva di rilievo, quanto alle ragioni delle peculiarità che connotano la disciplina, è la circostanza che la dirigenza del servizio sanitario sia al proprio interno variamente articolata secondo criteri funzionali (in relazione alle diverse attività di indirizzo strategico, di gestione e professionali²), organizzativi (in relazione alla complessità organizzati-

(1) Cfr. P. LAMBERTUCCI, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *Lav. nelle p.a.*, 5, 2006, p. 825.

(2) In relazione alle funzioni esercitare, appare prevalente in dottrina la tesi incline ad intendere le funzioni assegnate al direttore generale come riferite all'attività di gestione complessiva dell'azienda, in modo da salvaguardare la necessaria sfera d'autonomia

va delle strutture dirette) e professionali (in relazione al ruolo medico, sanitario, professionale, tecnico o amministrativo d'appartenenza)³.

Al vertice aziendale si pone, infatti, il c.d. *top management* aziendale, comprendente il direttore generale, scelto fiduciarmente dal governo regionale in funzione dei programmi di salute approvati a livello politico, ed i direttori amministrativo e sanitario, scelti dallo stesso direttore generale⁴.

Ad un livello inferiore si colloca la dirigenza operativa, articolata al proprio interno nella dirigenza del ruolo medico e sanitario – regolata dal d.lgs. 502/1992 e per i profili non espressamente disciplinati dal d.lgs. 165/2001 – e nella dirigenza del ruolo professionale, tecnico ed amministrativo, disciplinata in misura predominante dal d.lgs. 165/2001, salvo i profili di specialità contenuti nel d.lgs. 502/1992⁵.

Benché connotata da soluzioni regolatorie eccentriche, la disciplina della dirigenza qui all'esame si è sin dai suoi esordi caratterizzata, al pari di quella ministeriale⁶, per la rilevanza assegnata all'elemento della "fiducia" in sede di scelta dei dirigenti, in ossequio al paradigma aziendalistico accolto dalle riforme degli anni Novanta.

La logica managerialistica sottesa alla fiduciarità delle nomine ha ricevuto nel tempo il sostanziale avallo nella giurisprudenza.

Nel sindacato giudiziale sugli atti di conferimento degli incarichi, i giudici hanno sovente improntato le proprie valutazioni ad un sostanziale *self restraint*, rispettando l'ampia discrezionalità riconosciuta dalla legge al titolare del potere di nomina.

Senonché, l'assenza di reali forme di procedimentalizzazione del potere di nomina è stata col tempo giudicata quale concausa del

dei dirigenti; v. sul punto G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 397.

(3) Per una disamina delle diverse dirigenze all'interno dell'azienda sanitaria cfr. F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in *Lav. nelle p.a.*, 5, 2004, p. 833.

(4) Cfr. *ibidem*.

(5) Cfr. *ibidem*.

(6) Per una ricognizione dei diversi orientamenti pretori sugli incarichi dirigenziali nei ministeri cfr. A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. it.*, 12, 2010.

crescente livello di politicizzazione delle nomine aziendali, anche al livello della media dirigenza aziendale⁷.

Da qui l'avvertita necessità di correttivi, realizzati oggi con il decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito in legge 8 novembre 2012, n. 189, volto a rinvenire, anche nel particolare settore della sanità, un rinnovato punto di equilibrio tra fiduciarità ed imparzialità, mediante l'adozione di soluzioni – quali l'obbligo per gli incarichi sub-apicali di predisporre vere e proprie graduatorie da cui attingere per il conferimento dell'incarico – forse più lontane dalla matrice aziendalistica voluta dal legislatore degli anni Novanta, ma senz'altro più coerenti rispetto ai ripetuti moniti lanciati dalla Consulta nell'ultimo lustro in tema di autonomia della dirigenza pubblica.

Si assiste così, anche per le nomine in sanità, ad un fenomeno di progressivo affievolimento della discrezionalità nella gestione degli incarichi, secondo una matrice comune alle più recenti riforme intervenute in materia di lavoro pubblico in generale e di dirigenza pubblica in particolare, dove pure la fiduciarità delle nomine è stata nel tempo mitigata da correttivi individuati dapprima in via pretoria e poi anche, seppure solo parzialmente, in via legislativa.

Nelle pagine che seguono si approfondiranno le novità introdotte dalla riforma – che riguardano, seppure in forme meno dirimenti, anche le nomine dei direttori generali – e si esamineranno i punti di continuità e di rottura rispetto al previgente quadro normativo, la cui illustrazione appare, comunque, opportuna per comprendere appieno la portata ed il senso della riforma.

2. Gli incarichi dei dirigenti del servizio sanitario nazionale nel d.lgs. 502/1992

Le riforme delle amministrazioni pubbliche realizzate agli inizi dell'ultimo decennio del secolo scorso si ispiravano al paradigma del c.d. *New Public Management*⁸.

(7) Sul paradosso del managerialismo cfr. M. MAOR, *The Paradox of Managerialism*, in *Public Administration Review*, 1999, pp. 5-18.

(8) Locuzione coniata da C. HOOD, *A public management for all Seasons*, in *Public Administration Review*, 1991, pp. 3-19

Dietro quella stagione di riforme vi era la ferma convinzione che il settore pubblico potesse essere migliorato trasponendovi concetti imprenditoriali propri del settore privato, ciò che avrebbe dovuto innalzare il livello di efficacia e di efficienza dei servizi, deburocratizzandoli e depoliticizzandoli⁹.

Uno dei primi terreni di sperimentazione fu proprio il settore della sanità, dove non a caso si è parlato di aziendalizzazione del servizio sanitario per intendere l'esito finale delle riforme realizzate per effetto della legge delega 421/1992 e del successivo decreto delegato 502/1992.

L'impianto aziendalistico delle riforme degli anni Novanta postulava il riconoscimento in capo al direttore generale di amplissimi poteri di gestione, tramite l'intestazione al vertice aziendale delle prerogative riferite, tra l'altro, all'adozione dell'atto aziendale, all'individuazione degli uffici ed alla nomina dei relativi responsabili¹⁰.

Il riconoscimento di tali ampi poteri si giustificava con la necessità di rendere effettiva, e concretamente azionabile, la responsabilità manageriale del direttore generale per il mancato conseguimento degli obiettivi di salute e di funzionamento dei servizi fissati dall'organo politico regionale, ai sensi dell'art. 3-*bis*, comma 6, d.lgs. 502/1992.

Anche per le nomine aziendali si affermò il convincimento che la responsabilità del direttore generale richiedesse per essere attivata un certo margine di discrezionalità nella scelta dei più stretti collaboratori sanitari.

Per la verità, le scelte inizialmente compiute dal d.lgs. 502/1992 in parte contraddicevano questa idea: il potere riconosciuto in capo al direttore generale nella nomina dei dirigenti di secondo livello (oggi di struttura complessa) veniva, infatti, circondato da garanzie di trasparenza e di imparzialità tali da renderlo sostanzialmente vincolato agli esiti di vere e proprie procedure concorsuali.

Nella sua versione originaria l'art. 15, comma 3, d.lgs. 502/1992 preve-

(9) Sul legame rispetto alle politiche neo-liberali della fine degli anni Ottanta cfr. F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 30.

(10) Art. 3, comma 1-*quater*, d.lgs. 502/1992.

deva infatti per la nomina dei dirigenti di secondo livello un procedimento selettivo di tipo tradizionale, articolato nelle diverse fasi della pubblicazione dell'avviso nella Gazzetta Ufficiale, della designazione della commissione di esperti e della formazione della graduatoria di merito, cui faceva seguito la designazione del responsabile ad opera del direttore generale¹¹.

Tale modello di designazione venne, tuttavia, ben presto giudicato poco coerente con la logica manageriale sottesa al d.lgs. 502/1992.

Per questo motivo il testo dell'art. 15 d.lgs. 502/1992 venne *in parte qua* modificato già nell'anno successivo, per effetto del decreto delegato 7 dicembre 1993, n. 517, prevedendosi una revisione sostanziale del ruolo della commissione di esperti, non più chiamata a formare una graduatoria, ma soltanto a valutare l'idoneità all'incarico dei singoli candidati¹².

Il potere di nomina intestato al vertice aziendale, prima vincolato, diviene, per effetto delle modifiche, discrezionale, assumendo così caratteri tali da consentire al direttore generale di forgiare con il nominato un rapporto essenzialmente fiduciario.

Tali significative modifiche vennero sollecitamente registrate dalla giurisprudenza¹³, che non mancò di rimarcare la coerenza delle innovazioni introdotte in ordine alla scelta fiduciaria della dirigenza col nuovo modello di responsabilità manageriale plasmato dal d.lgs. 502/1992¹⁴.

Le scelte del legislatore divennero, se possibile, ancor più nette con la c.d. riforma *ter* del servizio sanitario nazionale (d.lgs. 229/1999), per effetto della quale venne modificata la composizione della commissione di esperti, in guisa da rafforzarne la componente direttamente designata dal direttore generale¹⁵.

(11) Art. 15, comma 3, d.lgs. 502/1992.

(12) Art. 16 d.lgs. 517/1993.

(13) Tra le tante Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2002, n. 3199, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 1454.

(14) In particolare Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2002, n. 3199, cit.

(15) Artt. 15 e 15-*ter*, comma 2, d.lgs. 502/1992, come introdotti dall'art. 13 d.lgs. 229/1999.

Con riguardo, invece, ai meccanismi di selezione delle professionalità chiamate a ricoprire gli organi di vertice delle aziende sanitarie, si è già prima accennato alla circostanza che il rapporto di lavoro del vertice aziendale venne, *ab origine*, qualificato dal legislatore come di diritto privato¹⁶, quasi a voler assimilare la posizione del direttore generale a quella dei vertici delle aziende private, scelti fiduciarmente in vista del raggiungimento di determinati obiettivi¹⁷.

Occorre ora aggiungere che tale qualificazione non impedì di ricondurre la nomina del direttore generale nell'alveo degli atti d'alta amministrazione, espressione di ampia discrezionalità amministrativa¹⁸.

Dopo le iniziali oscillazioni¹⁹, la giurisprudenza riconobbe il carattere essenzialmente fiduciario della nomina, escludendo, con convinzione via via sempre maggiore, la necessità di valutazioni comparative o di approfondita motivazione, salva la necessità dell'attestazione di idoneità e di qualificazione professionale del prescelto rispetto ai programmi e agli obiettivi di salute approvati²⁰. Ad escludere ogni residuo dubbio intervenne, peraltro, lo stesso legislatore, prevedendo che i provvedimenti di nomina regionali dovessero essere adottati senza necessità di valutazioni comparative²¹, a garanzia del carattere esclusivamente fiduciario della nomina.

Si può, dunque, affermare che all'indomani della riforma sanitaria *ter* del 1999, il quadro normativo e giurisprudenziale diviene suffi-

(16) Art. 1, comma 1, lett. *d*), legge 421/1992 ed art. 3 d.lgs. 502/1992.

(17) Tra le tante Cass., sez. un., 16 aprile 1998, n. 3882, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 812 e Cass., sez. un., 24 febbraio 1999, n. 100, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 389.

(18) *Ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 633, in *Foro Amm.*, 1996, p. 1482.

(19) Per una ricostruzione dei diversi orientamenti cfr. G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 395.

(20) Sulla natura comparativa della scelta, e sul conseguente obbligo di motivazione della scelta, per tutte, Consiglio di Stato, sez. IV, 20 dicembre 1996, n. 1304, in *Giur. it.*, III, 1, 1997, p. 275. Negano, invece, la natura comparativa TAR Lazio, sez. I, 15 luglio 1999, n. 1637, in *Ragiusan*, 188, 2000, p. 74 e Consiglio di Stato, sez. IV, 3 luglio 2000, n. 3649, in *Ragiusan*, 197, 2000, p. 37.

(21) Art. 3, comma 6, del d.lgs. 502/1992, introdotto direttamente dall'art. 3 della legge di delega 419/1998.

cientemente definito nei suoi tratti essenziali, con l'individuazione di soluzioni regolatorie coerenti, ai più diversi livelli, con il principio di fiduciarità delle nomine.

3. Gli incarichi dirigenziali nella giurisprudenza: modelli a confronto

Sotto il profilo storico-evolutivo, è interessante notare come le discipline sulle nomine previste dal d.lgs. 165/2001 e dal d.lgs. 502/1992 in riferimento, rispettivamente, alla dirigenza ministeriale ed a quella medica e sanitaria delle aziende del Ssn siano andate divaricandosi nel diritto vivente a tal punto da condurre col tempo ad esiti interpretativi del tutto antitetici.

Con riferimento alla dirigenza ministeriale, in seno alla giurisprudenza di legittimità è col tempo divenuta ricorrente l'affermazione secondo la quale i criteri di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. 165/2001 obbligherebbero la p.a. a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici di tali scelte, alla luce delle clausole generali di correttezza e buona fede nonché dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.²².

I suggerimenti provenienti dalla giurisprudenza di legittimità²³ sono stati, per la verità, soltanto in parte accolti dalla c.d. riforma Brunetta (d.lgs. 150/2009), in sede di riscrittura del testo dell'art. 19 d.lgs. 165/2001, benché il legislatore fosse vincolato dalla legge delega 15/2009 a ridefinire la disciplina degli incarichi dirigenziali, in modo da renderla conforme ai principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale e dalle giurisdizioni superiori²⁴.

(22) Cfr. Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814, in *Foro it.*, 2009, 11, I, p. 3074; Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9818, in *Aran Newsletter*, 2, 2008, p. 46; Cass., sez. lav., 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. civ.*, 12, I, 2009, p. 285; Cass., sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27888, in *Lav. nelle p.a.*, 6, 2009, p. 1081; Cass., sez. lav., 12 ottobre 2010, n. 21088, in *Foro it.*, 3, I, 2011, p. 804.

(23) Indubbiamente influenzata, quanto alla restrittiva lettura dell'art. 19 d.lgs. 165/2001, dalla giurisprudenza della Consulta; cfr. P. Sordi, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoil system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2009, p. 77.

(24) Art. 6, comma 2, lett *b*) legge 4 marzo 2009, n. 15.

In riferimento ai principi di pubblicità e di trasparenza, il decreto delegato 150/2009 ha sì previsto che l'amministrazione debba rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti disponibili nonché i criteri di scelta²⁵, ma senza recepire fino in fondo le indicazioni offerte dalla giurisprudenza di legittimità²⁶, che già da qualche tempo andava reclamando forme ben più pregnanti di procedimentalizzazione, quali il ricorso a forme di selezione comparativa tra i candidati e di adeguata motivazione delle scelte, in adempimento degli obblighi secondari imposti dalle classiche fonti di integrazione del contratto (artt. 1374 e 1375 c.c.)²⁷.

In realtà, anche sul punto critico del mancato rinnovo dell'incarico, il legislatore delegato ha optato per soluzioni di compromesso²⁸.

Se per un verso è stata ammessa la teorica possibilità di una mancata conferma, anche in assenza di una valutazione negativa, dall'altra è stato fatto obbligo alla p.a. che non intenda confermare l'incarico alla sua scadenza ovvero in dipendenza dei processi di riorganizzazione di motivare la propria scelta, dando un congruo preavviso al dirigente²⁹. Per quanto fortemente discussa³⁰, quest'ultima novità è stata ben presto travolta dalla successiva normativa dell'emergenza economica³¹ che,

(25) Così il testo del novellato art. 19, comma 1-*bis*, d.lgs. 165/2001.

(26) Per una critica verso questi aspetti della riforma Brunetta G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *GDA*, 1, 2010, p. 11.

(27) Secondo parte della dottrina neppure il novellato art. 19 d.lgs. 165/2001 avrebbe in effetti introdotto un obbligo di valutazione comparativa; cfr. A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Lav. giur.*, 12, 2010.

(28) Come rileva G. D'ALESSIO, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *Astrid Rassegna*, 2009, p. 103.

(29) In particolare l'art. 19, comma 1-*ter*, d.lgs. 165/2001.

(30) Si vedano le diverse posizioni di S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la riforma Brunetta: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?*, in *GDA*, 1, 2010, p. 43 e G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Lav. nelle p.a.*, 3-4, 2010, p. 579.

(31) Cfr. art. 9, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

modificando per l'ennesima volta il testo dell'art. 19 d.lgs. 165/2001, ha non solo abrogato la parte del citato art. 19 riguardante l'obbligo di motivazione e di preavviso, in caso di mancato rinnovo, ma ha anche legittimato il mancato rinnovo *ad nutum*, seguito dal conferimento di incarichi di valore economico inferiore, con cancellazione contestuale di tutte le disposizioni di contrattazione collettiva che diffusamente, nelle diverse aree della dirigenza, avevano da tempo introdotto clausole di c.d. salvaguardia economica.

Ritornando al tema delle modalità di conferimento dell'incarico dirigenziale, il nuovo contesto normativo determinato dalla riforma Brunetta del 2009 non ha, comunque, impedito ai giudici di legittimità di dare continuità ai propri precedenti orientamenti circa la necessità di valutazioni comparative e di adeguata motivazione delle scelte, seppure ancora in riferimento a fattispecie *ratione temporis* regolate dalla previgente normativa³².

Ben diverso atteggiamento ha serbato, invece, la giurisprudenza al cospetto della normativa sugli incarichi dirigenziali in sanità, dove, in ossequio alle scelte operate dal d.lgs. 502/1992 in riferimento all'incarico di struttura complessa dei dirigenti del ruolo medico e sanitario, i giudici ordinari hanno continuato a giustificare l'obliterazione degli obblighi di valutazione comparativa e di motivazione col carattere negoziale ed essenzialmente fiduciario dell'atto di nomina.

Ritenuta inapplicabile la legge sul procedimento amministrativo in considerazione del carattere negoziale e non provvedimentale della nomina³³, la giurisprudenza ha, altresì, reiteratamente escluso che forme di procedimentalizzazione ulteriori rispetto a quelle di legge potessero farsi discendere dalle fonti integrative del contratto, in considerazione, ancora una volta, della natura essenzialmente fiduciaria della scelta, rimessa alla responsabilità dirigenziale del direttore generale³⁴.

Astretta entro le coordinate normative tracciate dall'art. 15-ter d.lgs.

(32) Cass., sez. lav., 17 aprile 2012, n. 5999, in www.aranagenzia.it.

(33) Cass., sez. lav., 31 luglio 2009, n. 17852, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 9, 2009.

(34) Cass., sez. lav., 5 giugno 2009, n. 13089, in *Foro it.*, 11, I, 2009, p. 2984.

502/1992, la disciplina dell'incarico di struttura complessa dei dirigenti del ruolo medico e sanitario ha, dunque, ben poco risentito dei movimenti tellurici determinati dalle novità normative e giurisprudenziali poc'anzi descritte e questo, a ben vedere, ha finito con l'accentuare lo iato, già prima esistente all'interno degli stessi enti del servizio sanitario, tra le modalità di accesso alla dirigenza apicale medica e quelle previste per le altre posizioni dirigenziali, in relazione alle quali la contrattazione collettiva, per effetto della specifica delega conferita dall'art. 15-ter, comma 1, d.lgs. 502/1992, ha col tempo calibrato criteri e procedure di conferimento dell'incarico non dissimili da quelli ideati dal d.lgs. 165/2001 in riferimento alla dirigenza ministeriale³⁵.

4. La c.d. riforma Balduzzi: ruolo delle Regioni e questioni di diritto intertemporale

In tale quadro si inserisce, dunque, la c.d. riforma Balduzzi.

La relazione illustrativa presentata alle Camere per la conversione in legge del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 individua *apertis verbis* le ragioni dell'intervento di riforma nella necessità di porre rimedio alle inefficienze organizzative indotte, in diverse realtà sanitarie regionali, da fenomeni di eccessiva politicizzazione delle nomine³⁶.

L'obiettivo dichiarato dal legislatore è, dunque, quello di riequilibrare il rapporto tra indirizzo politico e gestione delle aziende sanitarie, introducendo maggiori garanzie di trasparenza e di imparzialità nella nomina dei dirigenti.

Nei documenti parlamentari si dà, peraltro, atto dell'incidenza della disciplina del conferimento degli incarichi apicali e sub-apicali sull'efficienza dei servizi e, di riflesso, sugli stessi diritti fondamentali della persona, ciò che plausibilmente ha indotto il legislatore ad adoperare lo strumento della decretazione d'urgenza.

In coerenza con la necessità di assicurare, già nell'immediato, una netta cesura rispetto al pregresso quadro ordinamentale, il legislatore

(35) Artt. 27 ss. CCNL 8 giugno 2000, dirigenza SPTA.

(36) In questi termini si esprime la relazione illustrativa che accompagna il disegno di legge di conversione.

ha così introdotto disposizioni immediatamente operative, come nel caso delle disposizioni sulla nomina dei direttori di struttura semplice, o comunque necessitanti di una mera attività amministrativa per essere attuate, come nel caso delle nomine dei direttori generali, ove viene demandato alle Regioni il compito di aggiornare o predisporre i nuovi elenchi di idonei, seguendo le nuove prescrizioni, nel termine di novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto legge.

Sennonché, proprio il carattere eccessivamente dettagliato della nuova regolamentazione è divenuto oggetto di considerazione critica già nel corso dei lavori parlamentari, a motivo di una paventata lesione delle prerogative regionali di cui all'art. 117 Cost.

Giova a tal riguardo rammentare che le nuove disposizioni insistono, anche per gli aspetti riguardanti gli incarichi dirigenziali, in un ambito legislativo di competenza concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., dovendosi ascrivere – secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale – in misura prevalente alla materia della “tutela della salute”.

Questo vale, in primo luogo, per le disposizioni relative al conferimento degli incarichi di direzione, peraltro qualificate dal medesimo decreto alla stregua di principi della materia.

Sembrirebbe, dunque, che lo stesso legislatore abbia, almeno in parte, aderito all'idea, già in passato accolta dalla Corte costituzionale³⁷, secondo cui la materia del conferimento dell'incarico dirigenziale in sanità inerisca, in virtù del principio di prevalenza, non già alla materia, di competenza esclusiva statale, dell'“ordinamento civile” e neppure a quella, di esclusiva competenza regionale, dell'“ordinamento e dell'organizzazione della Regione e degli enti regionali”, bensì alla materia della “tutela della salute”, su cui insiste un titolo di competenza legislativa concorrente.

In realtà non dissimili considerazioni potrebbero essere svolte con riferimento alle procedure di nomina dei direttori generali, la cui di-

(37) Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, in *Giur. cost.*, 3, 2006, nonché, in materia di attività liberoprofessionale *intramoenia* dei dirigenti del Ssn, Corte cost., 14 novembre 2008, n. 371, in *Giur. cost.*, 6, 2008, p. 4420, e la precedente Corte cost. 23 febbraio 2007, n. 50, in *Foro amm. CDS*, 2, 2007, p. 412.

sciplina non appare di per sé riconducibile né alla materia dell'ordinamento civile, nel cui alveo potrebbe semmai ricondursi il successivo contratto di lavoro autonomo, né a quella dell'ordinamento degli uffici regionali ovvero nell'ambito dell'organizzazione sanitaria locale, atteso che – come più volte enunciato dalla Consulta, sia pure in riferimento a tematiche in parte diverse da quelle qui in esame³⁸ – l'organizzazione sanitaria costituisce parte integrante della “materia” costituita dalla “tutela della salute” di cui al terzo comma del citato art. 117 Cost.³⁹.

Più ampi margini di manovra sono stati, almeno all'apparenza, riconosciuti a favore dei legislatori regionali in tema di nomina dei direttori di struttura complessa, avendo il decreto Balduzzi demandato⁴⁰ proprio alle Regioni il compito di regolamentare i criteri e le procedure per il conferimento dell'incarico, sulla scorta di determinati “principi” posti dal legislatore statale.

In tale particolare ambito, la maggiore considerazione serbata nei riguardi delle prerogative regionali è, tuttavia, andata a scapito della chiarezza del quadro normativo.

Il decreto legge ha, infatti, abrogato, e con effetto immediato, tutte le previgenti disposizioni relative al conferimento dell'incarico racchiuse nel comma 2 dell'art. 15-ter d.lgs. 502/1992.

Sembrerebbe, pertanto, che la previgente regolamentazione sia stata espunta dall'ordinamento, senza che *medio tempore* siano stati preveduti meccanismi atti ad impedire che ritardi o inerzie regionali nella posizione delle norme di dettaglio possano ridondare in una condizione di perdurante incertezza normativa tale da generare la paralisi dei procedimenti di nomina.

(38) Corte cost., 19 dicembre 2006, n. 422, in *Giur. cost.*, 6, 2006. Con riferimento alle procedure di nomina del direttore generale di azienda ospedaliero-universitaria invece Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233, in *Giur. cost.*, 3, 2006, p. 2327; Corte cost., 17 maggio 2012, n. 129, in *Foro it.*, 7-8, I, 2012, p. 1961.

(39) Tuttavia per l'inerenza della disciplina di decadenza automatica degli organi apicali delle aziende sanitarie alla materia dell'organizzazione sanitaria, di competenza esclusiva regionale v. Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233, in *Giur. cost.*, 3, 2006, p. 2327.

(40) Art. 4, comma 1, lett. d), d.l. 158/2012.

In tema di questioni di diritto intertemporale non pare nemmeno del tutto risolutivo il disposto di cui all'art. 4, comma 2, d.l. 158/2012, ove si prevede che "Le modifiche introdotte dal comma 1 agli artt. 3-*bis*, comma 3, e 15 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 ... non si applicano ai procedimenti di nomina dei direttori generali delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, nonché dei direttori di struttura complessa, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto".

Con la disposizione in esame, il legislatore ha solo inteso ribadire il consolidato orientamento pretorio secondo cui nelle procedure concorsuali, ai fini dell'ammissione dei candidati, della valutazione dei titoli e dello svolgimento degli esami di concorso deve unicamente aversi riguardo al quadro normativo vigente al momento in cui, con la pubblicazione del bando di concorso, la procedura concorsuale prende avvio, irrilevanti essendo eventuali modifiche normative sopravvenute⁴¹.

La verità è che, ad una più attenta analisi, le nuove disposizioni sulle nomine – benché qualificate come principi della materia, come nel caso degli incarichi di struttura complessa – hanno natura tale da conformare con sufficiente grado di precisione il procedimento di conferimento dell'incarico, sì da poter essere immediatamente applicate dalle amministrazioni sanitarie e da sdrammatizzare così anche il problema di eventuali ritardi nell'esercizio della potestà normativa regionale.

5. Procedura di conferimento dell'incarico di struttura complessa: procedura selettiva di diritto privato o concorso finalizzato all'assunzione?

Si tratta adesso di scendere ad esaminare più compiutamente le novità introdotte dal decreto Balduzzi, partendo dalle modifiche normative relative alla procedura di conferimento dell'incarico di struttura complessa.

(41) *Ex plurimis* Cons. St., ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2011, p. 989.

Novità di rilievo sono state introdotte, anzitutto, in ordine alla composizione della commissione giudicatrice che è oggi formata dal direttore sanitario dell'azienda interessata nonché da altri tre membri designati per sorteggio all'interno di un elenco nazionale nominativo, costituito dall'insieme degli elenchi regionali dei direttori di struttura complessa della specialità di riferimento⁴².

Viene così ad essere attenuata la componente fiduciarmente nominata dal vertice aziendale, allo scopo di assicurare l'imparzialità delle valutazioni a partire dall'imparzialità degli stessi componenti del collegio.

Le novità di maggiore interesse riguardano, però, le modifiche apportate alla struttura stessa della procedura di selezione che non è più, come prima, finalizzata alla mera verifica di idoneità dei candidati.

L'operato della commissione – che si estrinseca sostanzialmente nell'effettuazione di valutazioni tecniche riferite ai *curricula*, ai titoli professionali ed alle risultanze dei colloqui – si conclude, infatti, con la formazione di una graduatoria e con la comunicazione al direttore generale di una rosa composta da tre soli candidati, diversamente graduati in ragione del punteggio loro assegnato.

L'innovazione appare coerente con la scelta di attenuare i profili di fiduciarità nell'assegnazione degli incarichi e costituisce, per certi versi, un ritorno al passato, atteso che già nella sua versione originaria l'art. 15, comma 3, d.lgs. 502/1992 scandiva un percorso selettivo non dissimile da quello oggi introdotto dal decreto Balduzzi.

In verità negli ultimi anni alcune Regioni avevano già provveduto a ripristinare meccanismi più imparziali di selezione dei dirigenti. Il panorama legislativo regionale si presentava, però, quanto mai variegato. All'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione, molte Regioni avevano rinunciato ad introdurre proprie specifiche regolamentazioni, in questo plausibilmente indotte dalla difficoltà di rinvenire apprezzabili margini di manovra in una materia già ampiamente normata, anche a livello di contrattazione collettiva, nella quale

(42) Elenchi peraltro esistenti già prima formati ai sensi dell'art. 6, comma 2, d.P.R. 483/1997.

appariva davvero arduo discernere le disposizioni statali di principio (inderogabili) da quelle di dettaglio (derogabili).

Solo alcune avevano introdotto significative disposizioni relative alle modalità di selezione dei candidati⁴³, adottando moduli procedurali – come accennato – antesignani di quelli oggi introdotti dal decreto Balduzzi e ben lontani da quelli ideati dal legislatore statale dell'epoca⁴⁴.

Ciò considerato, vi è da chiedersi se le modifiche strutturali apportate dal legislatore statale al procedimento di conferimento dell'incarico non abbiano in qualche modo modificato la natura stessa della procedura, giustificando il giudizio di chi, già sotto il vigore della pregressa regolamentazione, riteneva potesse ravvisarsi l'esistenza di una procedura di natura concorsuale finalizzata all'assunzione o, comunque, all'accesso a funzioni più elevate⁴⁵.

La tesi pubblicistica faceva leva su due diverse argomentazioni riferite, rispettivamente, al carattere essenzialmente comparativo della procedura ed alla circostanza che l'accesso alla posizione, pur essendo riservata a medici del Servizio sanitario nazionale, avvenisse comunque tramite il reclutamento di soggetti esterni all'amministrazione precedente.

Conseguiva da tali considerazioni la riconduzione del conferimento dell'incarico di struttura complessa nell'alveo delle procedure selettive finalizzate all'assunzione, devolute dall'art. 63, comma 4, d.lgs. 165/2001 alla cognizione del giudice amministrativo⁴⁶.

(43) Disposizioni afferenti al *quomodo* della selezione erano state introdotte, per esempio dalla Regione Campania (art. 36-*bis* legge 2 marzo 2006, n. 3), dalla Regione Emilia-Romagna (art. 8, comma 3, l.r. Emilia-Romagna 23 dicembre 2004, n. 29), nonché dalle Regioni Marche (legge 15/2007) e Liguria (legge 41/2006).

(44) Molte leggi regionali avevano tratto ispirazione dalla legge regionale dell'Emilia-Romagna che tra le prime introdusse l'obbligo per la commissione di esperti di concludere le proprie valutazioni formando una rosa di tre soli candidati. La scelta compiuta dalla Regione Emilia-Romagna aveva, peraltro, ottenuto il significativo avallo della Corte costituzionale (Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, in *Giur. cost.*, 3, 2006), benché con argomentazioni poco convincenti, riferite alla natura asseritamente comparativa della selezione prevista dall'art. 15-*ter* d.lgs. 502/1992.

(45) Cfr. punto 9.2. del considerato in diritto Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, cit.

(46) Seguono questo argomentare tra le altre TAR Trieste Friuli-Venezia Giulia, 10 mag-

Tale opinione rimase, però, del tutto minoritaria, sia in dottrina che in giurisprudenza.

Prevalse, invece, l'idea della non riconducibilità allo schema della procedura concorsuale, a motivo del carattere meramente idoneativo della selezione⁴⁷ e della sua finalizzazione al conferimento dell'incarico dirigenziale a favore di soggetti già muniti della qualifica dirigenziale⁴⁸.

In questa diversa prospettiva, il conferimento dell'incarico veniva ricondotto nell'alveo degli atti assunti dalla p.a. con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 165/2001, con conseguente devoluzione del relativo contenzioso alla cognizione del giudice ordinario, chiamato dall'art. 63, comma 1, d.lgs. 165/2001 a conoscere proprio delle controversie relative al conferimento e alla revoca dell'incarico dirigenziale⁴⁹.

Benché la questione sia stata sovente solo incidentalmente affrontata, la giurisprudenza di legittimità ha di recente chiarito che natura privatistica deve riconoscersi non solo all'atto di conferimento dell'incarico in senso stretto, ma anche al procedimento selettivo che lo precede, tra l'uno e l'altro ricorrendo un collegamento tale per cui la sorte

gio 1999, n. 601, in *Lav. nelle p.a.*, 2002, p. 1146; TAR Bari Puglia, sez. II, 24 giugno 1998, n. 615, in *Ragiusan*, 192, 2000, p. 338; TAR Toscana, sez. II, 27 settembre 2002, n. 2135, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2858; TAR Venezia Veneto, sez. III, 20 dicembre 2002, n. 6675, in *Foro amm. TAR*, 12, 2002.

(47) La commissione di esperti, secondo quanto già ampiamente chiarito, non attribuisce punteggi, non opera una valutazione comparativa dei singoli candidati e non stila alcuna graduatoria di merito.

(48) L'attribuzione dell'incarico dovrebbe determinare a tale stregua una vicenda meramente modificativa, dal lato soggettivo, del rapporto di lavoro, esclusa, dunque, la ricorrenza di vicende novative.

(49) *Ex plurimis* Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 2954, in *Foro it.*, I, 2002, p. 2966; Cass., sez. un., 15 maggio 2003, n. 7621, in *Giust. civ. Mass.*, 5, 2003; TAR Campobasso Molise, 18 luglio 2003, n. 614, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 2322; Cass., sez. un., 27 gennaio 2004, n. 1478, in *Foro it.*, I, 2004, p. 3137; Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 432, in *Ragiusan*, 287-288, 2008, p. 337; Consiglio di Stato, sez. V, 25 dicembre 2009, n. 8850, in *Foro amm. CDS*, 12, 2009, p. 2876; Consiglio di Stato, sez. V, 14 settembre 2010, n. 6676, in *Foro amm. CDS*, 9, 2010, p. 1865; Consiglio di Stato, sez. III, 8 ottobre 2012, in *Foro amm. CDS*, 10, 2012, p. 2511.

dell'uno incide su quella dell'altro, in omaggio al noto broccardo *simul stabunt simul cadent*⁵⁰.

Ciò considerato, occorre ora verificare se i tradizionali argomenti adoperati dalla giurisprudenza prevalente per affermare la cognizione del giudice del lavoro possano ancor oggi ritenersi attuali, alla luce dalle scelte operate dal legislatore della riforma.

A tal riguardo, è senz'altro opportuno rammentare che per pacifica giurisprudenza l'art. 63, comma 4, del d.lgs. 165/2001 va inteso nel senso che per procedure concorsuali per l'assunzione, riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo, debbono intendersi quelle preordinate alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro ovvero all'accesso di personale già assunto in una fascia o area funzionale superiore mediante la novazione del rapporto, in forza di una scansione procedimentale caratterizzata dall'emanazione di un bando, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito⁵¹.

Orbene, sotto il profilo strutturale, non vi è dubbio che, sulla scorta della nuova regolamentazione, l'individuazione del soggetto destinatario dell'incarico avvenga sulla base di una procedura comparativa che prende avvio con la pubblicazione di un bando, si snoda in una fase di valutazione tecnica e si conclude con la formazione di una graduatoria.

Maggiori incertezze si condensano in merito all'aspetto funzionale, mai completamente chiarito in giurisprudenza.

Benché sia indubbio che il conferimento dell'incarico di struttura complessa, per quanto rivolto a vantaggio di soggetti già muniti della qualifica dirigenziale, comporti in punto di fatto la contestuale stipula, con la nuova azienda, del sottostante contratto di lavoro, risulta, invece, tuttora controverso se ciò comporti una mera modifica soggettiva

(50) Cass., sez. lav., 15 novembre 2012, n. 20029, in *Diritto & Giustizia* 2012, 16 novembre; *contra* TAR Sardegna, sez. I, 29 maggio 2009, n. 812, in *Foro amm. TAR*, 5, 2009, p. 1614.

(51) Sull'interpretazione dell'art. 63 d.lgs. 165/2001 tra le tante, da ultimo, Cass., sez. un., 29 maggio 2012, n. 8522, in *Giust. civ. Mass.*, 5, 2012, p. 690.

del contratto *ex latere datoris*, come implicitamente suppone la consolidata giurisprudenza in materia, o una vera e propria vicenda novativa, come sembra invece credere la Consulta quando ricostruisce la vicenda in termini di accesso agli impieghi o di accesso a posizioni funzionali più elevate, ai sensi dell'art. 97 Cost.⁵².

È facile prevedere che la questione animerà, e con rinnovato vigore, il dibattito giurisprudenziale, sul quale potrà esercitare una qualche influenza anche la disposizione contenuta nell'art. 15, comma 7-ter, d.lgs. 502/1992, là dove si prevede che "l'incarico di struttura complessa è soggetto a conferma al termine di un periodo di prova di sei mesi, prorogabile di altri sei, a decorrere dalla data di nomina a detto incarico, sulla base della valutazione di cui al comma 5".

La previsione di un periodo di prova potrebbe, in effetti, offrire suggestive argomentazioni per chi intenda individuare una vicenda novativa di assunzione agli impieghi o di accesso a posizioni funzionali più elevate.

Ma potrebbe anche legittimare una diversa lettura.

In effetti, la previsione di un periodo di prova riferito, *alla lettera*, all'incarico dirigenziale e non al rapporto di lavoro sottostante che, si immagina, dovrà continuare, a seconda delle diverse ipotesi ricostruttive, con la medesima azienda ovvero, secondo più plausibile lettura, con l'azienda di provenienza, potrebbe porre alcuni dubbi di conformità rispetto al parametro di cui all'art. 97 Cost., stante la necessità – più volte rammentata dalla Consulta – che il dirigente disponga di un periodo di tempo minimo, sufficiente a consentire una valutazione del suo operato.

Tornando al tema della natura della procedura, una anticipazione di possibili scenari futuri proviene da quella giurisprudenza intervenuta in ambiti regolati da normative regionali prima segnalate come distoniche rispetto alla pregressa normativa statale ed antesignane rispetto alle scelte solo oggi operate dal decreto Balduzzi.

In un caso nel quale la legislazione regionale prescriveva l'indizione della procedura concorsuale per l'assegnazione dell'incarico direttivo

(52) Cfr. Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, in *Giur. cost.*, 3, 2006.

di struttura complessa, la giurisprudenza amministrativa non ha avuto remore nel risolvere in termini positivi l'interrogativo sulla ricorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo, in presenza di contestazioni riferite all'ordine della graduatoria predisposta dalla commissione di esperti⁵³.

Quale che sia la sua natura, la procedura selettiva vale, comunque, soltanto ad orientare e, dunque, ad attenuare la discrezionalità del potere di scelta del direttore generale, senza escluderla del tutto, stante la possibilità riconosciuta dal novellato art. 15 d.lgs. 502/1992 di nominare un candidato diverso da quello collocato in posizione *potiore*, fornendo una articolata motivazione della diversa scelta compiuta.

Questo vuol dire che la maggiore idoneità attestata dal conseguimento del punteggio più alto in graduatoria costituisce elemento di per sé insufficiente ad assicurare il conferimento dell'incarico.

Ne consegue allora che, per effetto del superamento del concorso, il vincitore diviene soltanto titolare di una situazione giuridica meramente strumentale di natura pretensiva, specularmente contrapposta al potere di nomina del direttore generale, atteso che il superamento del concorso non consolida nel patrimonio dell'interessato l'acquisizione di alcun diritto al conferimento dell'incarico dirigenziale.

Se la tesi ricostruttiva qui proposta è corretta, l'avviso pubblico di conferimento dell'incarico non può allora ricondursi al classico schema dell'offerta al pubblico, entro cui normalmente la giurisprudenza di legittimità suole ricondurre il bando di concorso⁵⁴, giacché manca nell'avviso il riconoscimento in capo al vincitore del concorso del diritto a ricoprire la posizione di lavoro disponibile, di converso sempre occorrendo ai fini del conferimento dell'incarico una ulteriore manifestazione di volontà.

L'avviso appare, invece, molto più agevolmente accostabile all'invito ad offrire, costituendo le domande di partecipazione dei singoli

(53) Consiglio di Stato, sez. III, 21 maggio 2012, n. 3108, in *Foro amm. CDS*, 5, 2012, p. 1145.

(54) Sulla natura giuridica del bando cfr. M. AMENDOLA, voce *Concorso a Pubblico Impiego*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, VIII. In giurisprudenza Cass., sez. lav., 20 gennaio 2009, n. 1399, in *Lav. nelle p.a.*, 1, 2009, p. 148.

candidati altrettante proposte di stipula del contratto di incarico che il direttore generale si riserva di accettare mediante una espressa ed autonoma manifestazione di volontà.

Peraltro, tale manifestazione di volontà, normalmente motivata *per relationem* tramite rinvio all'ordine di graduatoria, deve essere corredata da analitica motivazione tutte le volte che il direttore generale intenda, invece, disattendere le risultanze della selezione.

Tanto è richiesto allo scopo di consentire al candidato pretermesso di insorgere avverso il provvedimento lesivo, invocando la tutela risarcitoria e, se del caso, anche demolitoria, tramite l'accertamento della nullità per violazione di norme imperative *ex art. 1419 c.c.*, potendosi sostenere – sempre in una prospettiva civilistica⁵⁵ – che la presenza di una analitica motivazione assurga in questa particolare fattispecie a vero e proprio requisito di validità del provvedimento di incarico⁵⁶. In punto di giurisdizione, non pare revocabile in dubbio la devoluzione del contenzioso al giudice ordinario, ove la contestazione cada sul solo provvedimento di conferimento dell'incarico, senza investire anche l'ordine della graduatoria.

Ove, invece, la contestazione sia estesa alla graduatoria redatta dalla commissione giudicatrice, la soluzione in punto di giurisdizione pare dipendere, come prima accennato, dalla risoluzione, più a monte, della questione della riconducibilità o meno della controversia nell'alveo di quelle devolute al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lgs. 165/2001.

In proposito è chiaro che, al di là della fondatezza degli argomenti adoperabili a sostegno dell'una o dell'altra tesi, ineludibili ragioni di concentrazione e di effettività della tutela consiglierebbero di mantenere inalterato l'attuale assetto della giurisdizione in materia di incarichi, con conseguente devoluzione dell'intero contenzioso innanzi al giudice ordinario, quale che sia la natura della doglianza portata

(55) Per una possibile diversa ricostruzione della natura dei poteri esercitati dalla p.a. in sede di conferimento dell'incarico *infra*, par. 6.

(56) Il carattere imperativo della norma non è peraltro incompatibile con l'esercizio, da parte del giudice, di più o meno ampi poteri di apprezzamento discrezionale: cfr. E. ROPPO, voce *Contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, UTET, 1989.

all'attenzione del giudice e la tesi ricostruttiva prescelta, sebbene il dato normativo poco si presti a consentire – in una prospettiva pubblicistica – un simile risultato, stante la difficoltà di estendere il potere di disapplicazione del giudice ordinario fino al punto da ricomprendere nel novero degli atti presupposti anche gli atti di eventuali procedure concorsuali⁵⁷.

6 ...segue: sulla conferma dell'incarico all'esito della valutazione dirigenziale

Non solo per il procedimento di nomina, ma anche per la conferma dell'incarico il legislatore ha operato scelte che si muovono lungo una direttrice comune rispetto ai più recenti interventi di riforma del lavoro pubblico.

Il nuovo testo dell'art. 15, comma 5, d.lgs. 502/1992, così come riformulato dalla riforma Balduzzi, prevede, infatti, che “l'esito positivo della valutazione professionale determina la conferma dell'incarico o il conferimento di altro incarico di pari livello, senza nuovi o maggiori oneri per l'azienda”.

L'uso da parte del legislatore dell'indicativo presente fa pensare al riconoscimento, in capo al dirigente che abbia ottenuto una valutazione positiva, di un diritto soggettivo pieno e perfetto alla conferma. Se così fosse, si tratterebbe di un enorme passo in avanti rispetto alla regolamentazione pregressa che, con una formulazione meno per-spicua rispetto a quella attuale, prevedeva che l'esito positivo delle verifiche costituisse soltanto una mera condizione per la conferma nell'incarico.

Sennonché il legislatore della riforma ha inteso espressamente mantenere fermo quanto già previsto dall'art. 9, comma 32, d.l. 78/2010, a mente del quale è consentito – da parte delle amministrazioni indicate all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, tra cui anche quelle del servizio sanitario – di non confermare l'incarico, pure in presenza di valutazioni positive, anche eventualmente disapplicando le più favorevoli disposizioni normative e contrattuali.

(57) Sul divieto di esercitare il potere di disapplicazione in relazione agli atti di pubblici concorsi v. Cass., sez. un., 19 aprile 2010, n. 9224, in *Giust. civ. Mass.*, 4, 2010, p. 559.

Anche in questo caso si pone il problema di verificare se la prospettiva civilistica, oramai da tempo accolta dalla giurisprudenza di legittimità in materia di gestione degli incarichi, consenta di edificare forme di tutela “reale”, a favore del dirigente perdente posto.

A tal riguardo – nella prospettiva di una lettura costituzionalmente orientata della normativa e, perciò, rispettosa dei moniti lanciati dalla Consulta in tema di autonomia della dirigenza – si è di recente autorevolmente affermato in dottrina che il titolare dell’incarico non rinnovato, in qualità di aspirante al rinnovo, possa esercitare l’azione di nullità di tale atto, facendo eventualmente valere la violazione dei doveri di correttezza e buona fede dovuta al mancato rispetto delle garanzie del giusto procedimento, e perfino contestando la motivazione della scelta compiuta alla luce della valutazione comparativa fra il nuovo e il precedente titolare⁵⁸.

La tesi è senz’altro coerente con la giurisprudenza civilistica degli ultimi decenni⁵⁹, mostratasi maggiormente incline ad utilizzare la clausola di buona fede quale strumento di controllo, anche in senso modificativo ed integrativo, del regolamento contrattuale in vista dell’equo contemperamento degli opposti interessi, tanto che si è ritenuto di recente assoggettabile a controllo giudiziale perfino il potere, “libero” ed acausale, del recesso *ad nutum* dal vincolo contrattuale, allo scopo di valutarne il possibile esercizio abusivo⁶⁰.

Sennonché la possibilità di pervenire alla declaratoria di nullità del provvedimento di mancata conferma per violazione del canone di

(58) Cfr. S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 39.

(59) In ambito civilistico, a partire più esattamente dalla c.d. sentenza Fiuggi, cfr. Cass., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3774, in *Foro it.*, I, 1995, p. 1296. Più risalente nel tempo ed ampia è la giurisprudenza lavoristica sul controllo tramite le clausole di buona fede del potere discrezionale del datore di lavoro: per un’ampia rassegna di giurisprudenza e dottrina V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell’impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, sub art. 2086, in *Il Codice civile – Commentario* diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 129; nel lavoro pubblico contrattualizzato cfr. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004.

(60) Cfr. Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ. Mass.*, 9, 2009, p. 1331.

buona fede, fatto assurgere al rango di norma imperativa ai sensi dell'art. 1419 c.c., non appare così pacifica in giurisprudenza⁶¹.

In ossequio piuttosto alla nota distinzione tra regole di validità, fissate necessariamente *ex ante* ed in astratto a tutela della certezza dei rapporti giuridici, e regole di condotta, che possono solo giustificare, ove violate, l'attivazione di forme di tutela risarcitorie⁶², la giurisprudenza di legittimità, anche a Sezioni Unite, con orientamento affermatosi anche nella specifica materia del conferimento dell'incarico dirigenziale, ha reiteratamente negato che l'inosservanza dei doveri di correttezza e buona fede possa condurre alla dichiarazione di nullità dell'atto per violazione di norme imperative *ex art. 1419* (c.d. nullità virtuale)⁶³.

Non pare allora errato sostenere che le tradizionali tecniche di tutela del rapporto, imperniate sull'azione di nullità per violazione di norme imperative o sull'azione di esatto adempimento *ex art. 1218 c.c.*⁶⁴, riescano con una certa difficoltà ad intercettare le nuove istanze di tutela emerse nella più recente, ed eclettica, produzione legislativa in materia di gestione degli incarichi dirigenziali.

E tanto dovrebbe forse indurre a ripensare, se non proprio la natura dell'intero rapporto di lavoro dirigenziale, quanto meno quella degli atti di conferimento e revoca degli incarichi, in guisa tale da rendere applicabile, in maniera diretta, le garanzie della legge 241/1990 e le tecniche di tutela, anche a carattere demolitorio, tradizionalmente assicurate dal giudizio amministrativo.

(61) Anche nella nota pronuncia Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 non pare chiaro se la Corte faccia conseguire meri effetti risarcitori ovvero effetti reali di inefficacia dell'atto di recesso: così E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. com.*, 2, 2011, p. 295.

(62) Sulla distinzione tra regole di validità e regole comportamentali in generale Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ. Mass.*, 12, 2007.

(63) V. Cass., sez. un., 19 luglio 2011, n. 15764, in *Guida al diritto*, 44, 2011, p. 74. Si veda pure Cass., sez. lav., 1° dicembre 2009, n. 25314, in *Giust. civ.*, 12, I, 2010, p. 2953 e, più di recente, Cass., sez. lav., 16 luglio 2012, n. 12130, in www.aranagenzia.it.

(64) Sulle tecniche di tutela del rapporto in generale cfr. M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, Cedam, 1986, nonché A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003; con riferimento ai rapporti di lavoro, anche facenti capo ai dipendenti degli enti pubblici economici, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988.

Per quanto mai accolta dalla giurisprudenza ordinaria di legittimità, la tesi che intravede nella giurisdizione del giudice ordinario in materia di conferimento e revoca degli incarichi una forma di giurisdizione piena ed esclusiva, estesa cioè alla cognizione degli interessi legittimi ed all'annullamento dei provvedimenti amministrativi, è in effetti da tempo proposta da autorevole dottrina quale risposta più coerente rispetto all'esigenza di un più penetrante controllo giudiziale sull'esercizio del potere riguardante *lato sensu* la gestione degli incarichi⁶⁵. Quale che sia la soluzione accolta, non è in dubbio, comunque, che la problematica questione della natura degli atti di gestione degli incarichi presenti profili di rilevante interesse soprattutto se riguardata sotto l'angolo visuale dell'incarico di struttura complessa, posto che in tale particolare fattispecie alla determinazione di mancata conferma dovrebbe seguire, quale atto strettamente consequenziale, l'indizione di una nuova procedura di natura concorsuale.

Sicché, a ben vedere, la questione del mancato rinnovo presenta apprezzabili profili di interferenza col diverso problema, più volte qui accennato, della giurisdizione sulle controversie relative alla procedura comparativa che precede l'assegnazione dell'incarico.

Accogliendo la tesi che riconduce tale procedura nell'alveo del diritto pubblico, la posizione in cui versa il dirigente perdente posto non dovrebbe, infatti, distinguersi da quella in cui versa l'idoneo in graduatoria rispetto alla determinazione della p.a. di dar luogo al pubblico concorso: in entrambi i casi l'attribuzione del bene della vita dovrebbe necessariamente comportare la previa rimozione, innanzi al giudice amministrativo, della determinazione di indizione della nuova procedura concorsuale⁶⁶.

(65) Tra cui proprio lo stesso S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1, 2012, p. 39; ma anche F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. nelle p.a.*, 6, 2006, p. 1049.

(66) Sulla giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia promossa dall'idoneo in graduatoria che invoca l'assunzione tramite la previa rimozione del bando Cass., sez. un., 16 novembre 2009, n. 24185, in *Giust. civ. Mass.*, 11, 2009, p. 1598.

7. La procedura di conferimento dell'incarico di direzione generale: quali novità

Meno dirompenti appaiono, invece, le novità introdotte in merito alla nomina dei direttori generali.

Secondo il quadro normativo previgente, la nomina doveva avvenire tra quanti, in possesso dei requisiti previsti dal d.l. 512/1994, si fossero dichiarati disponibili a ricoprire l'incarico, rispondendo all'apposito avviso di selezione pubblicato in G.U. dalla Regione⁶⁷.

Si è già rammentato che, allo scopo di superare le incertezze manifestatesi in seno alla giurisprudenza amministrativa (e penale), la legge delega 418/1998 era intervenuta per escludere espressamente la necessità di dar luogo a valutazioni comparative⁶⁸.

Alcune Regioni – tramite atti normativi di rango legislativo⁶⁹ ovvero, e più frequentemente, tramite puntuali atti amministrativi – avevano individuato una fase procedimentale preliminare di formazione di elenchi di candidati in possesso dei requisiti pretesi dalla legge e, perciò, idonei alla nomina.

In coerenza con tale articolato quadro normativo, la giurisprudenza di legittimità aveva così nettamente distinto il procedimento di nomina in senso stretto, preordinato ad una selezione di tipo non comparativo del nominato, nella quale il candidato sarebbe titolare di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo di nomina, dalla precedente fase di predisposizione dell'elenco degli idonei, nella quale il candidato sarebbe, invece, titolare di un vero e proprio diritto soggettivo all'inserimento nell'elenco, da farsi valere innanzi al giudice ordinario⁷⁰.

Ciò considerato in merito al previgente quadro normativo, non pare errato sostenere che la riforma del 2012 si sia limitata a positivizzare

(67) Art. 3, comma 6, d.lgs. 502/1992.

(68) Con disposizione non abrogata, neppure implicitamente, dal d.lgs. 229/1999, così Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26631, in *Giust. civ. Mass.*, 12, 2007.

(69) Art. 24 l.r. Puglia 25 febbraio 2010, n. 4; art. 12 l.r. Lombardia 30 dicembre 2009, n. 33, nonché artt. 11 e 12 l.r. Liguria 14 dicembre 1993, n. 55.

(70) Oltre alla già citata Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26631, anche TAR Milano, Lombardia, sez. III, 16 dicembre 2011, n. 3198, in *Foro amm. TAR*, 12, 2011, p. 3847.

nella legislazione statale soluzioni regolatorie per la verità già affiorate nella prassi (amministrativa e giurisprudenziale) e sporadicamente anche formalizzate nelle stesse legislazioni regionali.

Il nuovo testo dell'art. 3-*bis*, comma 3, d.lgs. 502/1992 prevede, infatti, che le Regioni provvedano alle nomine attingendo agli elenchi di idonei, costituiti da una commissione composta in prevalenza da esperti indicati da qualificate istituzioni scientifiche.

Si prevede, altresì, che alla selezione si acceda col possesso del diploma di laurea magistrale e di una qualificata esperienza dirigenziale.

Dunque, la procedura continua ad essere articolata in una fase preliminare di formazione di un elenco di idonei ed in una fase successiva preordinata all'adozione del provvedimento autoritativo di nomina.

La formazione dell'elenco pare caratterizzata da una valutazione tecnica di idoneità, con una selezione – ed è questa la sostanziale novità – che dovrebbe essere affidata ad una commissione composta in prevalenza da esperti in grado di offrire garanzie maggiori di indipendenza e di imparzialità.

Minime, invece, appaiono le modifiche apportate ai requisiti richiesti per accedere alla selezione (laurea ed esperienza professionale).

Non è da escludere e, anzi, appare ragionevole prevedere che le Regioni regolino più compiutamente la procedura, introducendo criteri e modalità di selezione più specifici, come peraltro espressamente invitate a fare dal novellato art. 3-*bis*, comma 3, d.lgs. 502/1992, anche allo scopo di introdurre requisiti più rigorosi rispetto a quelli *minimi* richiesti per il solo accesso alla procedura dal d.lgs. 502/1992.

Sotto tale aspetto sarà interessante verificare se la previsione di specifici criteri di selezione ed il conseguente svolgimento ad opera della commissione di un'attività di *valutazione tecnica* più che di mero *accertamento tecnico* indurrà la giurisprudenza a rivedere la propria posizione in ordine alla natura delle situazioni giuridiche orbitanti in capo ai candidati nella fase idoneativa e, conseguentemente, anche in ordine al riparto di giurisdizione.

Ciò considerato in ordine alla nomina dei direttori generali, sorprende che, in un quadro normativo statale caratterizzato da una maggiore sensibilità verso il problema della verifica in capo ai prescelti della professionalità necessaria, nessuna particolare disposizione sia stata,

invece, dettata in riferimento alla nomina dei direttori amministrativo e sanitario che continua ad essere affidata, come prima, all'esclusiva responsabilità del direttore generale, senza alcuna previa verifica oggettiva ed imparziale di professionalità.

8. Sulle cause di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi nel d.lgs. 39/2013

Sulle nomine di cui qui si discorre novità significative sono state da ultimo introdotte dal d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, recante disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni⁷¹.

L'intervento legislativo rientra nella più ampia strategia di prevenzione e contrasto ai fenomeni di corruzione delineata dalla legge 190/2012. L'obiettivo è quello di prevenire l'insorgenza di situazioni di conflitto di interesse, in grado di compromettere l'imparzialità ovvero l'immagine di imparzialità del pubblico funzionario, assicurando *ex ante* le migliori condizioni affinché l'attività amministrativa sia sottratta ad impropri condizionamenti di interessi (o gruppi di interesse) esterni, in ossequio ai principi scolpiti dagli artt. 54 e 97 Cost.⁷².

L'ambito di applicazione del decreto è, perciò, assai esteso, comprendendo al proprio interno accanto agli incarichi dirigenziali, non esclusi quelli esterni ed apicali⁷³, delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 d.lgs. 165/2001, anche gli incarichi di amministratore degli enti pubblici e degli enti privati in mano pubblica nonché gli stessi incarichi di direzione di azienda sanitaria ed ospedaliera.

Non è questa la sede per trattare *funditus* della complessa e, a volte, estremamente analitica regolamentazione.

Ci si limiterà, pertanto, a dar conto delle novità introdotte dal decreto

(71) Per un primo commento G.B. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *GDA*, 2, 2013.

(72) Sul tema dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici cfr. F. MERLONI, *L'etica dei soggetti con incarico fiduciario*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009.

(73) Come quelli di Segretario generale e di capo Dipartimento, i quali non comportano lo svolgimento in via esclusiva di compiti di gestione.

39/2013, in relazione a quegli aspetti più direttamente pertinenti rispetto al tema che ci occupa, tralasciando volutamente di considerare altri aspetti, pur rilevanti, che, però, una minore incidenza assumono in relazione al procedimento che conduce alla nomina dirigenziale. Le ipotesi di inconfiribilità introdotte dal decreto sono sostanzialmente riconducibili a tre diverse fattispecie.

La prima consegue alla condanna per reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale.

L'ipotesi trova applicazione, senza particolari variazioni se non quelle rese necessarie dal carattere autonomo del rapporto di lavoro⁷⁴, anche nei riguardi dei direttori generali (sanitari ed amministrativi) di azienda sanitaria⁷⁵.

È importante rilevare come l'inconfiribilità possa anche conseguire a pronunce di condanna *non irrevocabili*.

Trattandosi di forme di inconfiribilità derivanti da provvedimenti giurisdizionali non ancora definitivi, il legislatore ha ritenuto opportuno di contenerne la durata massima prevedendo, altresì, la cessazione di diritto in caso di sopravvenienza di una pronuncia, anche non irrevocabile, di proscioglimento⁷⁶.

Alla luce di tale novità, appare quanto meno dubbia la perdurante vigenza dell'art. 3, comma 11, d.lgs. 502/1992, che analoghe forme di inconfiribilità – anche conseguenti a pronunce di condanna non definitive – prevedeva in relazione agli incarichi di direzione di azienda sanitaria.

Le altre ipotesi di inconfiribilità previste dal d.lgs. 39/2013 conseguono, invece, allo svolgimento di incarichi di matrice politica ovvero allo svolgimento di incarichi presso enti finanziati dall'amministrazione conferente: in entrambi i casi specifiche disposizioni sono dettate per i direttori di azienda sanitaria.

(74) Art. 3, comma 6, d.lgs. n. 39/2013.

(75) Per certi aspetti, alcune delle cause di inconfiribilità previste dal d.lgs. n. 39/2013 presentano profili di sovrapposizione rispetto alle più tradizionali cause ostative di assunzione agli impieghi.

(76) Art. 3, comma 6, d.lgs. 39/2013.

A tal riguardo vi è da segnalare come l'unica ipotesi conosciuta dall'ordinamento di inconferibilità degli incarichi per ragioni politiche fosse in precedenza proprio quella contenuta all'interno dell'art. 3, comma 9, d.lgs. 502/1992 (ora abrogata espressamente dall'art. 23 d.lgs. 39/2013), relativa al divieto di nomina a direttore di azienda sanitaria per coloro i quali fossero stati candidati, senza poi risultare eletti, in elezioni europee, nazionali, regionali e locali.

L'art. 8, comma 1, d.lgs. 39/2013 ritorna sulla materia confermando tale ipotesi ed ampliando ulteriormente lo spettro delle inconferibilità ai casi in cui il soggetto abbia in precedenza svolto incarichi politici, graduando diversamente il periodo di c.d. *raffreddamento* in relazione alla natura dell'incarico politico ricoperto.

Come è stato esattamente osservato nei primi commenti, la norma intende evitare che il conferimento degli incarichi – soprattutto se ancorato, come nel caso che ci occupa, ad una valutazione di professionalità del prescelto – sia in qualche modo condizionato da esigenze di ricollocamento di personale politico, ciò che potrebbe condizionare impropriamente anche la successiva azione del titolare dell'incarico dirigenziale, sì da pregiudicare la stessa imparzialità della p.a.

L'imparzialità soggettiva del funzionario è, tuttavia, obiettivo perseguito dal legislatore ricorrendo ad un ampio ventaglio di strumenti, non limitato alle sole ipotesi di inconferibilità degli incarichi.

Si spiega così l'estensione della platea dei destinatari delle previsioni di cui all'art. 53, comma 16-*ter*, d.lgs. 165/2001, introdotte peraltro dalla recente legge 190/2012, relative al divieto per i pubblici dipendenti che abbiano esercitato poteri autoritativi e negoziali di svolgere nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego attività presso i soggetti privati destinatari dell'attività della p.a. L'art. 21 del d.lgs. 39/2013 prevede, infatti, che detto divieto si applichi anche ai funzionari legati da rapporto di lavoro autonomo e, dunque, anche ai direttori di azienda sanitaria.

La disposizione conferma l'approccio sostanzialistico adottato dal legislatore del 2013, finalizzato ad assicurare la correttezza e l'imparzialità del funzionario, quale che sia la natura del rapporto di lavoro. Corposo è, infine, l'intervento sul versante delle incompatibilità, con l'introduzione di fattispecie, integrative di quelle già vigenti, ancorate

allo svolgimento di incarichi presso enti di diritto privato ovvero di natura politica⁷⁷, suscettibili di generare posizioni di conflitto di interessi o di interferire, comunque, con il corretto andamento della p.a.

9. *Considerazioni conclusive*

Dal quadro normativo sopra tratteggiato emerge certamente il tentativo del legislatore di introdurre, soprattutto con riferimento alla media dirigenza aziendale, maggiori garanzie di trasparenza e di imparzialità nella gestione degli incarichi, allo scopo di porre un argine alla politicizzazione degli apparati.

Con riferimento, in particolare, agli incarichi di struttura complessa, l'obiettivo della gestione imparziale viene realizzato attenuando in maniera significativa, pur senza escluderla del tutto, la discrezionalità nella scelta dei collaboratori sanitari ed imponendo obblighi procedurali in grado di assicurare, *ex post*, un controllo giudiziale sulle scelte più penetrante ed effettivo rispetto a quello consentito sotto il vigore del precedente quadro normativo.

Proprio con riferimento alla latitudine ed all'intensità del sindacato giudiziale sulle nomine dei dirigenti sanitari, è dunque da salutare con favore l'allineamento così realizzato rispetto agli standard di tutela da tempo oramai assicurati nei riguardi delle altre dirigenze.

Perduranti criticità permangono, invece, in ordine al diverso versante della conferma dell'incarico, la cui disciplina continua tuttora a caratterizzarsi per il mantenimento di soluzioni regolatorie già oggetto in passato di diffusi rilievi critici.

Con riferimento, dunque, ai direttori di struttura, non pare errato sostenere che l'introduzione sul piano del diritto positivo di strumenti di selezione secondo il merito – giudicati meglio in grado di assicurare (almeno in teoria) la selezione dei migliori, in ossequio al principio di imparzialità – segni una significativa correzione di rotta rispetto al recente passato: la *mimetica* trasposizione dei modelli aziendalistici, dominati dalla presenza di una amplissima discrezionalità nelle nomine, sembra cedere il passo ad un sistema in parte diverso, in cui la

(77) In entrambi i casi specifiche previsioni sono dettate per i direttori di azienda sanitaria, v. artt. 10 e 14 d.lgs. 39/2013.

logica manageriale viene affinata tramite ricorso a soluzioni ispirate ad una visione più disincantata dei reali meccanismi di funzionamento degli apparati.

Valutazione parzialmente diversa, quanto a grado di profondità dell'intervento legislativo, devono, invece, ricevere le disposizioni relative alle nomine dei direttori generali, in relazione alle quali appare tuttora non superato il modello fiduciario accolto dalla terza riforma sanitaria.

Qui è, infatti, ancora la *fiducia*, seppure da intendersi in senso tecnico ed oggettivo⁷⁸, a porsi quale canone predominante per la scelta del funzionario, avendo il legislatore della riforma inteso puntare, con maggiore decisione, sul diverso versante del consolidamento delle garanzie di professionalità dei candidati, affidandone il vaglio ad una verifica preliminare ed imparziale di idoneità, ma lasciando impregiudicata l'ampia discrezionalità degli organi regionali nell'individuazione del candidato ritenuto meglio in grado di realizzare i programmi di salute approvati.

(78) Sulla distinzione tra fiduciarità politica e fiduciarità tecnica nelle nomine G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2000; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 1, 2001, p. 39. In relazione alle nomine di cui qui si discorre cfr. F. MERLONI, *Spoil system, il timore dell'over rulling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, in *Le Regioni*, 5, 2010, p. 1136.

Beni comuni e servizi pubblici: utilità sociale e gestione democratica

Nicola Giannelli

Abstract

La gestione dei beni comuni è una questione centrale delle politiche pubbliche. Una comunità deve cercare di evitare il sopra o sottosfruttamento dei beni comuni. Ma prima di tutto il dibattito politico dovrebbe concentrarsi sulla definizione della natura e dei confini dei beni comuni come beni che perseguono fini fondamentali di quella comunità. Per proteggerli essa può riconoscere loro uno speciale status giuridico. Molti servizi pubblici, che difendono diritti fondamentali e la dignità degli esseri umani, dovrebbero essere considerati come beni comuni e i cittadini dovrebbero essere chiamati a partecipare alle decisioni che li riguardano. La gestione di questi servizi sarà tenuta dallo Stato, dagli enti locali, da autogestioni o da privati no profit, a diversi livelli di governance. Ma i fini pubblici devono essere assicurati da un processo decisionale partecipativo. In questo settore l'efficienza economica non è il principale valore del regime pubblico di regolazione, ma essa può essere raggiunta quando il sistema di governo coinvolge i cittadini che sono al tempo stesso i beneficiari e i finanziatori di questi servizi.

1. La nozione di bene comune

“Quella che noi chiamiamo terra è un elemento della natura inestricabilmente intrecciato con le istituzioni dell'uomo. Isolarlo e farne un mercato è stata forse la meno naturale di tutte le imprese dei nostri antenati. Tradizionalmente terra e lavoro non sono separati: il lavoro costituisce parte della vita, la terra rimane parte della natura e uomo e natura formano un insieme articolato. La terra si lega quindi alle organizzazioni di parentela, di vicinato, di mestiere, di credo, alla tribù, al tempio, al villaggio, alla corporazione e alla chiesa. [...] Le recinzioni (delle terre) sono state giustamente chiamate una rivolu-

zione del ricco contro il povero. I signori e i nobili sconvolgevano l'ordine sociale rompendo antiche leggi e consuetudini talvolta per mezzo della violenza, spesso con pressioni e intimidazioni. Essi letteralmente derubavano i poveri della loro parte di terreno demaniale, abbattendo le case che per la forza fino ad allora inviolabile della consuetudine essi avevano considerato loro e dei loro eredi. Il tessuto sociale veniva spezzato, villaggi abbandonati [...] opprimendo la gente e trasformandola da una popolazione di dignitosi contadini in una folla di medicanti e ladri¹. In questo processo i beni comuni, che nei villaggi erano lo strumento chiave della vita sociale precapitalistica, hanno visto ridurre sempre più la loro importanza, mentre le istituzioni giuridiche in Europa davano vita a nuovi codici costruiti sul dualismo tra diritto pubblico, imperniato sullo Stato, e diritto privato, imperniato sulla proprietà individuale. Fa notare Ermanno Vitale² che sia Polanyi che Marx inserivano il processo delle recinzioni (*enclosures*) nella grande trasformazione che ha dato vita all'economia dell'età capitalista. Polanyi però segnala l'enorme impoverimento culturale e insieme materiale di milioni di persone, conseguente al processo di trasformazione in merce di terra, lavoro e moneta. Vitale polemizza con l'atteggiamento moralista di chi, come Ugo Mattei, afferma che i beni comuni sono "entità di cui sussiste un bisogno pubblico e privato che non è pagante a causa di tale mancanza di consapevolezza. Proprio l'opposto della maggior parte delle merci prodotte dal capitalismo attuale di cui non sussiste alcun bisogno reale né pubblico né privato"³. Tale bisogno verrebbe artificialmente creato con l'azione di *marketing*. Egli cita poi questa definizione attribuita all'associazione Unimondo⁴: "i beni comuni possono essere definiti come l'insieme dei principi, delle istituzioni, delle risorse, dei mezzi e delle pratiche che permettono ad un gruppo di individui di costituire una comunità

(1) K. POLANYI, *The Great Transformation*, New York, 1944, trad. it. *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 1974.

(2) E. VITALE, *Contro i beni comuni*, Bari, Laterza, 2013.

(3) U. MATTEI, *La nozione di bene comune*, in P. CACCIARI (a cura di), *La società dei beni comuni*, Roma, Ediesse, 2010.

(4) OFFICINA DELLE IDEE DI RETE@SINISTRA, *La società dei beni comuni*, *ivi*.

umana capace di assicurare il diritto ad una vita degna a tutti". Questa definizione non è lontana da quella della dottrina sociale della Chiesa cattolica: "secondo una prima e vasta accezione, per *bene comune* s'intende l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono, sia alle collettività sia ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più celermente"⁵. Riccardo Petrella identifica invece i beni comuni in base a due requisiti: essenzialità e insostituibilità. Queste qualità sono evidenti in alcuni beni (aria, acqua, ecc.) ma lasciano aperta la discussione su molti altri beni che possono essere ritenuti comuni, come ad esempio la bellezza del paesaggio, i beni culturali, l'assistenza sanitaria, la pedonalizzazione di un'area urbana e così via. Ogni portatore di un punto vista cercherà di dimostrare agli altri quale deve essere l'ambito di applicazione del concetto di bene comune. "I beni comuni presentano una variabilità troppo articolata perché li si possa descrivere mediante un complesso di principi fissi e universali. Ogni bene, ogni bene comune presenta dinamiche peculiari in funzione dei partecipanti, della sua storia, dei valori culturali e così via"⁶. Perciò non deve stupire che nel nostro ordinamento non esista una specifica categoria giuridica associata al concetto di bene comune, ad eccezione di alcuni riferimenti di ambito locale e ad altri di carattere giurisprudenziale⁷.

2. *La tragedia dei beni comuni*

Fintanto che la popolazione che insiste su un bene comune non eccede nel suo sfruttamento, la sua disponibilità comune permetterà uno sfruttamento proporzionato alle necessità collettive e alle capacità di ognuno, mentre se la stessa entità di bene fosse suddivisa in molte proprietà private sarebbe sfruttata in maniera diversa, a seconda delle

(5) PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa, punto 164*, http://www.vatican.va/roman_curia/ maggio 2013.

(6) D. BOLLIER, *Lo sviluppo del paradigma dei beni comuni*, in C. HESS e E. OSTROM, *Understanding Commons as Knowledge*, Boston, 2007, trad. it. *La conoscenza come bene comune*, Milano, Bruno Mondadori, 2009.

(7) A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Bari, Laterza, 2013, p. 63, con riferimento alla sentenza 14 febbraio 2011, n. 3665 della Corte di cassazione.

necessità e delle capacità di ogni proprietario. Ma lo sfruttamento dei beni comuni contiene un rischio che il biologo Garrett Hardin ha efficacemente chiamato la tragedia dei beni comuni⁸. Il suo ragionamento è semplice. Immaginiamo un pascolo comune sul quale molti pastori portano le loro greggi. Per un singolo pastore l'utilità di aggiungere un animale al suo gregge comporta una utilità che dipende dal valore di mercato della produzione di quell'animale. Il consumo del pascolo di quell'animale è invece un costo che è suddiviso tra tutti pastori che utilizzano il pascolo. Singolarmente quindi nessuno di essi ha interesse a limitarsi nello sfruttamento del pascolo. Hardin fa notare come anche per l'inquinamento vale lo stesso meccanismo: "l'attore razionale trova che il costo della sua porzione di scarichi nel bene comune costa meno di quanto gli costerebbe ripulire i suoi scarichi prima di disfarsene"⁹. È da questa semplice osservazione che nasce il principio dell'Unione europea "chi inquina paga"¹⁰. Ecco perché è necessario adottare delle soluzioni istituzionali. "Alcune scuole di pensiero in relazione alla 'tragedia dei beni comuni' raccomandano che lo Stato controlli la maggior parte delle risorse naturali per prevenire la loro distruzione; altri sono convinti che la privatizzazione di queste risorse risolverà il problema"¹¹. Entrambe queste soluzioni comportano però gravi conseguenze. Privatizzare le risorse naturali, anche mantenendo forme di regolazione statale, significa ricondurle comunque alla logica dello sfruttamento per il profitto di alcuni. Ma anche affidarle allo Stato comporta dei rischi. Hardin si chiede "*Quis custodiet ipsos custodes?*". E ricorda come l'affidamento della gestione di risorse allo Stato comporti rischi di cattiva gestione e corruzione. Per il mondo anglossassone, poi, l'intervento dello Stato è spesso

(8) G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 3859, 1968, pp. 1242-1248.

(9) *Ibidem*.

(10) Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

(11) E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Collective Action*, Cambridge University Press, 1990. Qui citata dall'originale, trad. it. *Governare i beni collettivi. Istituzioni pubbliche e iniziative delle comunità*, Venezia, Marsilio 2007.

visto come una minaccia: “anche se evitiamo la tragedia dei beni comuni, questo succederà solo grazie al ricorso alla tragica necessità del Leviatano”¹². Per usare le parole di Elinor Ostrom “Quello che uno può osservare nel mondo è che né lo Stato né il mercato sono stati continuativamente capaci di dare agli individui un sistema produttivo di sfruttamento delle risorse naturali sostenibile nel lungo periodo. Mentre invece vi sono casi di comunità che per governare qualche risorsa hanno fatto affidamento su istituzioni diverse dallo Stato e dal mercato con un ragionevole grado di successo nel lungo periodo”¹³.

3. *La trappola degli anticomuni*

Esiste anche un pericolo inverso: quando un diritto attribuito ad alcuni limita lo sfruttamento di un bene comune che potrebbe portare maggiore utilità a tutti senza esaurirsi. La frammentazione dei diritti sull'uso di un bene pubblico può creare un sistema di diritti di veto che può condurre ad un sottoutilizzo del bene comune, cioè ad un suo utilizzo al di sotto dei benefici che potrebbe dare alla collettività. È il problema degli *anticommons*. La trappola degli anticomuni è stata ad esempio richiamata in relazione alla frammentazione dei diritti d'uso sulle reti di telecomunicazioni e sullo spettro elettromagnetico¹⁴, oppure il brevetto sulle decodificazioni del DNA umano¹⁵. Napolitano a questo proposito ricorda che “La tragedia degli anticomuni che deriva da un sistema delle licenze che assegna diritti estremamente frammentati può essere evitata soltanto estendendo l'oggetto dei diritti assegnati dalla licenza e rimuovendo le barriere al mercato artificialmente operate”¹⁶. Per conseguire questo risultato si può prevedere

(12) W. OPHULS, *Leviathan or Oblivion*, in H.E. DALY (a cura di), *Toward a Steady State Economy*, San Francisco, Freeman, 1973. Cit. in OSTROM *Governing the Commons*, cit.

(13) E. OSTROM *Governing the Commons*, cit.

(14) C. CAMBINI, A. SASSANO, *Lo spettro non vale zero*, www.lavoce.info, 10 gennaio 2012.

(15) G. RESTA, *Beni pubblici in tempo di crisi*, in <http://uniba-it.academia.edu/Giorgio-Resta>, p. 88.

(16) G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le tragedie dell'interesse comune*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2007.

che uno o più operatori pubblici, di natura consortile o comunque regolati dallo Stato gestiscano una infrastruttura in modo da consentire l'accesso in condizioni paritarie ai vari competitors. Così si fa, ad esempio, in Francia, Spagna e Regno Unito¹⁷. “In teoria, in un mondo senza costi di transazione, le persone potrebbero evitare la tragedia dei beni comuni o del loro opposto commerciando i loro diritti tra loro. [...] Vi sono molte situazioni nelle quali il non uso deriva da una eccessiva frammentazione, ma non è socialmente desiderabile”¹⁸. Il limite di questa letteratura è che immagina l'utilità pubblica come una qualità sempre misurabile economicamente. Seguendo questo ragionamento una spiaggia non andrebbe mai lasciata libera alla fruizione delle persone. Si dovrebbe sempre mettere a gara la concessione tramite un sistema che permetta di ricavare il massimo del guadagno. Questo guadagno andrebbe nelle tasche dell'ente pubblico titolare dei diritti che potrebbe farne un uso socialmente utile.

4. *Soluzioni diverse per contesti diversi*

Scrive Elinor Ostrom: “Quello che manca, dal punto di vista degli strumenti dell'analisi di *policy* – e dal punto di vista di teorie di organizzazione umana accettate e ben sviluppate – è una specifica e adeguata teoria di azione collettiva che spieghi come un gruppo di attori può organizzare se stesso volontariamente per dare un esito positivo ai suoi sforzi”¹⁹. Il contributo della Ostrom e dei suoi colleghi è una approfondita osservazione di casi di gestione di beni comuni affidata a soggetti di diversa natura: società di tipo cooperativo, enti locali più o meno elettivi, enti pubblici dello Stato e varie figure intermedie. Il modello più semplice prevede l'ipotesi di un contratto che vincola gli attori ad un atteggiamento cooperativo. Il contratto che prevede l'uso del bene comune dovrà essere stipulato (ed eventualmente modificato) solo con l'unanimità dei contraenti. “Ne consegue

(17) C. CAMBINI, A. SASSANO, *Lo spettro non vale zero*, cit.

(18) M. HELLER, *The Dynamic Analytics of Property Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 79, 2001, cit. in S. RODOTÀ, *Linee guida per un nuovo codice dei beni pubblici*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta*, cit.

(19) E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit.

che il solo possibile accordo – e l'equilibrio che deriva dal gioco che ne risulta – è per i due o più pastori di dividere equamente un livello sostenibile di sfruttamento del pascolo e i costi di sorveglianza del loro accordo finché il costo di questa sorveglianza è inferiore al guadagno che se ne ricava²⁰. Ostrom suggerisce che anche l'arbitro che deve sorvegliare il rispetto degli accordi sia privato, perché se c'è una competizione tra diversi pretendenti a fare l'arbitro, e la scelta dell'arbitro è sempre condivisa tra tutti gli attori, questo avrà interesse a comportarsi più correttamente possibile. Il caso in cui vi sia un solo arbitro possibile coincide con l'affidamento di questa funzione allo Stato. Ogni pastore avrà interesse a sorvegliare il comportamento degli altri, così riducendo i costi di sorveglianza da parte dell'arbitro. Al contrario un'agenzia di regolazione incorrerà spesso in errori dovuti a informazione incompleta. Ostrom comunque ammette che anche questa soluzione non è una panacea. Per cominciare gli attori possono sovrastimare o sottostimare la consistenza della risorsa. Poi l'arbitro può non essere capace di imporre le regole. Molti altri problemi possono insorgere, come del resto nei casi della regolazione tramite agenzia o nella privatizzazione. Il suo lavoro consiste proprio nella analisi empirica di situazioni concrete che si possono ricondurre a quel modello elementare. Ostrom fa notare come ci sia una miriade di esempi di gestione di beni in comune: dal caso, diffuso nei paesi anglossassoni, degli studi legali associati, a quelli più complicati che sono esaminati con accuratezza nel libro. Un caso esemplare è quello dei pescatori di Alanya, in Turchia. Si tratta di un centinaio di persone che operano su una quarantina di barche. Hanno diviso gli spazi di pesca in tante aree quante sono le barche eppoi hanno avviato un meccanismo di assegnazione a rotazione giornaliera di queste aree in modo che ciascuna barca abbia le stesse possibilità di pesca. Inoltre i pescatori stessi sorvegliano il rispetto da parte di tutti delle regole stabilite, abbattendo con ciò i costi di amministrazione. Ma non si deve credere che la gestione di beni comuni sia sempre accompagnata dalla parità dei diritti tra i partecipanti. Nel Giappone

(20) *Ibidem.*

preindustriale oltre 12 milioni di ettari di bosco montano erano terreni comuni per migliaia di villaggi. Ogni villaggio aveva le sue regole di autogoverno dei beni comuni. I villaggi erano governati da assemblee di capifamiglia. Ma, a seconda dei villaggi, il diritto di partecipare a questo organo potevano essere limitati in base al possesso di diritti di coltivazione, oppure di proprietà o ancora alle tasse pagate. Inoltre le titolarità di accesso ai beni comuni erano distribuite equamente tra i gruppi familiari e non proporzionati al numero dei membri. Perciò le famiglie numerose erano svantaggiate. Questo forse spiega perché si sia sempre mantenuto l'equilibrio demografico.

Nel 1435 a Valencia 85 agricoltori dettero vita ad una associazione al fine di regolare l'uso delle acque canalizzate che servivano all'irrigazione dei campi. Anche in questo caso si stabilirono rotazioni nell'uso e regimi differenti a seconda della stagione. Il sistema di regolazione si estese ai 16 mila ettari della piana, e con la sua estensione fu messo in piedi un sistema di amministrazione elettiva, con un comitato esecutivo, un organo di sorveglianza, un tribunale e una piccola burocrazia professionale. Però non si trattava di organismi "statali" bensì di autogoverno locale. La stessa evoluzione la troviamo a Murcia e ad Alicante. Si tratta di sistemi non più basati sulla semplice cooperazione. Vengono attivati dei sistemi di repressione per contenere i comportamenti predatori e di falsificazione. Evidentemente il controllo sociale e la sorveglianza reciproca non sono più sufficienti, anzi rischiano di degenerare in conflitti di sangue. Nel caso del sistema di irrigazione delle Filippine, che richiede una grande quantità di lavoro manuale, l'accesso al servizio è parzialmente proporzionale al contributo lavorativo di ciascuna unità territoriale.

5. I principi di una buona gestione comune

In tutti i casi esaminati da Ostrom la gestione comune parte da due elementi fondamentali: almeno una finalità comune e l'uso comune di alcune risorse per perseguirla. L'estrema differenziazione dei casi va da casi simili all'amministrazione degli spazi di uso comune di un condominio alla gestione di grandi infrastrutture per l'irrigazione di valli grandi come una Provincia. E ciascuna esperienza è inserita in un contesto storico, geografico e sociale differente. Benché contesti e

soluzioni di gestione comuni dei beni siano diversi, Ostrom fa notare alcuni tratti comuni ai casi di successo. Innanzitutto una notevole complessità ambientale che richiede uno sforzo comune soprattutto per fronteggiare l'incertezza che ne conseguirebbe. In questi casi la stabilità cognitiva degli attori riguardo alle prospettive sul futuro è confermata da una palese stabilità demografica. Essa testimonia un equilibrio tra uomo e ambiente sul filo della scarsità e una ereditarietà delle posizioni e delle competenze sviluppate. In questo contesto si consolidano regole di comportamento che favoriscono le persone in base alla reputazione di affidabilità e tendono ad escludere coloro che hanno reputazione di cambiare facilmente posizione o che non hanno interessi in comune con gli altri. Ostrom arriva a declinare i principi di una gestione comune dei beni capace di durare nel tempo. In particolare ritiene che sia necessario stabilire con chiarezza i confini del gruppo o insieme di persone che hanno diritto di partecipare alla gestione e devono essere formulate regole che consentono di modificare in modo consensuale le regole di funzionamento. Quando l'azione di controllo non è esercitata in prima persona dai partecipanti/beneficiari, chi svolge il controllo deve rispondere comunque a costoro. Le sanzioni dovranno essere proporzionate alla gravità dell'infrazione commessa, ma quando vi sono controversie o conflitti di interpretazione tra partecipanti e tra essi e i controllori, deve esistere un meccanismo di risoluzione rapido e di facile accesso. Non devono esistere autorità esterne che mettono in discussione le regole o le modalità di risoluzione delle controversie concordate dai partecipanti. In sistemi molto ampi e complessi è necessaria una struttura amministrativa organizzata su più livelli. "I ricercatori hanno trovato che in molti casi un sistema policentrico e multilivello è più efficiente di una unità amministrativa di ampiezza metropolitana o di un singolo livello diviso in unità minori"²¹. In base a queste ricerche si può dire che un governo multilivello funziona meglio se si esercita una continua manutenzione costituzionale, cioè se le norme costitutive e

(21) C.C. GIBSON, E. OSTROM, T.K. AHN, *The Concept of Scale and the Human Dimensions of Global Change: A Survey*, in *Ecological Economics*, 32, 2000, p. 234.

regolative di ciascun livello sono abbastanza frequentemente oggetto di reinterpretazione e modifica sulla base di un esame coscienzioso dei passaggi e degli esiti operativi del *policy making* tra i vari attori pubblici e privati.

Questi principi sono enunciati a partire dalla osservazione dei casi di gestione più stabili e duraturi. La principale minaccia alla stabilità viene naturalmente dal cambiamento delle condizioni esterne oppure da mutamenti tecnologici della produzione, ad esempio pescherecci capaci di pescare più pesce. Di fronte alle prospettive di cambiamento un sistema di autogoverno vede sempre una diversificazione delle prospettive individuali. Ciascuno si chiederà che cosa ha da guadagnare o da perdere da un cambiamento istituzionale e ognuno avrà un suo modo di vedere le cose, influenzato anche dagli altri. Crescerà il livello di incertezza e si svilupperanno strategie di difesa individuali che non condurranno facilmente a soluzioni condivise. Di fronte ad una sfida esterna o interna una collettività cerca di solito di difendere le regole nel tentativo di ripristinare l'equilibrio preesistente. Via via che gli attori sviluppano la consapevolezza che questo non è più possibile si dovrebbe sviluppare una strategia comune se prevale la convinzione che questo sia conveniente per tutti. Ciò, secondo Ostrom, è più facile se si prevede che gli effetti attesi dalle nuove regole siano simili per tutti e che la condivisione dei beni continuerà ad essere importante. Il patrimonio di fiducia accumulato grazie alle relazioni di reciprocità giocherà un ruolo positivo. La grandezza numerica e la diffusione territoriale dei partecipanti possono rendere più o meno difficile il perseguimento dell'intesa²².

6. *I beni comuni e proprietà*

L'art. 42 della Costituzione italiana afferma che "la proprietà è pubblica o è privata". Sancisce perciò quella dicotomia che secondo Negri e Hardt²³ dovrebbe essere in via di superamento. Nella letteratura

(22) E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit.

(23) M. HARDT, T. NEGRI, *Commonwealth*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2009, trad. it. *Comune, Oltre il pubblico e il privato*, Milano, Rizzoli, 2010.

giuridica con l'espressione beni pubblici s'intendono normalmente beni di proprietà pubblica. Gambaro ci avverte però che nella giurisprudenza dei paesi occidentali esiste una certa varietà di interpretazioni. Per cominciare il termine "bene" non ha un significato univoco neanche nel Codice civile italiano: si può riferire a cosa utile all'uomo, a valore patrimoniale o a oggetto fisico. Il termine pubblico è tradizionalmente riferito al suo statuto di appartenenza. Ma questo tende a non valorizzare il reale valore pubblico del bene che non sta nella titolarità giuridica, bensì nella tutela degli interessi della collettività. "Il problema dei beni pubblici non deve essere pensato in termini di titolarità: ossia ponendosi il problema di chi sia il proprietario della cosa e soprattutto non merita di essere pensato in relazione alle cose in sé, quanto in relazione alle utilità che dalla cosa possono generarsi. In quest'ultima direzione può giovare quanto è andata ripetendo la civilistica europea, la quale ha sottolineato come il problema della proprietà non meriti di essere inquadrato dall'angolo del potere sulle cose, ma da quello delle tecniche di ripartizione delle utilità delle cose tra le persone"²⁴. Sul collegamento del concetto tra utilità sociale e natura pubblica insisteva già il Giannini²⁵. Transitando sul confine tra economia e diritto la trattazione di questo tema s'innesta con quella del "fallimento del mercato". "Tali fallimenti ricorrono quando vi sono beni pubblici puri, perché non rivali e non escludibili nel consumo, quando il bene è scarso o unico, costituendo così un potere di mercato in capo a chi lo detiene, oppure quando il suo uso genera esternalità positive o negative"²⁶. Giustamente Napolitano fa notare come i fallimenti del mercato siano sempre riferiti a specifiche situazioni storiche, geografiche e sociali. "Postulare l'esistenza di beni necessariamente 'pubblici' è dunque fuorviante: essi sono tali soltanto entro un determinato contesto giuridico o tecnologico"²⁷. Ci possono

(24) A. GAMBARO, *Gli statuti dei beni pubblici*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta*, cit.

(25) M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963 (ristampa 1981).

(26) G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le tragedie dell'interesse comune*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta*, cit.

(27) *Ibidem*.

essere casi nei quali la proprietà pubblica di un bene di utilità pubblica non è più giustificata. Ma ci possono essere anche casi nei quali la proprietà privata di beni che svolgono utilità pubblica può essere messa in discussione. In entrambi i casi lo statuto proprietario pubblico di per sé non garantisce il perseguimento del fine collettivo. “Lo Stato può non essere in grado di ottenere tutte le informazioni necessarie circa il valore che i cittadini assegnano alla proprietà pubblica di determinati beni [...] Infine [...] le decisioni dello Stato possono essere falsate da un processo politico finalizzato alla massimizzazione non del bene comune, ma di quello individuale di chi le assume, a sua volta influenzato dalla pressione degli interessi particolari”²⁸. La privatizzazione può produrre una situazione peggiore di quella di partenza “tutte le volte in cui le dismissioni e le allocazioni dei beni rimangono vittime di interessi particolari, ai quali sono attribuiti diritti e prerogative prima concentrati in mano pubblica”²⁹. I portatori di interessi provengono sia dall’interno del processo di *policy* che dagli attori esterni. “I problemi redistributivi sollevati dai processi di privatizzazione sono così risolti cooptando i beneficiari dei beni nei processi allocativi. Ma ciò conduce ad una moltiplicazione dei poteri di veto e dei diritti di interferenza che impedisce uno sfruttamento razionale delle risorse e si cade nella trappola degli anticomuni. Inoltre, una volta che i beni pubblici diventano oggetto di una pluralità di prerogative amministrative e di diritti privati è molto difficile intervenire nuovamente per riaggregare i diritti di proprietà”³⁰. Si assisterà quindi al coagularsi di coalizioni di interesse che di volta in volta difendono specifici interessi privati a danno degli interessi collettivi. Così la difficoltà dell’ente pubblico di far prevalere l’interesse pubblico viene sostituita da una coalizione di interessi privati che può produrre inte-

(28) *Ibidem*. Con riferimento a A. SCHMID, *Property, Power, and Public Choice*, New York, Praeger, 1987, trad. it. *Tra economia e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1988 e J.M. BUCHANAN e J. YOON YONG *Majoritarian Management of the Commons*, in *Economic Inquiry*, 39, 2001, p. 405.

(29) G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le tragedie dell’interesse comune*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta*, cit.

(30) *Ibidem*.

resse collettivo solo se questo è una naturale esternalità del processo produttivo nella allocazione delle risorse (la famosa mano invisibile di Smith) perché, una volta che si è segmentata l'unitarietà istituzionale dell'ente pubblico, è difficile in altro modo imporre a questi interessi il perseguimento di un fine che a loro non interessa.

7. *Bene comune a chi?*

“Non posso dimenticare il vigile che a Genova, una trentina d'anni fa, in una strada pedonale del centro storico, si era avvicinato a una donna seduta fuori casa vicino al suouscio per domandarle se, per la sedia, avesse pagato la tassa di occupazione del suolo pubblico. In quel momento ho iniziato a capire che lo spazio pubblico e comunitario non sono la stessa cosa”³¹.

Secondo Toni Negri e Michael Hardt “Creare valore oggi è mettere in rete le soggettività, è captare, sviare, appropriarsi quel che esse fanno di quel comune che mettono in vita. [...] Senza il comune il capitalismo non può esistere. Con il comune le possibilità di conflitto, di resistenza e di riappropriazione si sono infinitamente accresciute”³². In questa ottica il comune non è dato in partenza, bensì definito proprio dalle modalità della sua produzione e gestione. “Il *commoner* è una persona comune che porta a termine un compito straordinario: aprire la proprietà privata all'accesso e al godimento di tutti, trasformare la proprietà pubblica controllata dall'autorità statale nel comune [...] e dunque non solo fornire accesso a campi e fiumi così che i poveri possano nutrirsi, ma creare al contempo modalità che facilitino il libero scambio di idee, immagini, codici, musica e informazione. [...] L'azione del rendere comune deve essere orientata non solo in direzione dell'accesso e dell'autogestione della ricchezza condivisa, ma anche della costruzione di forme di organizzazione politica”³³.

(31) M. ANGELINI, *Scambio di semi e diritto originario*, in P. CACCIARI (a cura di), *La società dei beni comuni*, Roma, Ediesse, 2010.

(32) T. NEGRI, *Inventer le commune des hommes*, Bayard, 2010, trad. it. *Inventare il comune*, Roma, DeriveApprodi, 2012, p. 202.

(33) M. HARDT, T. NEGRI, *Declaration*, trad. it. *Questo non è un manifesto*, Milano, Feltrinelli, 2012, p. 101.

L'autogestione auspicata da Hardt e Negri e quella reale studiata da Ostrom sono cose diverse. La produzione del comune non è necessariamente un processo di liberazione collettiva dagli schemi oppressivi del potere tradizionale o capitalistico. In molte situazioni concrete si perpetuano forme di dominio, di esclusione, di disegualianza. Vitale ricorda la domanda fondamentale: comune a chi?³⁴ Di questi rischi è consapevole un giurista, assessore ai Beni Comuni del Comune di Napoli, Alberto Lucarelli, il quale parte dall'idea che il bene comune sia definito in ragione della utilità collettiva ma pragmaticamente aggiunge che la proprietà "è tendenzialmente dello Stato, o comunque di istituzioni pubbliche"³⁵. Riferendosi esplicitamente alle ricerche della Ostrom, Lucarelli riconosce il valore positivo di certe esperienze di autoamministrazione, con un avvertimento: "occorre evitare, pur nel riconoscimento e nella valorizzazione delle esperienze locali, la nascita di microsistemi di *governance* dei beni comuni, anche felici ed efficienti, che tuttavia rischiano di mettere in crisi il principio di eguaglianza attraverso una accelerata frammentazione della tutela dei diritti"³⁶. Il compito di garanzia dello Stato è riconosciuto anche dalla Chiesa cattolica quando dice che "lo Stato, infatti, deve garantire coesione, unitarietà e organizzazione alla società civile di cui è espressione, in modo che il bene comune possa essere conseguito con il contributo di tutti i cittadini. L'uomo singolo, la famiglia, i corpi intermedi non sono in grado di pervenire da se stessi al loro pieno sviluppo; da ciò deriva la necessità di istituzioni politiche, la cui finalità è quella di rendere accessibili alle persone i beni necessari – materiali, culturali, morali, spirituali – per condurre una vita veramente umana. [...] *La tradizione cristiana non ha mai riconosciuto il diritto alla proprietà privata come assoluto ed intoccabile*: al contrario, essa l'ha sempre inteso nel più vasto contesto del comune diritto di tutti ad usare i beni dell'intera creazione: il diritto della proprietà privata come subordinato al diritto dell'uso comune, alla destinazione universale

(34) E. VITALE *Contro i beni comuni*, cit.

(35) A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit. p. 65.

(36) *Ibidem*.

dei beni”³⁷. Per conseguire questa finalità è necessario l’impegno e la responsabilità di tutti, e in questa direzione la Chiesa valorizza il contributo dell’associazionismo senza fini di lucro, del volontariato, di tutte le formazioni sociali intermedie tra lo Stato e le proprietà individuali. Lucarelli apre a questi soggetti ma con una riserva. “I principi della sussidiarietà verticale e orizzontale, l’azione di soggetti privati per il perseguimento di interessi generali e il ruolo sempre più attivo delle amministrazioni locali non devono indurre ad un disarmo funzionale e di responsabilità da parte dello Stato”³⁸. Ma quale soggetto è davvero portatore di valori non escludenti? “Il punto cruciale dell’alternativa costruita sui beni comuni è la partecipazione democratica delle popolazioni locali e delle comunità alla definizione delle scelte che le riguardano. [...] Esprimono una forma di democrazia che integra e qualifica quella parlamentare, che la globalizzazione ha ridotto a ‘un guscio vuoto’. Definiscono un modello sociale produttivo basato sulla cooperazione anziché sulla concorrenza, sul legame sociale e sulla solidarietà anziché sull’egoismo individuale”³⁹. Il tema della democrazia partecipativa, della rappresentanza democratica e dei confini delle comunità di riferimento di questa rappresentanza diventa dirimente. Se è giusto che una comunità gestisca le sue risorse idriche come si disegnano i confini di questa comunità? È la dislocazione territoriale della provenienza delle risorse idriche o la numerosità dei loro beneficiari a conferire il diritto di deciderne l’uso? Dobbiamo superare i confini amministrativi e inventare molteplici disegni di ambiti ottimali che, per i diversi beni comuni, si intersecheranno inevitabilmente tra loro? E con quali modelli di *governance* democratica?

(37) *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, cit., punto 177; il corsivo è nel testo.

(38) *Ibidem*.

(39) G. RICOVERI, *I beni comuni: una alternativa al mercato?*, in P. CACCIARI (a cura di), *La società dei beni comuni*, Roma, Ediesse, 2010.

8. *La proposta di un nuovo statuto dei beni comuni e di quelli pubblici*

A proposito dei *commons* Rodotà scrive che “noi troviamo almeno due accezioni: una è quella dell’*open access* (se ne parla a proposito di molte categorie di beni, a cominciare dal software); l’altra è quella dei beni comuni ma imputati ad un determinato gruppo di soggetti”⁴⁰. Nel primo caso non entra in gioco il criterio dell’esclusione” nel secondo caso invece sono esclusi tutti coloro che non rientrano in quel gruppo. Si tratta evidentemente di beni scarsi e di solito anche all’interno del gruppo l’accesso al bene è regolato e non libero. “I cambiamenti tecnologici ed economici verificatisi fra il 1942 ed oggi hanno reso particolarmente obsoleta la parte del Codice civile relativa ai beni pubblici. Alcune importanti tipologie di beni sono assenti. Tale assenza ad oggi non è più giustificabile. In primo luogo i beni immateriali, divenuti oggi nozione chiave per ogni avanzata economia. Altre tipologie di beni pubblici sono profondamente cambiate negli anni: si pensi ai beni necessari a svolgere servizi pubblici, come le c.d. “reti”, sempre più variabili, articolate e complesse. I beni finanziari, tradizionalmente obliterati a causa della logica “fisicistica” del libro III, ancora legato ad una idea obsoleta della proprietà inscindibilmente collegata a quella fondiaria, andavano recuperati al Codice civile. Inoltre, le risorse naturali, come le acque, l’aria respirabile, le foreste, i ghiacciai, la fauna e la flora tutelata, che stanno attraversando una drammatica fase di progressiva scarsità, oggi devono poter fare riferimento su di una più forte protezione di lungo periodo da parte dell’ordinamento giuridico. Infine, le infrastrutture necessitano di investimenti e di una gestione sostenibile per tutte le classi di cittadini”⁴¹. La Commissione ha perciò proposto alcune soluzioni giuridiche che partono da un primo rivolgimento concettuale. “Invece del percorso classico che va “dai regimi ai beni”, l’indirizzo della Commis-

(40) S. RODOTÀ, *Linee guida per un nuovo codice dei beni pubblici*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta*, cit.

(41) COMMISSIONE RODOTÀ, *Per la modifica delle norme del Codice civile in materia di beni pubblici* (14 giugno 2007) – Relazione. Ministero della Giustizia della Repubblica Italiana.

sione procede all'inverso, ovvero "dai beni ai regimi". L'analisi della rilevanza economica e sociale dei beni individua i beni medesimi come oggetti, materiali o immateriali, che esprimono diversi "fasci di utilità." Il Codice civile, all'art. 810, necessita di essere aggiornato per inserire tra i beni anche tutte quelle cose immateriali che generano utilità. "Si è prevista, anzitutto, una nuova fondamentale categoria, quella dei beni comuni, che non rientrano *stricto sensu* nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati. Ne fanno parte, essenzialmente, le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate. Vi rientrano, altresì, i beni archeologici, culturali, ambientali. [...] Si è ritenuto di prevedere una disciplina particolarmente garantistica di tali beni, idonea a nobilitarli, a rafforzarne la tutela, a garantirne in ogni caso la fruizione collettiva, da parte di tutti i consociati, compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro preservazione a vantaggio delle generazioni future. In particolare, la possibilità di loro concessione a privati è limitata. La tutela risarcitoria e la tutela restitutoria spettano allo Stato. La tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione"⁴².

Quanto detto fin qui riguarda i beni comuni. Ma anche per i beni pubblici la Commissione ha elaborato dei suggerimenti. "Si è proposto di distinguere i beni pubblici, a seconda delle esigenze sostanziali che le loro utilità sono idonee a soddisfare, in tre categorie: beni ad appartenenza pubblica necessaria; beni pubblici sociali; beni fruttiferi. I beni ad appartenenza pubblica necessaria si sono definiti come beni che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali. Si tratta di interessi quali, ad esempio, la sicurezza, l'ordine pubblico, la libera circolazione. Si pensi, fra l'altro, alle opere destinate alla difesa, alla

(42) *Ibidem*.

rete viaria stradale, autostradale e ferroviaria nazionale, ai porti e agli aeroporti di rilevanza nazionale e internazionale. In ragione della rilevanza degli interessi pubblici connessi a tali beni, per essi si è prevista una disciplina rafforzata rispetto a quella oggi stabilita per i beni demaniali: restano ferme inusucapibilità, inalienabilità, autotutela amministrativa, alle quali si aggiungono garanzie esplicite in materia di tutela sia risarcitoria che inibitoria⁴³.

I beni pubblici sociali soddisfano esigenze della persona particolarmente rilevanti nella società dei servizi, cioè le esigenze corrispondenti ai diritti civili e sociali. Ne fanno parte, fra l'altro, le case dell'edilizia residenziale pubblica, gli ospedali, gli edifici pubblici adibiti a istituti di istruzione, le reti locali di pubblico servizio. Se ne è configurata una disciplina basata su di un vincolo di destinazione qualificato. Il vincolo di destinazione può cessare solo se venga assicurato il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati. La tutela amministrativa è affidata allo Stato e ad enti pubblici anche non territoriali.

La terza categoria, dei beni pubblici fruttiferi, tenta di rispondere ai problemi a più riprese emersi in questi ultimi tempi, che sottolineano la necessità di utilizzare in modo più efficiente il patrimonio pubblico, con benefici per l'erario. Spesso i beni pubblici, oltre a non essere pienamente valorizzati sul piano economico, non vengono neppure percepiti come potenziali fonti di ricchezza da parte delle amministrazioni pubbliche interessate. I beni pubblici fruttiferi costituiscono una categoria residuale rispetto alle altre due. Sono sostanzialmente beni privati in appartenenza pubblica, alienabili e gestibili con strumenti di diritto privato. Si sono però previsti limiti all'alienazione, al fine di evitare politiche troppo aperte alle dismissioni e di privilegiare comunque la loro amministrazione efficiente da parte di soggetti pubblici. Per l'uso di beni pubblici si è previsto, fra l'altro, il pagamento di un corrispettivo rigorosamente proporzionale ai vantaggi che può trarne l'utilizzatore; si sono stabiliti meccanismi di gara fra più offerenti e strumenti di tutela in ordine all'impatto sociale e ambientale dell'utilizzazione dei beni e alla loro manutenzione e sviluppo.

(43) *Ibidem*.

9. *I beni comuni definiti dal diritto di accesso*

Anche il Codice civile, in relazione agli usi condominiali, definisce comune il bene di utilità condivisa e perciò ne prevede una tutela rafforzata nella gestione⁴⁴. Perché questa utilità non sia sprecata dall'appropriazione segmentata tra i pochi o dai diritti di reciproca esclusione di molti si devono prevedere regole al diritto di accesso. Oggi questo concetto può essere esteso a molti altri beni come la rete di internet, il cui valore di bene comune è largamente sentito. In questo senso possiamo sostenere che la definizione dei beni comuni è una questione centrale della politica. “La nostra tesi è che la categoria dei beni comuni è chiamata a svolgere proprio questa funzione costituzionale nuova (indispensabile in tempi di globalizzazione economica) di tutela del pubblico nei confronti tanto dallo Stato quanto dal potere privato”⁴⁵. Il nocciolo del concetto di bene comune quindi sembra essere nella libertà del diritto di accesso. Il bene comune può conferire alla persona quella opportunità di sviluppare le sue capacità conferendole la libertà di attivare percorsi che essa ritiene utili a migliorare la qualità della sua esistenza. Il filosofo/economista Amartya Sen le chiama capacitazioni⁴⁶.

10. *La conoscenza come bene comune*

Tra le capacitazioni principali c'è la conoscenza, sia come fonte di conoscenza necessaria alla decisione, sia come strumento di sviluppo della personalità, sia come saper fare da spendere nelle relazioni sociali. L'idea che il sapere sia un bene comune è antichissima. Sembra che l'antica biblioteca di Alessandria, fondata nel terzo secolo prima di Cristo dal discendente di un diadoco di Alessandro Magno, contenesse mezzo milione di rotoli di pergamena⁴⁷.

(44) G. BISOGNI, G. SABEONE, *I beni comuni e la loro utilizzazione*, Padova, Cedam, 1993.

(45) U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, Laterza, 2011.

(46) A. SEN, *Capability and Well Being*, United Nations University Press, 1991, trad. it. *Il tenore di vita*, Venezia, Marsilio, 1993.

(47) http://it.wikipedia.org/wiki/Biblioteca_di_Alessandria.

La novità del nostro tempo è che mentre negli ultimi anni sono cresciute e si sono estese a tutto il mondo le coperture del *copyright* e dei brevetti, la diffusione di internet ha inondato la terra di sapere condiviso e non tutelato. “La teoria standard della proprietà intellettuale affermerebbe che per ottenere opere di consultazione di grande qualità non si possa fare a meno di rigorosi diritti di proprietà per almeno tre motivi indipendenti, legati alla tragedia dei beni comuni: la necessità di controllo esclusivo sulla riproduzione allo scopo di fornire gli incentivi indispensabili per investimenti su larga scala in autori e revisori; la necessità di controllo sul contenuto e sull'*editing* per assicurare la qualità; e la necessità di controllo sul nome o sul simbolo della risorsa stessa, come segnale per i lettori e incentivo originario a investire nella qualità. In questo caso, tuttavia, la teoria era sbagliata, o perlomeno incompleta. Il fatto che la rete sia diventata una risorsa fattuale di alta qualità attraverso un processo distributivo gestito in larga parte da volontari, senza un'organizzazione centralizzata è decisamente affascinante”⁴⁸. La stragrande maggioranza delle riviste scientifiche sono oggi reperibili on line in giganteschi cataloghi omni-comprendivi per i quali le biblioteche di tutte le università del mondo sostengono grandi costi di abbonamento. Alla luce di questi studi raccolti dalla Ostrom non vi è alcuna *evidence* empirica che il costo della copertura in *copyright* di queste pubblicazioni, ormai prive di costi cartacei e di distribuzione, sia giustificata dalla necessaria tutela della qualità. Una rivista può mantenere la sua qualità attraverso i meccanismi di selezione redazionale e aumentare molto la sua diffusione essendo direttamente accessibile a tutti⁴⁹. Più complicata è invece la questione brevetti. Il grande sviluppo dei software ad accesso libero ha spesso rappresentato l'unica vera sfida ai grandi monopoli privati. I casi di successo, come ad esempio il sistema operativo Linux o del browser Mozilla Firefox, dimostrano che anche in un contesto di col-

(48) J. BOYLE, *Merton liberato? Accesso libero e decentralizzato a materiali culturali e scientifici*, in C. HESS, E. OSTROM *Understanding Commons as Knowledge*, cit.

(49) W. PRADT LOUGEE, *La comunicazione scientifica e le biblioteche: le opportunità dei beni comuni*, in C. HESS, E. OSTROM, *Understanding Commons as Knowledge*, cit.

laborazione tra pari è utile una base di partenza condivisa⁵⁰. Non si deve pensare che si tratti di comunità di soggetti spinti da motivazioni altruistiche. Ciascun operatore ha interesse a risolvere un problema, a migliorare uno strumento e scambiare informazioni e innovazioni con gli altri operatori/utenti. Il risultato è sorprendente e dimostra come la cooperazione aperta possa essere più produttiva di quella chiusa, anche in presenza di incentivi più deboli. Naturalmente queste logiche non possono essere replicate *tout court* in contesti scientifici, come quello delle invenzioni farmaceutiche, che richiedono maggiori investimenti di capitale. La diminuzione delle tutele (ad esempio una riduzione degli anni di copertura) potrebbe, al contrario di quanto sostengono le case farmaceutiche, stimolare l'innovazione anziché ridurla. Anche sul versante delle produzioni artistiche (musica, cinema, fotografia, ecc.) il rispetto dei diritti d'autore è indispensabile per poter esercitare una professione artistica a tempo pieno e investire risorse nella produzione. Possiamo quindi dire che nella misura in cui si verificano delle condizioni che disincentivano la produzione di opere artistiche questo significa che, in quell'ambito, la libera circolazione del sapere produce una tragedia dei beni comuni. Bisogna considerare però che internet ha cambiato la qualità e la quantità sia della produzione che della fruizione delle opere di ingegno e quindi una diversa tutela, più limitata e più adatta alla produzione e al consumo diffusi sulla rete, potrebbe mantenere le capacità professionali senza cercare inutilmente di ripristinare il vecchio sistema della estrema limitazione del consumo di queste opere. Inoltre la diffusione di atteggiamenti cooperativi, anziché competitivi, potrebbe migliorare la qualità dell'ambiente scientifico e le ricadute di queste conoscenze sulle società di tutti i paesi del mondo. La classe politica, però, resta molto più sensibile agli incentivi selettivi che vengono dai gruppi di interesse legati alla gestione privata del sapere che ai possibili benefici diffusi che ricadrebbero sulla popolazione nel suo complesso. Anche qui c'è un problema di *accountability* democratica⁵¹.

(50) M.C. SCHWEIK, *Il software gratuito/open source come modello per l'istituzione di beni comuni nella conoscenza*, *ivi*.

(51) L. MORLINO, *Democrazia e democratizzazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003.

11. *I servizi pubblici come beni comuni*

Abbiamo detto che un bene comune è una risorsa che genera una utilità collettiva. Ma un bene comune non è necessariamente un elemento della natura. Esso può essere il risultato di una produzione sociale. È questo il caso della conoscenza che abbiamo visto nel precedente paragrafo. La tesi di chi scrive è che una comunità politica possa considerare tra i beni comuni anche i servizi di interesse pubblico. La nuova Costituzione della Bolivia⁵² aggiunge ai diritti fondamentali dell'individuo i "diritti fundamentalissimi" e cioè: il diritto alla vita, all'integrità fisica, all'alimentazione, all'acqua, alla casa, all'educazione e alla sanità "stabilendo che i servizi connessi possono essere erogati esclusivamente dallo Stato"⁵³. In società complesse anche le risorse naturali non possono essere considerate solo nel loro stato di natura. Pensiamo al caso dell'acqua. Chi afferma il diritto di accesso all'acqua, nella nostra società, non si riferisce solo al diritto di andare a prenderla al fiume o al lago o a una fontana in piazza. La fruizione di quel diritto prevede la captazione, la raccolta, il trasporto, la distribuzione dell'acqua e conseguentemente la raccolta, la depurazione e lo smaltimento delle acque reflue. Tutto ciò non è una semplice risorsa ma un servizio di natura industriale che è necessario per avere una vita dignitosa. Garantire questo diritto significa analizzare la presenza, l'uso e il deterioramento di questa risorsa. In Italia la legge prevede lo *status* giuridico pubblico della risorsa, la programmazione politica del suo uso, e una gestione che può essere affidata a soggetti privati sotto il controllo di autorità pubbliche⁵⁴. La campagna referendaria del 2011 era centrata dai promotori sull'idea che alla natura di bene comune dell'acqua debba corrispondere una gestione che escluda la finalità del profitto privato. Ma il vero problema della tutela del bene comune non risiede principalmente nello stato giuridico della gestione ma soprattutto nelle modalità attraverso le quali viene definito l'interesse

(52) Approvata nel 2009 durante la presidenza di Evo Morales.

(53) A. CIERVO *I beni comuni*, Roma, Ediesse, 2012, formato Kindle.

(54) G. CITRONI, N. GIANNELLI, A. LIPPI, *Chi governa l'acqua? Studio sulla governance locale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.

collettivo e gli strumenti del suo perseguimento⁵⁵. L'idea dell'acqua come bene comune ha solide radici nella biologia: l'acqua è indispensabile per qualunque forma di vita, e dal regime del suo prelievo e del suo smaltimento dipende la salute dell'uomo e la conservazione dell'ambiente naturale. Però la vita in una moderna città non è dignitosa per chi sia privo, ad esempio, dell'energia per riscaldarsi, conservare o cucinare i cibi. Ma per questi servizi la gestione in regime di concorrenza di mercato è accettata ed anzi auspicata. Questo dimostra che le condizioni tecniche della produzione del servizio e le loro conseguenze sulla tutela del bene pubblico durante l'erogazione sono molto rilevanti.

Nella nostra Costituzione alcuni diritti fondamentali richiedono l'organizzazione di specifici servizi pubblici. La dignità sociale e il pieno sviluppo della persona umana (art. 3), il lavoro (art. 4), la libertà personale (art. 13), la tutela in giudizio davanti ad un giudice naturale (artt. 24 e 25), la tutela della salute (art. 32), l'istruzione (art. 33 e 34). Non è questa la sede per entrare nel dibattito sulle previsioni costituzionali riguardo all'impegno della Repubblica a farsi carico dell'erogazione di questi e di altri servizi, anche quando non corrispondono a diritti soggettivi, come per la tutela dell'ambiente e del paesaggio. Vorrei invece concentrare l'attenzione sulle modalità di finanziamento di questi servizi perché questo riflette il nucleo della modalità rapporto tra amministrazione pubblica, cittadini e mercato.

Alcuni servizi pubblici sono considerati così consustanziali al diritto di cittadinanza (o ai diritti civili riconosciuti a ogni essere umano) che nel nostro paese sono garantiti dallo Stato a tutti, a prescindere dal contributo fiscale di ciascuno. Questi sono la sicurezza, la viabilità ordinaria, l'illuminazione pubblica, la tutela dell'ambiente, la sanità collettiva e individuale. I servizi scolastici sono addirittura obbligatori fino ad una certa età perché l'istruzione di tutti è considerata un bene comune. Ciascuna persona beneficia del suo livello d'istruzione ma anche di quello di tutti gli altri che vivono sul pianeta. Ad altri

(55) *Ibidem*; ma cfr. anche A. MASSARUTTO, *Privati dell'acqua. Tra bene comune e mercato*, Bologna, Il Mulino, 2011.

servizi, come il trasporto pubblico, l'istruzione superiore, i cimiteri e così via, lo Stato – o le sue articolazioni locali – riconoscono un valore di bene comune che si traduce in un finanziamento parziale del suo funzionamento. Il finanziamento pubblico è infatti la materializzazione del riconoscimento del diritto all'accesso. Va in questa direzione la proposta di alcuni soggetti politici⁵⁶ di garantire a tutti il fabbisogno minimo giornaliero di acqua. Rispetto ai costi della sanità o dell'istruzione si tratta di piccole cifre ma avrebbe un valore simbolico. In Italia invece, contrariamente a molti altri paesi europei, le cure odontoiatriche sono coperte solo in minima parte dalla sanità pubblica e dal dopoguerra ad oggi nessun soggetto politico rilevante ha mai fatto una campagna per chiedere di impegnare maggiormente lo Stato in questo servizio. Eppure per una persona non benestante dover affrontare una importante cura dal dentista può comportare un grande disagio economico. Questo dimostra che la percezione del bene comune da perseguire è fortemente connessa con il sistema cognitivo che si sviluppa in una comunità politica.

12. *Beni e servizi pubblici in base all'accesso*

Una definizione di servizio pubblico condivisa e capace di delimitare con precisione l'estensione del concetto non esiste in letteratura. Esistono dei concetti che permettono di tracciare delle distinzioni. Una prima distinzione è relativa alla differenza tra la natura di diritto pubblico o privato dell'ente gestore. Ma al di là della natura giuridica dell'erogatore, come per il bene comune, anche un servizio si può definire pubblico quando persegue finalità ritenute collettive⁵⁷. Quali finalità debbono essere ritenute "pubbliche" è la politica a deciderlo. La storia degli Stati democratici ha visto crescere il numero di queste finalità e quindi la moltiplicazione dei servizi pubblici. In questo paragrafo vorrei mettere l'accento sulle modalità di accesso a questi servizi, perché ritengo che da esse derivino conseguenze politiche im-

(56) Ad esempio del Comitato italiano per il Contratto Mondiale per l'acqua, <http://contrattoacqua.it>.

(57) S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2000.

portanti. Tra le modalità di accesso distinguo quattro gradi principali. 1) Accesso non individualizzabile. Nella letteratura economica, a partire da un famoso saggio di Samuelson⁵⁸, spesso si definiscono beni pubblici quei beni il cui godimento non è individualizzabile, vale a dire che il godimento di ciascuno non è separabile da quello degli altri. Ad esempio sono tali la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico, la sanità pubblica (intesa come prevenzione generale da epidemie, salubrità dell'aria, dell'acqua e del terreno), l'illuminazione pubblica, la mobilità urbana o la tutela del paesaggio o della natura. Questa definizione ha il vantaggio di non riferirsi ad una categoria politica, bensì a una categoria logica. Si tratta di beni per i quali non è conveniente immaginare un consumo individuale, magari associato ad una tariffa o a un massimo utilizzo.

2) Accesso pubblico ma individualizzabile. Ci sono beni per i quali è possibile immaginare un consumo individualizzato, però la collettività decide che devono essere considerati come beni comuni, cioè come beni per i quali il diritto all'accesso senza oneri è riconosciuto a tutti. Sono tali, ad esempio, i giardini delle città ("verde pubblico") laddove non sia previsto un biglietto di ingresso⁵⁹. Oppure le strade extraurbane il cui consumo potrebbe essere a tariffa (come quello delle autostrade) ma per il momento di solito non lo si fa, lasciando che ciascuno ne usi quanto vuole e attribuendo ad un ente pubblico i costi della gestione delle infrastrutture.

3) Accesso individuale ma non a pagamento. Vi sono servizi la cui erogazione è spiccatamente individuale ma all'interno della comunità si ritiene che debbano essere considerati come beni comuni. Un caso interessante, come ho già detto, è quello della scuola dell'obbligo, la cui frequenza non è solo garantita ma addirittura imposta perché si ritiene che sia non solo un vantaggio per l'individuo ma un bene per

(58) P. SAMUELSON, *The Pure Theory of Public Expenditure*, in *Review of Economics and Statistics*, 37, 1955, pp. 387-389.

(59) Un bene può avere natura comune solo per categorie di soggetti. Nella città di Firenze la fruizione del Giardino di Boboli di Palazzo Pitti è un bene comune per i soli residenti a Firenze. Per tutti gli altri l'accesso è a pagamento.

tutta la collettività. Il diritto all'assistenza sanitaria pubblica⁶⁰ non è per ora messo in dubbio dal dibattito pubblico italiano, che verte sulle modalità di assicurare questo diritto e quindi a noi sembra normale che sia così, perciò l'esazione di *tickets* può essere vissuta come una limitazione di questo diritto. L'assistenza sanitaria, almeno in forma minimale, in Italia non è riconosciuta solo ai cittadini bensì a tutti gli esseri umani e perciò può essere considerata un bene comune universale⁶¹. Negli Stati Uniti d'America invece una larga parte della popolazione concepisce l'assistenza sanitaria come un bene tipicamente privato, che può essere erogato dal privato o dal pubblico, che può essere garantito (cioè finanziato) sia dal privato (individuo o datore di lavoro) che dal pubblico (programmi di assistenza sanitaria pubblica) ma senza che a tutti sia garantito pari accesso ai servizi⁶².

4) Accesso individuale a tariffa. Infine ci sono dei beni o servizi che sono dichiarati di interesse pubblico ma la cui fruizione individuale è soggetta a tariffa. Il beneficio per la collettività può essere garantito anche da un servizio finanziato totalmente a tariffa. In questo senso i taxi sono un bene collettivo. Chi ne fa uso li mantiene in funzione anche per chi non li usa ma gode del beneficio di potervi accedere in caso di bisogno. Le autostrade sono servizi pubblici interamente coperti dalla tariffa che paga solo chi ne fa uso. La riscossione della tariffa corrisponde a un rapporto di mercato ma quando questo rapporto non avviene in condizioni di libera concorrenza di solito c'è un contratto di concessione o viene richiesto al gestore di rispettare speciali regole che dovrebbero ridurre il suo potere unilaterale a favore dell'interesse collettivo⁶³. Il principale handicap di questa modalità di

(60) Pubblica non significa necessariamente gestita da istituzioni pubbliche, bensì garantita dallo Stato o dalle sue articolazioni.

(61) La nostra Costituzione dice che la salute è "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti" (art. 32), non restringe questo diritto ai "cittadini" come in altri articoli.

(62) T. DASCHLE, *Getting it Done. How Obama and Congress Finally Broke the Stalemate to Make Way for Health Care Reform*, New York, 2010.

(63) A. CAVALIERE, F. OSCULATI, *Servizi pubblici locali: regole e mercati*, in L. Robotti, *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2002.

finanziamento è che laddove la domanda di quel servizio non è sufficiente a coprire i costi di mantenimento (e di profitto per il gestore privato) il servizio non viene offerto a nessuno a costi ragionevolmente accessibili. Questo lo si vede chiaramente per i trasporti pubblici: alcune tratte non sono sufficientemente remunerative e perché siano mantenute operative necessitano di un finanziamento pubblico o di un sistema di redistribuzione orizzontale.

13. *Il finanziamento pubblico*

Il finanziamento pubblico può avere due principali fonti:

a) *La fiscalità generale*. Con questa intendo tutte le forme di finanziamento che ricadono sui bilanci di enti pubblici alimentati con i proventi della imposizione fiscale. Questa modalità di finanziamento effettua una redistribuzione verticale perché il sistema fiscale è, o dovrebbe essere, congegnato in modo da chiedere un maggior contributo a chi gode di un reddito maggiore, a prescindere dall'uso che fa del servizio finanziato. Tutta la platea dei contribuenti può essere chiamata ad alimentare un servizio che beneficia specifiche categorie di cittadini. Nel fare questo esercita anche una redistribuzione orizzontale. Considero orizzontale una redistribuzione che avviene tra categorie di soggetti che si differenziano non per livello di benessere economico ma per altre caratteristiche sociologiche. Ad esempio il finanziamento pubblico alla scuola ricade anche su quei cittadini che non hanno figli e/o che hanno figli già scolarizzati. I cittadini più sani pagano l'assistenza sanitaria di quelli meno fortunati. I giovani in media beneficiano di questa assistenza molto meno degli anziani e quindi pagano una quota della loro assistenza. Il difetto principale di questa forma di finanziamento è che non lega il pagamento all'erogazione delle prestazioni. Chi usufruisce di un servizio non sa quanto ha pagato per averlo e chi dà i soldi al fisco non è in grado di vedere il corrispettivo in termini di servizi del contributo pagato. In pratica si separa la fruizione del servizio dal pagamento dello stesso. Questa separazione attenua la *accountability* di chi gestisce l'erogazione del servizio o ne beneficia e riduce il senso di colpevolezza di chi usufruisce del servizio evadendo dai suoi obblighi fiscali e la riprovazione sociale nei suoi confronti. Per ovviare al primo inconveniente il

finanziamento pubblico del servizio può avvenire in base al tipo e al numero di prestazioni erogate (come nella sanità) o per obiettivi con un sistema di premi e sanzioni (come nei fondi strutturali dell'Unione europea). Queste due modalità simulano l'allocazione di mercato e le modalità organizzative interne alle imprese private ma producono altre distorsioni, a partire dal fatto che l'ente erogatore del servizio tende a massimizzare il numero di prestazioni che, in base agli indicatori scelti, comporta il maggior ritorno economico, anziché quelle che garantirebbero il miglior servizio al minor costo.

b) La tariffa. Nella sua modalità più semplice la tariffa è il pagamento per la prestazione di un servizio. In questa forma la tariffa è la forma di finanziamento privato tipica della relazione di mercato. Vi sono però casi di tariffe che coprono solo una minima parte dei costi e servono soprattutto a disincentivare gli sprechi nel numero di prestazioni, come succede con i *ticket* per le prestazioni sanitarie. Una ripartizione dei costi tra tutti i soggetti che applica la medesima tariffa prescindendo dalla differenza nella struttura dei costi delle diverse prestazioni o dalle diverse tipologie di utenza esercita un redistribuzione orizzontale. Perciò il sistema tariffario può essere uno strumento di politica pubblica. Questo può accadere, ad esempio, quando una autorità pubblica impone alle due parti contraenti un sovrapprezzo destinato a produrre risorse che vengono dirottate verso fini pubblici. La maggiorazione della tariffa può avere una funzione redistributiva orizzontale. Quando nel 1962⁶⁴ in Italia fu creato l'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL), nazionalizzando le circa 1.250 aziende pubbliche e private esistenti, fu anche deciso di applicare una unica tariffa su tutto il territorio nazionale, sia per gli allacciamenti che per il consumo. Questo sistema tariffario produsse una enorme redistribuzione territoriale dei costi perché in alcuni luoghi la produzione e/o la distribuzione dell'energia era molto meno costosa che in altri. Questo sistema tariffario era dunque una grande politica di coesione territoriale.

(64) Legge 6 dicembre 1962, n. 1643, *Istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche.*

c) *Mix di fiscalità generale e tariffa*. Può assumere diverse forme. Vi sono servizi per quali il contributo dello Stato è prevalente ma il contributo degli utenti è una fonte cospicua senza la quale non sarebbe possibile fornire il servizio. È il caso della quota per l'iscrizione ad un asilo nido comunale o per l'iscrizione ad una università pubblica. Il decisore pubblico può creare fasce di utenza alle quali viene chiesto di contribuire in maniera diversa alla copertura dei costi. In passato molti servizi pubblici, dai trasporti ferroviari a quelli locali, dai servizi idrici a quelli cimiteriali, erano organizzati a prevalente finanziamento pubblico con un contributo importante da parte dell'utenza mentre oggi questi stessi servizi sono finanziati a tariffa al punto che il gettito della tariffa nella strategia gestionale diventa più importante dell'utilità sociale⁶⁵. Vi sono anche servizi nei quali il contributo finanziario pubblico alle spese correnti è inferiore o residuale rispetto al costo sostenuto direttamente dall'utenza. È questo il caso dei servizi di trasporto pubblico nazionale o locale, del funzionamento – ma non della costruzione – di impianti sportivi pubblici (es. piscine comunali), dei servizi mensa nelle scuole. Infine vi sono servizi per i quali viene chiesto ai beneficiari di pagare per la totalità o la quasi totalità del costo del servizio. Può essere chiesta solo la copertura dei costi di funzionamento laddove i costi di capitale (ad esempio il patrimonio edilizio del gestore) siano già stati ammortizzati o siano a carico del pubblico. Rientrano in questa categoria in Italia la corrente elettrica, lo smaltimento dei rifiuti, i servizi idrici. In numerosi casi la tariffa pagata dal cittadino-utente consente anche la produzione di profitto del quale si avvantaggiano i proprietari dell'ente gestore, siano essi privati o pubblici. Sullo Stato ricadono spese in conto capitale che però spesso non vengono contabilizzate nella determinazione delle tariffe. È questo ad esempio il caso della produzione di energia da centrali nucleari, quando l'investimento è stato fatto con fondi pubblici. La tariffa al consumo che ne deriva non

(65) Ad esempio Trenitalia si concentra sui treni ad alta velocità per gli incassi che producono o sui treni locali laddove le Regioni fanno rispettare i termini delle convenzioni stipulate.

comprende tali oneri. Ragionamenti analoghi possono essere fatti quando vi sono dei costi ambientali o sulla salute umana che però non vengono quantificati.

14. La tariffa come forma di privatizzazione

Negli ultimi anni assistiamo ad un progressivo scivolamento di molti servizi pubblici dalle situazioni che vedono un totale o prevalente finanziamento pubblico del servizio a situazioni nelle quali il servizio è sostanzialmente a carico dell'utenza. Viene cioè richiesto agli utenti di coprire una porzione sempre maggiore del costo. Un cavallo di Troia di questa trasformazione è il *project financing*, strumento che consente di affidare ad un privato la costruzione di un'opera pubblica. In questo caso il rapporto tra pubblico e privato si configura in diverse formule tra due estremi tipici. Nel primo caso il privato costruisce a sue spese eppoi gestisce il servizio rivalendosi degli investimenti e dei costi attraverso le tariffe (ad esempio: autostrade, aeroporti, stazioni, parcheggi); nel secondo caso costruisce l'opera su concessione di un ente pubblico eppoi l'affitta al gestore pubblico dei servizi in cambio di un canone di disposizione e di un ulteriore contratto di gestione dei servizi accessori (ad esempio, per un ospedale, tutti i servizi non sanitari). In questo secondo caso le tariffe riguarderanno solo i servizi accessori ma il privato sarà garantito da un canone pluridecennale di affitto che graverà sui costi correnti del servizio pubblico. Nel primo caso assistiamo ad una privatizzazione sostanziale del servizio, almeno per la durata della concessione. Nel secondo caso il pubblico si lega al privato con una formula molto onerosa⁶⁶ che però si è largamente diffusa perché permette di realizzare subito un'opera rimandando il pagamento dei costi, a rate, a quando essa sarà ultimata e consegnata. In pratica si ottiene oggi il vantaggio politico scaricando il costo sulle amministrazioni future.

(66) I contratti pluridecennali garantiscono la copertura degli oneri finanziari e del profitto del privato e lo proteggono da qualsiasi rischio imprenditoriale di mercato, per di più esonerandolo dalla gestione del servizio principale e quindi dall'interesse a preoccuparsi della qualità dell'opera costruita. Si veda I. CICONI, *Il libro nero dell'alta velocità*, Roma, Koinè, 2011.

Attualmente in Italia la famiglia di uno studente universitario sostiene circa il 20% del costo *pro capite* dell'ateneo. Se si decidesse di far pagare per intero i costi del servizio e le rette universitarie passassero da meno di duemila euro all'anno a oltre ottomila, lo studente diverrebbe un cliente. Se poi a questa misura si affiancasse la trasformazione di tutte le borse di studio in forme di prestito agevolato (come, ad esempio, il prestito d'onore) la privatizzazione del rapporto tra utenza e servizio diverrebbe completa. Allo studente verrebbe chiesto di finanziare in proprio e per intero la sua formazione. Si potrebbe anche creare un vero mercato perché le tariffe e i servizi sarebbero differenti da un ateneo all'altro, molto più di quanto lo siano oggi. E la maggioranza degli studenti non si preoccuperebbe tanto della natura giuridica pubblica o privata della gestione, quanto del rapporto tra costi e ritorno economico del servizio acquistato. Ma la comunità nazionale nel suo insieme trarrebbe giovamento da una drastica riduzione del numero di persone con istruzione superiore? E sarebbe giusto che i giovani provenienti da ceti meno agiati possano studiare solo indebitando il loro reddito futuro quando in Italia è già quasi impossibile per loro fare un mutuo per comprare una casa? Queste sono domande inerenti il tema del bene comune. Prendiamo invece il caso di un servizio pubblico attualmente gestito da una dirigenza di nomina esclusivamente pubblica per il quale i residenti italiani pagano oltre 1,6 miliardi di euro di tasse: la RAI. La quota di introiti dovuti alla vendita di pubblicità è inferiore agli introiti del canone e perché questo "aiuto di Stato" sia legale nel quadro delle norme comunitarie "l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro"⁶⁷. Quanta parte dell'intero *budget* della RAI viene dedicato a trasmissioni che non siano commerciali ma rientrino nella categoria di *adempimento di obblighi di servizio pubblico*? Ho fatto questi due esempi per ribadire la mia tesi: la privatizzazione di un

(67) Corte di Giustizia Europea, sentenza 24 luglio 2003, cit. in R. MASTROIANNI, *Il servizio pubblico radiotelevisivo tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Istituzioni del Federalismo*, suppl. 1/2006.

servizio sta nel passaggio, talvolta anche solo parziale, della copertura dei costi da fiscalità a tariffa o a prezzo. Se questa avviene in assenza di un mercato realmente concorrenziale diventa indispensabile una struttura di autorità pubblica che sia capace di proteggere l'utenza dallo strapotere dei gestori. Chi scrive nutre alcune riserve sulla effettiva capacità di queste autorità di regolazione di far valere l'interesse collettivo o i diritti dell'utenza a causa della forte asimmetria cognitiva tra gestore e regolatore e della commistione tra gli interessi dei titolari del potere pubblico e quelli degli enti o delle imprese che gestiscono i servizi. L'apice di questa commistione e del conflitto di interesse si realizza nelle imprese a capitale misto pubblico/privato nelle quali la distinzione tra programmazione, gestione e controllo sulla gestione diventa puramente formale⁶⁸. La giurista Maria Rosaria Marella scrive che "tendenzialmente mi parrebbe un buon punto di partenza affermare, per tutti i beni comuni, non l'esclusione dal mercato, quanto la sottrazione dal mercato concorrenziale e dalle sue regole, prima di tutto quella del profitto"⁶⁹. C'è chi ha osservato che il privato profit, per ragioni finanziarie, è spesso portato a privilegiare le redditività a breve termine e ad esternalizzare costi e rischi, specialmente di fronte ad autorità pubbliche deboli o conniventi⁷⁰. Ma se il passaggio da fiscalità a tariffa è il vero nodo della privatizzazione del rapporto con l'utenza, allora non è la natura giuridica del gestore che garantisce la difesa dell'interesse pubblico, ed anzi una netta distinzione degli attori e degli interessi tra programmazione, gestione e controllo sarebbe auspicabile. Poiché i beni comuni dovrebbero essere il frutto di un percorso di produzione sociale appare condivisibile l'idea che questo possa avvenire in un contesto di gestione partecipata o di autogestione e che questo dovrebbe essere garantito nel quadro legislativo del

(68) Ho affrontato l'argomento in N. GIANNELLI, *Né stato né mercato. La depubblicizzazione dei servizi locali in Italia*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2, 2010, pp. 115-143 e numerosi saggi, oltre a quello già citato, di Antonio Massarutto mi confortano in questa opinione.

(69) M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni*, p. 113 da <https://dipartimenti.unipg.it/studigiuridici/pubblicazioni/104>.

(70) L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, Einaudi, 2005.

loro Statuto speciale. La previsione di una *governance* articolata su diversi livelli potrebbe avvicinare la gestione ai cittadini/utenti in un quadro di garanzie universali e generali.

15. *Conclusioni*

I beni sono riconosciuti comuni in base ad un processo di riconoscimento del valore sociale della loro funzione. Perciò ad essi potrebbe essere riconosciuto uno statuto giuridico specifico che garantisca contro la deviazione da queste finalità a prescindere dal regime giuridico della loro gestione. “I beni comuni sono l’orizzonte strategico entro cui collocare la ridefinizione di un nuovo modello di sviluppo ed entro tale orizzonte la sussidiarietà ha un ruolo essenziale, ma tale ruolo si svolge, per l’appunto, a un livello sussidiario di qualche cosa – la sfera pubblica a mio parere”⁷¹. La gestione privatistica, cioè basata su un rapporto tra gestore e utente basato sulla tariffa, rischia di indirizzare le risorse verso gli impieghi più redditizi a prescindere dal valore sociale e in mancanza di un mercato concorrenziale l’utente è privo di difesa. Ma una gestione pubblica tradizionale rischia di mancare di oculatezza nell’uso delle risorse e di riflettere le preferenze individuali dei soggetti decisori. Perciò si dovrebbero prevedere percorsi di partecipazione dei cittadini/utenti alle attività di indirizzo e controllo. La letteratura sui *commons* testimonia molti casi felici di autogestione di beni comuni ma sottolinea anche il valore cruciale dei confini della condivisione. Gestione pubblica, gestione privata senza fini di lucro e autogestione possono, a diversi livelli, valorizzare i beni comuni in un quadro certo di diritti, di tutele, di responsabilità e di *accountability* democratica.

(71) L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni*, Roma, Donzelli, 2012.

Governo locale e benessere dei cittadini: i costi evitabili della frammentazione

Sabrina Iommi

Sommario

1. Ruolo degli enti locali e dimensione ottima – 2. Il concetto di costi evitabili della frammentazione – 3. Piccoli Comuni e grandi aree urbane – 4. Crisi economica e crisi politica: vincoli e opportunità – 5. Evidenze empiriche e un esercizio di simulazione sul caso toscano – 6. Conclusioni: alcuni miti da sfatare.

1. Ruolo degli enti locali e dimensione ottima

Il compito dei governi locali è quello di fornire beni e servizi ai residenti di una particolare area geografica, i quali esprimono le loro preferenze tramite l'elezione dei propri amministratori e contribuiscono al finanziamento dell'offerta locale con il pagamento di tributi e tariffe. Dal buon funzionamento del meccanismo descritto dipende il benessere delle famiglie insediate, ma anche il grado di attrattività dei diversi territori nei confronti delle imprese. La geografia degli enti locali è inoltre strettamente intrecciata con questioni identitarie, per il fatto che essa è al contempo risultato e fonte del senso di appartenenza degli individui alla comunità. Ogni ragionamento sulla dimensione ottima del governo locale, dunque, deve tener conto di una pluralità di criteri da cui dipende l'adeguatezza degli assetti istituzionali: efficienza, efficacia, equità e infine identità, partecipazione e controllo. In una situazione ideale, la dimensione demografica del governo locale è tale da minimizzare il costo unitario di produzione dei servizi grazie allo sfruttamento di economie di scala (criterio di efficienza), far ricadere i benefici dei servizi attivati interamente all'interno dei confini dell'amministrazione che li eroga, realizzando la massima coincidenza tra utilizzatori e finanziatori degli stessi (criteri di effi-

cienza e di equità), garantire l'offerta di tutti i servizi domandati dalla popolazione grazie al raggiungimento delle soglie minime di produzione (criterio di efficacia), offrire condizioni omogenee di accesso ai servizi per criteri di selezione e tariffe di compartecipazione (criterio di equità), garantire l'accesso a risorse finanziarie e competenze professionali adeguate a rispondere ai bisogni rilevati, ad interloquire in modo significativo con i livelli di governo superiori e ad incidere in modo sostanziale sui percorsi di sviluppo delle comunità di riferimento (criterio di efficacia). Allo stesso tempo, in una situazione ideale, alla dimensione del governo locale si richiede di essere adeguata ai territori che le comunità locali percepiscono come parte della propria identità, come pure di massimizzare la partecipazione al processo di produzione delle politiche pubbliche e la capacità di controllo degli amministratori sull'operato dei propri amministratori (criteri di identità, partecipazione e rendicontazione/controllo).

La letteratura economica insegna che questo problema non ha soluzione perché tiene insieme dimensioni fra loro molto diverse¹.

Il presente lavoro si propone di dare un contributo sul tema ragionando sulle evidenze empiriche del concreto funzionamento degli enti locali in Italia (analizzato attraverso il caso toscano) e sul concetto di dimensione minima operativa piuttosto che sull'individuazione di una dimensione ottima. Gli snodi logici salienti del lavoro sono almeno due: da un lato, si confuta l'idea che l'attuale articolazione territoriale del governo locale corrisponda all'identità delle comunità locali contemporanee, per il semplice motivo che il senso di appartenenza ai luoghi dipende dall'uso quotidiano degli stessi, che è molto cambiato rispetto all'epoca in cui la maggior parte dei confini comunali sono stati tracciati; dall'altro lato, per il ragionamento sul costo minimo unitario di produzione si prendono in considerazione solo i costi di funzionamento delle istituzioni, vale a dire quel livello minimo di attività organizzativa che le molteplici soluzioni adottabili (e fin qui adottate) per lo sfruttamento di economie di scala nella produzione dei servizi non possono comunque superare e che in misura certamente molto

(1) Cfr. P. Bosti, *Corso di scienza delle finanze*, Bologna, Il Mulino, 2010.

bassa presenta una variabilità non superabile, dovuta alle specificità del contesto (dispersione della popolazione, asperità morfologiche). L'articolo, che fa riferimento ad una ricerca più estesa², è organizzato come segue. Nel secondo paragrafo si dà una definizione del concetto dei costi evitabili della frammentazione amministrativa, nel terzo si identificano le realtà territoriali e amministrative che ne risentono maggiormente, mentre nel quarto si evidenziano alcuni vincoli e opportunità dell'attuale fase storica. Seguono un'analisi di dati di bilancio e un esercizio di simulazione, condotti su un caso toscano, ma volti più in generale a quantificare i costi della frammentazione e le conclusioni.

2. Il concetto di costi evitabili della frammentazione

La necessità di procedere ad un riadeguamento dell'assetto del governo locale non è certamente un tema nuovo. È piuttosto una questione che diviene centrale in corrispondenza dei cambiamenti strutturali che in alcune epoche storiche avvengono nei sistemi socio-economici, quando, ad esempio, con l'affermarsi della produzione industriale si determinano innovazioni radicali nella distribuzione della popolazione sul territorio (abbandono delle campagne e urbanizzazione), oppure quando, in seguito al progresso tecnologico, si compie un salto di scala nella mobilità quotidiana (pendolarismo) o nella possibilità di comunicazione (rete internet), come pure quando il riassetto del potere decisionale tra i diversi livelli di governo modifica le responsabilità relative (internazionalizzazione e decentramento) o il modello tradizionale di spesa pubblica entra in crisi (riduzione delle risorse). Se le cause del ripensamento dell'assetto delle istituzioni locali sono comuni, è vero, però, che non esiste un modello unico di riferimento per rispondere al cambiamento, per cui nel contesto internazionale si trovano sia realtà che hanno riadeguato la loro struttura, sia realtà che non lo hanno fatto, paesi che hanno scelto la strada della fusione e della crescita dimensionale, come paesi che hanno preferito quella

(2) S. IOMMI, *Dimensioni dei governi locali, offerta di servizi pubblici e benessere dei cittadini*, Firenze, IRPET, 2013.

dell'associazionismo interistituzionale, anche quest'ultimo con diversi gradi di integrazione. Per rimanere in Europa, il modello inglese e quello francese rappresentano i due antipodi, anche se i confronti non sempre sono agevoli, perché il solo numero degli enti locali non rende conto del peso decisionale di cui sono titolari, specialmente laddove essi sono nei fatti superati da una struttura associativa sovra-locale³. Una delle cause della varietà di soluzioni empiriche adottate, evidenziata in particolare dalla letteratura economica, sta nel fatto che gli enti locali svolgono per loro natura una pluralità di attività che non raggiungono l'efficienza ad una stessa soglia dimensionale, per cui la dimensione ottima di fatto non esiste. Più realisticamente, però, la varietà di soluzioni dipende dall'intreccio fra fattori economici, politici, sociali e identitari. Raramente le riforme territoriali sono condotte in modo non animoso, perché vanno a modificare l'allocazione del potere decisionale di una società, scardinando equilibri di lungo periodo e dunque incontrando numerose forme di resistenza. Una semplificazione del dibattito assai diffusa è quella che contrappone le ragioni dell'efficienza a quelle dell'identità, in accordo con la quale gli studi di approccio economico vengono di solito accusati di trascurare il secondo corno del problema⁴.

Nella definizione del concetto dei costi evitabili della frammentazione il presente lavoro tiene conto del ruolo svolto dalle identità locali, partendo però dal riconoscimento che anche il senso di appartenenza alla comunità è un concetto dinamico, le cui trasformazioni avvengono in modo molto lento, ma comunque avvengono. Ciò che si vuol mettere in evidenza è che l'affermazione che gli attuali assetti del governo locale, fissati in media a metà dell'Ottocento, debbano essere mantenuti come sono perché rispondono alle identità locali significa assumere che da allora ad oggi tali identità siano rimaste immutate,

(3) Cfr. H. BALDERSHEIM, L.E. ROSE, *Territorial Choice. The Politics of Boundaries and Borders*, London, Palgrave MacMillan, 2010.

(4) P. SWIANIEWICZ, *Size of Local Government: International Context and Theoretical Framework*, in P. SWIANIEWICZ (a cura di), *Consolidation or Fragmentation? The Size of Local Government in Central and Eastern Europe*, Budapest, Open Society Institute, 2002, pp. 1-30.

nonostante i cambiamenti strutturali avvenuti in merito a scelte localizzative, modalità di comunicazione e trasporto, domanda di servizi pubblici e forme di finanziamento. Il lavoro dunque non trascura il tema dell'identità locale, ma assume che esso sia mutevole nel tempo e transcalare, nel senso che può essere declinato a diverse scale geografiche, locali e sovralocali. Gli spazi relazionali degli individui sono dunque molteplici, intersecati l'uno con l'altro e non necessariamente coincidono con gli ambiti di rappresentanza istituzionale (anch'essi organizzati a diverse scale territoriali, peraltro), soprattutto se questi ultimi nel corso del tempo si sono allontanati dai luoghi in cui si strutturano le relazioni sociali dense.

La definizione di costi evitabili della frammentazione del governo locale deriva dunque dall'assunzione che l'assetto vigente del governo locale sia molto più frammentato di quanto richiesto dall'attuale sistema delle identità locali, approssimato come vedremo dai bacini del pendolarismo per motivi di lavoro o dagli ambiti di programmazione dei servizi socio-assistenziali locali.

I costi evitabili, inoltre, possono essere distinti in due categorie concettuali, espliciti ed impliciti.

Con i primi si fa riferimento a quelli che generano un flusso di risorse in uscita e possono pertanto essere misurati; essi sono tipicamente i costi fissi di gestione che crescono al crescere del numero di unità locali in cui è suddiviso il processo decisionale pubblico e incidono in modo significativo sulle unità di dimensione più piccola. Semplificando si può affermare che, se il compito principale degli enti locali è quello di erogare i servizi pubblici alle famiglie e alle imprese insediate sul loro territorio, essi devono gestire anche due grandi funzioni strumentali rispetto alla loro "ragione sociale", che riguardano il processo politico di formazione della volontà collettiva e di traduzione della stessa in opzioni di politiche pubbliche e la gestione delle attività di organizzazione e amministrazione generale. Le due componenti, che per usare uno slogan possono essere etichettate come costi della politica e della burocrazia, possono essere considerate alla stregua di "costi di funzionamento" della macchina, che pur essendo indispensabili, assorbono una parte delle risorse altrimenti destinabili ai servizi. In un'organizzazione ideale del governo locale, dunque, gli

enti dovrebbero raggiungere una dimensione tale da minimizzare tale voce di spesa e da massimizzare di conseguenza le risorse destinate al soddisfacimento dei bisogni.

Per costi impliciti si intendono invece costi che non generano un'uscita quanto piuttosto una mancata entrata, ovvero ciò cui si rinuncia mantenendo un assetto del governo locale molto frammentato, una sorta di costo opportunità della prossimità istituzionale. Per la loro caratteristica si tratta di costi difficilmente stimabili, ma che rischiano di avere effetti negativi più dirompenti. L'eccesso di frammentazione, infatti, impone tempi di decisione politica lunghi e ridondanti, moltiplica i costi di transazione, spinge verso una concorrenza territoriale di tipo predatorio, impedisce l'attivazione di servizi più innovativi e di interesse sovralocale, in sintesi mina lo sviluppo economico futuro e il mantenimento dei livelli di benessere raggiunti.

L'esercizio di simulazione proposto successivamente dà una misura dei primi e non dei secondi, ma è ragionevole ritenere che essi siano di dimensione certamente maggiore.

3. Piccoli Comuni e grandi aree urbane

Comunemente si pensa che l'eccesso di frammentazione sia un problema dei piccoli Comuni, dei cosiddetti Comuni "polvere", che non raggiungono la dimensione sufficiente per lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo, scontando dunque un peso eccessivo dei costi fissi di funzionamento sui loro bilanci. Sicuramente ciò rappresenta una parte importante del problema, ma non l'unica sua manifestazione. Nel caso dei Comuni di piccola taglia demografica i costi derivano sicuramente da un *deficit* di dimensione che impedisce la minimizzazione dei costi di funzionamento (costi espliciti), ma indebolisce anche la capacità di rispondere al fabbisogno di famiglie e imprese data la povertà di risorse finanziarie e competenze professionali disponibili (costi impliciti). Il principale problema dei piccoli Comuni, perciò, è dato dal fatto che impongono costi di gestione elevati a fronte di ambiti di decisione politica estremamente ristretti e di una possibilità di risposta al fabbisogno molto bassa; di fatto gli amministratori dei piccoli Comuni sono semplici gestori del poco esistente, mentre gli operatori comunali sono dipendenti "tuttofare" a

bassa specializzazione. Non di rado, pertanto, gli enti sono costretti a cercare all'esterno le competenze di cui hanno bisogno per la gestione delle funzioni di cui sono titolari, imponendo alla collettività un ulteriore aggravio di costi.

Le difficoltà gestionali degli enti sottodimensionati sono ben note a studiosi, legislatori e amministratori, tanto è vero che nel corso del tempo sono stati adottati numerosi strumenti correttivi per avvicinare la dimensione degli ambiti produttivi a quella minima efficiente: basti pensare alla creazione di società *ad hoc* per la gestione dei servizi a rilevanza industriale in cui sono necessari grandi investimenti infrastrutturali, alla crescente separazione tra responsabilità di gestione e di produzione con l'affidamento esterno di quest'ultima, come pure alla promozione di varie forme di cooperazione interistituzionale (consorzi, convenzioni, unioni). Proprio la numerosità dei correttivi adottati deve però spingere alla riflessione. Da un lato, infatti, sotto una certa soglia dimensionale, anche l'adozione di tutta una serie di correttivi può risultare insufficiente e, pur ipotizzando di voler conservare al livello comunale solo il "pacchetto minimo delle funzioni", vale a dire la raccolta dei bisogni della popolazione e il controllo sui servizi prodotti da operatori esterni, l'ente deve comunque dotarsi di un livello minimo di struttura politica e amministrativa che continuerebbe ad operare in condizioni di inefficienza, sottraendo risorse altrimenti destinabili ai servizi. Anche la gestione delle funzioni di base, dunque, richiede risorse e competenze che solo una taglia demografica non eccessivamente ridotta può sopportare⁵. Dall'altro lato, è necessario interrogarsi su quali siano le ragioni per il mantenimento dell'assetto istituzionale vigente nella situazione limite, ma non così rara nei fatti, in cui tutte le funzioni di rilievo vengono gestite ad un livello territoriale superiore a quello della rappresentanza democratica. Il mantenimento dello scarto fra luoghi di rilevazione delle preferenze e luoghi di organizzazione delle risposte a tali preferenze risulta allo stesso

(5) A. FRASCHINI, F. OSCULATI, *La teoria economica dell'associazionismo tra enti locali*, Università del Piemonte Orientale - Dipartimento di Politiche pubbliche e scelte collettive POLIS, *Working paper* n. 71, 2006.

tempo costoso e poco trasparente, contravvenendo anche al principio del maggior controllo dei cittadini sugli amministratori locali che la teoria del federalismo e il senso comune riconoscono agli enti locali. Spesso i cittadini dei piccoli Comuni hanno un rapporto di conoscenza personale con i loro amministratori, i quali però si trovano nell'impossibilità di prendere decisioni significative per i loro referenti.

Un aspetto meno noto della frammentazione istituzionale è che essa impone costi rilevanti anche alle aree urbane e metropolitane, tipicamente territori molto popolosi, ma funzionalmente integrati, in cui i confini amministrativi vanno a "tagliare" realtà economiche e sociali unitarie. In questo caso non esiste un problema di mancato sfruttamento di economie di scala e di scopo, quanto piuttosto problemi di inutile duplicazione della spesa per il funzionamento degli apparati politici e burocratici (costi espliciti), di mancata corrispondenza tra finanziatori ed utilizzatori dei servizi e dunque di esternalità che creano un problema di equità nella distribuzione di costi e benefici, come pure nell'accesso ai servizi (costi espliciti), ma soprattutto un problema di mancato salto di scala delle funzioni svolte (costi impliciti). Quest'ultimo è certamente l'aspetto più deleterio per le aree di dimensione metropolitana, perché implica una rinuncia a livelli più elevati di sviluppo socio-economico, per il semplice motivo che la somma di dieci Comuni da 50 mila abitanti non fa una città da 500 mila in termini di investimenti in infrastrutture di comunicazione e trasporto, dotazione di servizi a contenuto scientifico e culturale, visibilità sul piano nazionale e internazionale. In questo caso, la frammentazione istituzionale non impedisce lo sfruttamento delle economie di scala per i servizi tradizionali, ma tiene artificialmente basso il numero dei cittadini e degli operatori economici serviti, impedendo di fatto l'attivazione dei servizi più innovativi, a più elevata specializzazione o che richiedono grossi investimenti infrastrutturali, imponendo agli utenti, da un lato, inutili costi di duplicazione degli stessi servizi di base e, dall'altro, il costo della mancata innovazione. Il difetto maggiore dell'assenza di un governo unitario consiste in questo caso nella rinuncia a sviluppare i servizi tipici delle grandi aree urbane, con tutte le conseguenze negative che ciò comporta sullo sviluppo economico dei sistemi regionali e nazionali di appartenenza

e sul posizionamento nella competizione nazionale e internazionale. Le ragioni della criticità delle due tipologie indicate sono diverse: nel primo caso si ha un problema di sottodimensionamento assoluto e di diseconomie di scala, nel secondo un problema di sottodimensionamento relativo, di equità e di scelte strategiche. Se i Comuni eccessivamente piccoli uniscono elevati costi fissi a bassa offerta di servizi, povertà delle risorse umane e delle competenze e scarso potere decisionale degli amministratori locali, determinando una perdita di benessere per la popolazione insediata ben visibile e dunque misurabile, la frammentazione istituzionale delle grandi aree urbane rischia di produrre danni più rilevanti per la competitività dell'intero sistema economico regionale e per la sua capacità di rinnovarsi nel tempo.

4. *Crisi economica e crisi politica: vincoli e opportunità*

Appurato che il tema della necessità della revisione degli assetti del governo locale non è nuovo, è lecito domandarsi se oggi ci troviamo in una condizione peculiare del contesto socio-economico e politico che non consenta di rimandare ulteriormente una riforma progettata ormai da alcuni decenni.

La grave crisi economica internazionale in corso impone in maniera molto più stringente rispetto al passato il vincolo di riduzione della spesa pubblica; allo stesso tempo, la crisi di legittimazione della politica, a dire il vero percepita più per il livello centrale del governo piuttosto che per quello locale, impone un rinnovamento anche dei modelli decisionali, di partecipazione e di *governance*.

I due aspetti citati rappresentano certamente dei vincoli molto forti: la riduzione delle risorse impone tagli di spesa inevitabili, che possono essere applicati o con modalità "lineare", andando di fatto a ridurre l'offerta di servizi alla popolazione, o applicando un procedimento di razionalizzazione degli enti e delle funzioni, che miri a ridurre i costi di funzionamento dell'architettura istituzionale al fine di mantenere il più possibile il finanziamento dei servizi, secondo un approccio noto con il termine di *spending review*⁶. La seconda modalità avreb-

(6) Cfr. L. HINNA, M. MARCANTONI, *Spending review. È possibile tagliare la spesa pubblica italiana senza farsi male?*, Roma, Donzelli, 2012.

be sicuramente il vantaggio di dare nuova legittimazione anche alle istituzioni e ai soggetti della politica, a livello locale e nazionale, per i quali una parziale razionalizzazione è comunque già stata avviata⁷. La fase storica presente contiene però anche alcune opportunità, legate in primo luogo al fatto che i cambiamenti strutturali di natura sociale, economica, territoriale e culturale, cui di solito si associa la revisione delle strutture organizzative di una società, sono di fatto già avvenuti in modo molto evidente (evoluzione dei modelli insediativi della popolazione, con le fasi di urbanizzazione prima e di suburbanizzazione successivamente; forte incremento del pendolarismo giornaliero, anche su lunga distanza; velocizzazione e smaterializzazione dei processi di diffusione delle informazioni grazie allo sviluppo delle tecnologie ITC; revisione dei modelli culturali di riferimento grazie alle grandi migrazioni internazionali), ma anche al fatto che numerose innovazioni organizzative, di solito tese al superamento degli angusti confini territoriali, sono già state intraprese da molto tempo e sono dunque diventate prassi comune. Come già anticipato in precedenza, con strumenti di varia natura che vanno dall'approvazione di una normativa *ad hoc* per i servizi pubblici a carattere industriale (le cosiddette *public utilities*) alla promozione delle procedure di *outsourcing* sia per i servizi che richiedono particolari specializzazioni degli operatori (settore socio-sanitario ed educativo) che per quelli di base degli enti locali (funzioni di generale amministrazione), per arrivare ai veri e propri strumenti di cooperazione sovralocale (gestioni associate, deleghe ad enti con scala territoriale maggiore, consorzi, unioni, ecc.) nella realtà quotidiana l'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali superano in molti casi i confini amministrativi. In altre parole, gli enti locali, soprattutto se di piccola dimensione, sono ormai da tempo abituati a gestire le loro funzioni al di fuori dei

(7) Il riferimento, in particolare è al d.l. 95/2012 che prevede l'obbligo di gestione in forma associata delle funzioni fondamentali per i Comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti (3.000 se appartenuti a comunità montana) e di tutte le funzioni per quelli fino a 1.000 abitanti. Per tutti gli enti fino a 10 mila abitanti viene confermata la riduzione del numero dei consiglieri comunali, mentre si fa espresso divieto agli amministratori delle unioni di percepire compensi dai Comuni.

loro confini, in un intreccio molto complesso di bacini territoriali e relazioni societarie che pongono anche un problema di opacità della catena decisionale⁸. Non a caso, la normativa più recente ha cercato di semplificare anche in questo ambito, riducendo progressivamente la possibilità di istituire consorzi e, successivamente, ammettendo due sole modalità di gestione associata delle funzioni fondamentali (unione o convenzione, come stabilito dall'art. 19 del decreto legge 95/2012).

Ciò che si vuol mettere in evidenza, dunque, è che la riduzione delle risorse disponibili, unita alla lunga esperienza maturata nelle gestioni sovralocali, ha reso nei fatti l'accrescimento dimensionale degli enti tramite fusione una strategia praticabile e anzi socialmente desiderabile, perché l'unica in grado di porre costi minori a carico della società.

Pur in mancanza di evidenze empiriche schiaccianti, anche parte della letteratura economica in materia è giunta a conclusioni simili, prendendo atto del fatto che quando l'adozione di forme di organizzazione, gestione e produzione dei servizi sovralocali si estende a tutte le funzioni rilevanti, essa può servire a risolvere parzialmente e temporaneamente il problema dell'efficienza, ma di fatto svuota di senso il mantenimento dell'assetto attuale e pone il problema della minore trasparenza e dell'emergere di costi di transazione⁹. Per quanto ampio possa essere il conferimento esterno delle funzioni anche nelle forme cooperative più sviluppate, come è il caso delle unioni di Comuni, parte delle strutture comunali, con i relativi costi e le relative inefficienze, deve essere comunque mantenuta, i processi decisionali diventano più lunghi, più complessi e più opachi, mentre non di rado l'unificazione delle gestioni non implica integrazione delle politiche, per cui modalità operative, costi e tariffe restano diversi. Di contro, le fusioni accrescono governabilità, responsabilità e legittimazione

(8) Cfr. G. CITRONI, A. LIPPI, S. PROFETI, *Le società partecipate dei comuni strumento e arena del governo locale*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2012.

(9) N. BOSCH, A. SOLÉ-OLLÉ, *Fiscal Crisis and the Reform of Local Government*, in *IEB's Report on Fiscal Federalism*, 2011, pp. 5-9, <http://www.ieb.ub.edu>.

dei processi politici locali, anche attraverso un procedimento di riduzione del numero degli amministratori e dei costi connessi, che ha il vantaggio di un alto valore simbolico, anche se non strettamente economico¹⁰. Per le ragioni citate, l'adozione di forme di cooperazione interistituzionale è ritenuta una soluzione di *second best* rispetto all'accrescimento dimensionale, che riunisce invece i vantaggi di sfruttare le economie di scala, aumentare le capacità amministrative e i margini di decisione politica, favorire l'armonizzazione delle politiche, mantenere le capacità di controllo in capo agli elettori locali, ridurre i costi di transazione e i tempi delle decisioni collettive¹¹. Riprendendo dunque a chiusura il tema dell'identità, esistono certamente soluzioni meno costose della frammentazione e della duplicazione delle strutture per garantire partecipazione, senso di appartenenza, equità nella distribuzione di costi e benefici, come i vari strumenti di partecipazione ai processi decisionali implementati di recente e i sistemi di compensazione fiscale. È evidente che le condizioni attuali del contesto richiedono (e consentono) un salto di qualità nei processi di riordino istituzionale.

5. Evidenze empiriche e un esercizio di simulazione sul caso toscano

I dati che vengono presentati di seguito si riferiscono alla Toscana per ragioni di maggiore facilità di accesso alle informazioni da parte dell'autrice, ma le evidenze che ne derivano possono facilmente essere estese al più generale contesto nazionale, in quanto la frammentazione istituzionale non è specificità toscana. Rispetto al panorama nazionale, anzi, la Toscana presenta un livello di frammentazione comunale meno accentuato. Mancano sul territorio sia i Comuni "polvere", sia quelli di dimensione più rilevante, come accade tipicamente

(10) B. BALDI, G. XILO, *Dall'unione alla fusione dei Comuni: le ragioni, le criticità e le forme*, in *Istituzioni del Federalismo*, Quaderno n. 1/2012, pp. 141-165.

(11) Cfr. OECD, *The Efficiency of Sub-Central Spending*, Meeting of OECD Network on Fiscal Relations Across Levels of Government, 2006, <http://www.oecd.org>; D.R. MULLINS, *Accountability and Coordination in a Decentralized Context: Institutional, Fiscal and Governance Issues*, 2004, <http://www.worldbank.org>.

nelle Regioni policentriche; la taglia media è di poco più di 13 mila abitanti, quella mediana di quasi 6.000, i Comuni fino a 10 mila abitanti rappresentano il 70% del totale, contro l'85% a livello nazionale, l'88% in Lombardia, il 94% in Piemonte. Inoltre, il governo regionale, sulla scia di quanto avvenuto anche in Emilia-Romagna, ha promosso a più riprese forme di collaborazione interistituzionale tese ad aumentare la dimensione minima degli enti e a raggiungere ambiti territoriali adeguati per l'esercizio delle attività sia di programmazione che di erogazione dei servizi pubblici locali (associazioni intercomunali, comunità montane, zone socio-sanitarie, gestioni associate, ambiti adeguati per le funzioni fondamentali).

Sebbene la Toscana sia moderatamente frammentata, dunque, le difficoltà in termini di risorse finanziarie e competenze umane degli enti più piccoli sono comunque leggibili nella composizione dei bilanci consuntivi e nella struttura delle piante organiche di questi ultimi.

Nonostante i dati di bilancio presentino alcuni limiti che sono stati più volte sottolineati in indagini specialistiche¹², essi sono sufficienti a dare indicazioni generali circa l'esistenza di economie di scala. Nella figura 1 è riportato l'andamento della spesa *pro capite* totale e per alcune funzioni per classe demografica dei Comuni.

La distribuzione della spesa mette in evidenza almeno quattro aspetti:

(12) Per misurare con maggiore precisione statistica la presenza di economie di scala nelle diverse funzioni occorrerebbe avere dati di *input* e di *output* confrontabili, cioè occorrerebbe sapere nel dettaglio, ad esempio, quanto personale e con quali qualifiche viene destinato all'esercizio di una certa funzione e quali sono quantità e qualità delle prestazioni erogate. Si tratta di informazioni che non sono reperibili nei certificati dei bilanci consuntivi e che hanno bisogno di indagini dirette per essere rilevate. Per questa ragione, nell'ambito del processo di attuazione del federalismo e di ridefinizione delle modalità di finanziamento degli enti locali, con il passaggio dal criterio della spesa storica a quello dei fabbisogni e costi standard per le funzioni fondamentali, IFEL e SOSE sono stati incaricati di procedere alla rilevazione diretta dei dati necessari presso i Comuni. Delle 6 funzioni fondamentali individuate dalla normativa (Amministrazione generale, Polizia locale, Istruzione, Viabilità e trasporti, Territorio e ambiente, Settore sociale), per il momento ne sono state rilevate tre. I risultati relativi alle funzioni di amministrazione generale confermano un eccesso della spesa storica rispetto al fabbisogno standard per gli enti di minore dimensione. Si veda la tabella 2 della nota metodologica scaricabile al seguente *link*: http://www.mef.gov.it/ministero/commissioni/copaff/documenti/FC01X_Nota_Metodologica_Riepilogativa_x20-12-2012x.pdf.

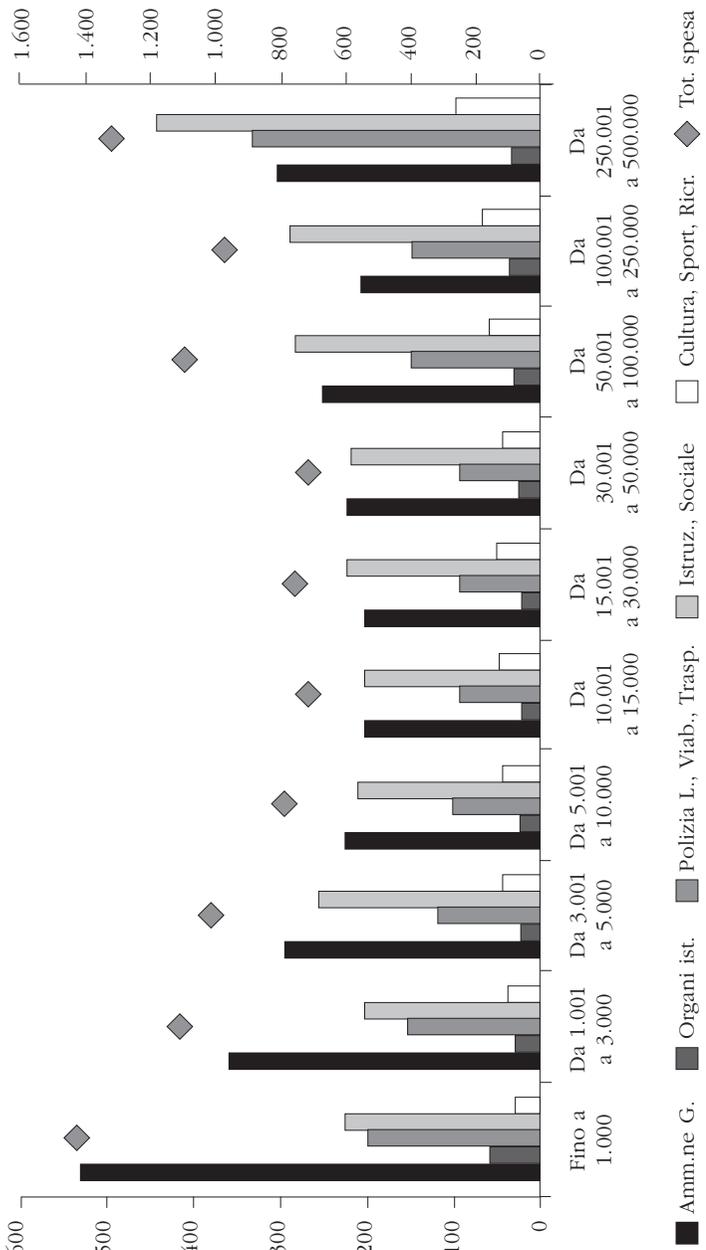


Fig. 1. Comuni toscani. Spesa corrente pro capite complessiva (scala dx) e per alcune funzioni (scala sn). 2010.
 Fonte: Elaborazioni IRPET su Certificati dei Conti consuntivi.

a) la composizione funzionale della spesa cambia in maniera significativa al cambiare della dimensione dell'ente, con un aggravio di costi di funzionamento (in particolare la spesa per amministrazione generale) nel caso di quelli di piccola e piccolissima dimensione; *b*) la componente dei costi della politica è decisamente minoritaria rispetto a quella dei costi della burocrazia, costituiti in massima parte dal costo dei dipendenti addetti allo svolgimento dei compiti di amministrazione generale; *c*) la minimizzazione dei costi di funzionamento, associata ad un'offerta di servizi standard, si ha intorno alla soglia dei 20 mila abitanti; per le dimensioni superiori conta probabilmente un effetto complessità delle funzioni svolte; *d*) data la scarsa numerosità degli enti con popolazione superiore a 30 mila abitanti, l'affidabilità del dato empirico è certamente maggiore per la parte discendente della curva dei costi di funzionamento (200 Comuni fino a 10 mila abitanti) piuttosto che per quella costante (65 Comuni da 10 mila a 30 mila abitanti) o quella crescente (22 Comuni con più di 30 mila abitanti, di cui 11 con funzioni di capoluogo di Provincia).

I dati fin qui presentati evidenziano il *deficit* di efficienza dei piccoli Comuni, ma gli aspetti critici attengono anche alla loro efficacia. Utilizzando la presenza di personale dirigente come *proxy* della disponibilità di competenze specialistiche, i dati relativi ai dipendenti dei Comuni toscani mostrano che occorre raggiungere una dimensione di 30 mila abitanti per ottenere la corrispondenza ideale di 1 dirigente per ciascuna delle 6 funzioni fondamentali dei comuni individuate dalla normativa sul federalismo fiscale (legge 42/2009)¹³. Le dotazioni organiche dei piccoli Comuni sono allo stesso tempo inefficienti, perché destinate a servire un numero troppo ristretto di cittadini, e inefficaci perché non messe in condizione, dalla povertà della struttura di appartenenza, di esercitare adeguatamente le funzioni di competenza¹⁴.

(13) Per precisione si ricorda che il numero delle funzioni fondamentali è stato ampliato dall'art. 19 del decreto legge 95/2012, senza che ciò alteri, però, le considerazioni circa il *deficit* di efficacia degli enti sottodimensionati.

(14) Un esempio di tali difficoltà è riscontrabile nei tempi lunghi necessari per l'approvazione degli strumenti di pianificazione territoriale. I Comuni di piccola taglia impiegano mediamente 7 anni a fronte di 5 per la formazione del piano strutturale

Lo stesso problema si verifica prendendo in considerazione il ruolo degli amministratori locali: essi impongono un costo ai cittadini che è molto limitato in dimensione assoluta, ma cui corrisponde un potere decisionale molto ridotto, qui misurato utilizzando come *proxy* le risorse finanziarie residue una volta finanziati i costi di funzionamento dell'ente (tab. 2).

La scarsa capacità di agire, dunque, è il limite maggiore dei Comuni sottodimensionati, i quali si trovano di fatto nell'impossibilità di offrire ai loro cittadini i servizi necessari. A parere di chi scrive, è indice di un dibattito costituito in gran parte da contrapposizioni ideologiche il fatto che nelle argomentazioni a favore del mantenimento degli enti di piccola e piccolissima dimensione non si citi mai un tema di rilevanza empirica quale l'effettiva capacità decisionale degli amministratori di tali enti, mentre si usi con molta frequenza quello della partecipazione democratica. In mancanza anche in questo caso di un rapporto ottimale certo fra numero di cittadini da rappresentare e numero degli eletti, la semplice osservazione della realtà mostra che, se un rischio di *deficit* democratico esiste, esso riguarda più i Comuni di grande dimensione che quelli piccoli, per il fatto che i primi uniscono una maggiore varietà economica e sociale (da cui discende una maggiore eterogeneità delle preferenze) ad un numero maggiore di cittadini per rappresentante (ad esempio, si contano 10 mila abitanti per consigliere comunale nel caso degli enti con oltre 250 mila residenti a fronte di 100 abitanti per consigliere nel caso dei Comuni fino a 1.000 residenti).

Dall'osservazione delle evidenze empiriche si passa quindi ad un esercizio di simulazione.

Come affermato in precedenza, l'obiettivo della simulazione è di quantificare i costi di funzionamento del governo locale che si avrebbero nel caso in cui i confini amministrativi venissero ricondotti agli ambiti territoriali delle comunità locali contemporanee. Di fatto si

e del correlato regolamento urbanistico. Cfr. C. AGNOLETTI, *Ricostruzione delle ipotesi quantitative di crescita indicate dai piani strutturali e dai regolamenti urbanistici*, Firenze, IRPET, 2012.

Tab. 2. *Comuni toscani. Dotazione di personale dipendente e caratteristiche degli amministratori locali. 2010*

	Dipendenti			Amministratori		
	Totale dipendenti per 1.000 residenti	Dirigenti per 100 non dirigenti	Dirigenti per ciascuna delle 6 funzioni fondamentali	Totale amministratori locali* (stime)	Totale amministratori locali per 1.000 residenti	Potere decisionale per amministratore locale (euro)
Fino a 1.000	11,7	0,7	0,0	198	17,2	52.122
Da 1.001 a 3.000	8,4	1,8	0,0	853	6,6	114.705
Da 3.001 a 5.000	7,4	2,4	0,1	837	4,5	162.118
Da 5.001 a 10.000	6,7	2,0	0,2	1.174	2,3	232.943
Da 10.001 a 15.000	6,4	2,8	0,4	705	1,8	301.089
Da 15.001 a 30.000	6,6	3,0	0,7	774	1,1	477.306
Da 30.001 a 50.000	6,4	3,0	1,2	316	0,9	537.487
Da 50.001 a 100.000	7,9	2,5	1,8	73	0,6	1.280.956
Da 100.001 a 250.000 o capoluogo	7,5	2,4	2,9	683	0,7	1.048.009
Da 250.001 a 500.000	12,2	1,5	10,8	171	0,5	2.132.745

* Si intende la somma di sindaci, assessori, consiglieri comunali e di quartiere.

Fonte: Elaborazioni IRPET su dati Ministero del Tesoro – Conto annuale del personale e dati Certificati dei Conti consuntivi.

ipotizza di fondere gli enti esistenti secondo due maglie territoriali alternative, quella dei Sistemi locali del lavoro (SLL) e quella delle Zone socio-sanitarie (Zss), che pur nella loro diversità hanno in comune il fatto di raggruppare gli enti locali secondo un criterio che approssima sufficientemente il “comportamento” di una comunità. Come è noto gli SLL, calcolati dall’Istat ad ogni censimento, sono i bacini territoriali in cui avviene la maggior parte degli spostamenti quotidiani tra il luogo di residenza e il luogo di lavoro; pur a fronte di alcune criticità nel metodo con cui vengono calcolati¹⁵ hanno un’evidente validità concettuale per il fatto che i luoghi della percorrenza quotidiana bene approssimano quelli delle relazioni sociali più dense (comunità locali) e le aree in cui si domandano i servizi pubblici (enti locali). Ad oggi, tuttavia, tali ripartizioni sono utilizzate solo a scopo analitico. Di contro, la maglia delle Zss, che sono anch’esse accorpamenti di Comuni, ha il vantaggio di far parte dell’esperienza operativa degli enti locali, che in Toscana la utilizzano per la programmazione dei servizi socio-sanitari, vale a dire di una delle loro funzioni fondamentali. Tale maglia territoriale trova dunque un’importante legittimazione nella prassi.

Stimato il costo di funzionamento dei “nuovi enti” così ottenuti, per differenza si calcolano le risorse che potrebbero essere risparmiate rispetto all’assetto istituzionale vigente e che potrebbero essere destinate, almeno in teoria, a tre diverse finalità: riduzioni di spesa, potenziamento dei servizi, alleggerimento del prelievo fiscale. Nelle ultime due ipotesi è evidente il vantaggio per i cittadini, ma anche nel caso più probabile in cui i risparmi così ottenuti fossero destinati a tagli di spesa pubblica, il costo sociale sarebbe sicuramente minore rispetto ad economie di pari misura da ottenere con tagli all’offerta di servizi. Alcune brevi precisazioni si rendono necessarie prima della presentazione dei risultati della simulazione. L’esercizio viene svolto soltanto sui costi di funzionamento degli enti locali, quelli che sono stati

(15) F. COMPAGNUCCI, *I sistemi locali del lavoro nell’interpretazione dell’organizzazione territoriale: fondamenti teorici e limiti ontologici*, Università Politecnica delle Marche - Dipartimento di Economia, Quaderno di ricerca n. 336, 2009.

definiti in precedenza come costi espliciti della frammentazione. Ciò comporta alcuni limiti e alcuni vantaggi: tra i primi rientra il fatto che non viene data una misura dei costi impliciti, vuoi per carenza di dati sufficienti a stimarli, vuoi per un problema di soddisfacente operativizzazione del concetto; tra i secondi è bene evidenziare che il fatto che la stima non prenda in considerazione la spesa per l'erogazione dei servizi consente di evitare il problema della molteplicità delle dimensioni di minimizzazione dei costi unitari di produzione ed erogazione degli stessi, per concentrare l'attenzione sul tema della dimensione adeguata per la minimizzazione dei costi di funzionamento delle "macchine amministrative locali". Tale scelta garantisce anche una maggiore affidabilità dei dati di bilancio utilizzati, che per la parte di amministrazione generale risentono in misura minima dell'eterogeneità connessa alle caratteristiche del contesto (distribuzione territoriale della popolazione, composizione per fasce di età, morfologia del territorio, ecc.) o alle scelte gestionali (produzione diretta, *outsourcing*, azienda partecipata, grado di compartecipazione degli utenti ai costi, ecc.).

Per maggiori approfondimenti sul metodo di stima utilizzato si rimanda alla ricerca¹⁶, mentre qui si richiamano soltanto gli aspetti più rilevanti. Nella stima dei costi di funzionamento si è mantenuta la distinzione tra le due componenti dei costi della burocrazia (di fatto, i dipendenti addetti alle funzioni di amministrazione generale) e dei costi della politica (indennità e servizi di supporto agli amministratori locali). Suddivisi gli enti locali per classe dimensionale, si è calcolato per ciascuna classe il costo per abitante della burocrazia e il costo per amministratore della politica¹⁷. Trattandosi di fatto di un'analisi di efficienza, si è scelto di utilizzare il criterio del fabbisogno minimo necessario per lo svolgimento delle funzioni analizzate, minimo che è stato approssimato con il valore del primo quartile della distribuzio-

(16) S. IOMMI, *Dimensioni dei governi locali, offerta di servizi pubblici e benessere dei cittadini*, cit.

(17) Dato che numero di rappresentanti e relative indennità sono definiti da apposita normativa, la stima ha riguardato i costi connessi alle funzioni di supporto agli organi istituzionali.

ne per evitare eventuali dati anomali¹⁸. Ai “nuovi enti locali” ottenuti con l’applicazione delle maglie dei SLL e delle ZSS sono stati infine applicati i costi per abitante e per amministratore così stimati in base alla nuova classe dimensionale di appartenenza, dopodiché, confrontando la spesa attuale con quella simulata, si è ottenuta l’entità del risparmio.

Così, ad esempio, nel caso ipotetico di 10 Comuni da mille abitanti ciascuno che si uniscono, il costo della burocrazia per abitante passerà da 480 euro *pro capite* a 190 e la spesa complessiva dagli attuali 4,8 milioni a 1,9. Lo stesso calcolo, complicato dal fatto che numero e indennità degli amministratori sono definiti da apposita normativa, peraltro recentemente modificata¹⁹, è stato applicato ai costi della politica.

I risultati sono illustrati nella tabella 3.

Dato il livello di frammentazione di partenza, la crescita dimensionale non può che apportare benefici.

Nel caso dell’accorpamento secondo il criterio dei SLL il risparmio ottenibile nella parte di costi della burocrazia ammonta a 96 milioni, pari all’11% di quanto speso complessivamente per la stessa voce nel 2010, mentre nella parte di costi della politica si risparmiano 65 milioni se si fa riferimento alla situazione 2010 o 51 milioni se si prende a riferimento la situazione che si avrebbe con la nuova normativa sulla rappresentanza nei governi locali a partire dal 2012, pari rispettivamente al 60% e al 54% della spesa ad assetto invariato.

Nel caso della riorganizzazione secondo la maglia delle ZSS si avrebbe un risparmio maggiore sul lato dei costi della burocrazia (138 milioni di euro, pari al 16% della spesa sostenuta nel 2010) e uno leggermente inferiore sul lato dei costi della politica (64 milioni rispetto al 2010 e 50 rispetto al 2012) a causa della minore numerosità degli enti e della maggiore dimensione media, quest’ultima correlata a costi degli organi istituzionali più elevati. Complessivamente, quindi,

(18) Il primo quartile è il valore sotto il quale si trova il 25% dei casi analizzati. È preferibile al valore minimo in distribuzioni che presentano dati estremi, detti *outlier*.

(19) D.l. 138/2011 e modifiche successive.

Tab. 3. *Simulazione della spesa per amministrazione generale (burocrazia) e per organi istituzionali (politica)*

	Comuni attuali 2010	Hp SLL	Hp Zss
<i>Spesa per amministrazione generale</i>			
N. enti	287	51	34
Spesa amministrazione generale (mil.)	885	788	746
Diff. Ass. su spesa 2010 (mil.)	-	96	138
Var. % su spesa 2010	-	10,9	15,6
<i>Spesa per organi istituzionali</i>			
N. amministratori	5.784	1.054	746
Spesa (indennità e costi di funzionamento)	109	44	45
Diff. Ass. su spesa 2010 (mil.)	-	-65	-64
Var. % su spesa 2010	-	-59,6	-58,7
Diff. Ass. su spesa 2012 (mil.)	-	-51	-50
Var. % su spesa 2012	-	-53,6	-52,7

Fonte: Elaborazioni IRPET.

si avrebbe un risparmio sui costi di gestione di circa il 20% rispetto al 2010. Si tratta di cifre di tutto rilievo, che diventerebbero ancora più importanti se tale operazione venisse estesa a tutto il territorio nazionale. Si ricorda, inoltre, che l'esercizio quantifica solo una parte dei costi riducibili, dunque i vantaggi ottenibili sul lato del recupero di efficacia dell'azione dei governi locali sarebbero sicuramente maggiori di quelli stimati sul lato del recupero di efficienza.

6. Conclusioni: alcuni miti da sfatare

Ogni ragionamento sull'adeguatezza dell'assetto del governo locale non può che partire da due concetti, che sono la rifocalizzazione di quello che è il compito fondamentale delle istituzioni locali e la valutazione delle condizioni del contesto.

Per il primo aspetto, è indubbio che il ruolo fondante degli enti locali è quello di migliorare le condizioni di vita dei cittadini e di accrescere la competitività delle imprese attraverso la prestazione dei servizi. È evidente, pertanto, che le amministrazioni (di qualsiasi livello territoriale) massimizzano il loro obiettivo quanto più le risorse finanziarie e umane di cui dispongono si concentrano nell'erogazione dei servizi e, quindi, quanto meno esse vengono destinate al funzionamento della

struttura, le cui componenti fondamentali di costo sono rappresentate dai costi della burocrazia e da quelli della politica. Gli enti locali in particolare, proprio perché il loro ruolo è spazialmente definito, sono tenuti a svolgere le loro funzioni rimanendo coerenti con le collettività da rappresentare. Ciò implica che quando le scelte insediative, le modalità di comunicazione e trasporto, l'allocazione del potere decisionale e impositivo cambiano in modo significativo, come accaduto anche in Italia con i processi di urbanizzazione, industrializzazione e decentramento dei poteri pubblici, anche gli assetti istituzionali devono essere rivisti, in modo da rimanere coerenti con i fenomeni che sono chiamati a governare. Il mancato adeguamento produce costi sociali elevati, connessi al *deficit* di efficienza (spreco di risorse), ma anche a quello di efficacia (incapacità di governo), perché la dimensione adeguata serve non solo a ridurre gli sprechi, ma anche ad accrescere la capacità di esercitare un'azione incisiva.

Se, inoltre, la particolare fase storica di riferimento è drammaticamente caratterizzata dalla necessità di contenimento della spesa pubblica, il mantenimento di una situazione inefficace ed inefficiente rischia di produrre costi sociali insostenibili, costringendo di fatto a tagliare l'offerta dei servizi pubblici per non voler riformare l'assetto istituzionale. Non riformare il sistema, dunque, non vuol dire mantenere l'offerta tradizionale, ma accettare di sacrificarla al mantenimento dei confini, un costo che andrebbe perlomeno esplicitato ai cittadini.

Gli argomenti che di solito vengono opposti ai tentativi di revisione e aggregazione dei governi locali sono di varia natura, economici, sociali e politici, ma dominati decisamente dall'ultimo tipo. Il presente lavoro ha cercato di affrontare la questione con procedimento razionale, a partire dall'evidenza empirica. Ciò ha consentito di sfatare alcuni miti.

La prima obiezione a cadere è quella, di matrice prettamente economica, dell'inesistenza di una dimensione ottima degli enti locali, data la multifunzionalità che li caratterizza. L'analisi dei dati di bilancio mostra che, pur non esistendo un'unica dimensione ottima per tutti i servizi e le funzioni di competenza degli enti locali, esiste una dimensione che consente di minimizzare i costi di funzionamento degli enti stessi, sotto la quale diventa diseconomico esercitare qualsiasi

tipo di attività. Appare evidente, inoltre, che sotto un livello minimo di organizzazione cade anche l'efficacia con cui si gestiscono funzioni e servizi e, quindi, la capacità di rappresentare i cittadini e rispondere ai loro bisogni. Anche se non ci sono evidenze empiriche certe sulla dimensione ottima del governo locale, è dunque ragionevole ritenere che assai difficilmente essa possa scendere sotto la soglia dei 20-30 mila abitanti, per cui è evidente che l'attuale assetto presenti ampi margini di miglioramento. Del resto, tutte le riforme e i correttivi promossi negli ultimi decenni confermano che il legislatore, ma gli stessi amministratori locali sono ben consapevoli dei costi che la frammentazione amministrativa impone. Sarebbe quindi bene prendere coscienza del fatto che quando la distanza tra assetto istituzionale e realtà è talmente grande da richiedere continui correttivi, la revisione del primo è certamente la strada meno costosa per tutti i soggetti sociali, per i cittadini che potrebbero avvantaggiarsi di servizi più efficaci e meno costosi, per gli operatori pubblici che si avvantaggerebbero delle maggiori possibilità di specializzazione del lavoro insite in strutture di dimensioni medie maggiori, per gli stessi amministratori locali che amplierebbero le loro opportunità di agire in maniera incisiva sul benessere delle comunità di riferimento.

La seconda obiezione a cadere è quella relativa alla distruzione delle identità locali. Ridisegnare, aggregandoli, i governi locali provocherebbe secondo i sostenitori di questa obiezione l'indebolimento del senso di appartenenza alle comunità locali, il declino della partecipazione all'amministrazione degli interessi collettivi, la diminuzione del potere di controllo sull'operato degli eletti; in sostanza, una riduzione del livello di democrazia. Tale argomentazione contiene almeno due punti deboli. In primo luogo, assume che le identità locali siano immutabili nel corso del tempo, nonostante i cambiamenti avvenuti in merito a composizione della popolazione, scelte insediative e modalità di comunicazione e trasporto e, soprattutto, dà per scontato che esse coincidano con i confini amministrativi fissati in media a metà dell'Ottocento, come se anche essi non fossero storicamente determinati. In secondo luogo, non tiene conto del fatto che la dimensione del governo locale è soggetta a dei *trade-off*, non solo in relazione a questioni di efficienza economica, ma anche in merito al funzio-

namento stesso della democrazia. La prossimità delle istituzioni ai cittadini è solo uno degli aspetti rilevanti della democrazia, che tra le sue componenti, però, ha anche la presenza di pluralità di bisogni e aspirazioni, la capacità di tradurre le esigenze in azioni e interventi, la presenza di competenze adeguate e le dimensioni per interagire con le altre comunità e con le questioni sovralocali. Se è evidente che ripartizioni piccole sono più omogenee al loro interno e quindi più facilmente coalizzabili intorno a pochi interessi comuni, da cui discende la maggiore partecipazione, mentre la conoscenza diretta tra elettori ed eletti consente un controllo percepito come più immediato perché basato su relazioni fiduciarie e su contatti di conoscenza diretta, non è automatico che collettività così costruite garantiscano un maggior benessere collettivo, per alcuni limiti evidenti che le caratterizzano, a partire dalla inadeguatezza delle loro capacità di intervento. Detto in altri termini, essere vicini ai cittadini, ma non avere alcun potere decisionale effettivo, non aiuta a tutelare gli interessi delle comunità locali, né a rafforzare il senso di appartenenza.

La terza obiezione a cadere è quella relativa ad una particolare componente di costo, quella connessa al funzionamento degli organi istituzionali, più nota come costi della politica²⁰. In una fase di forte impopolarità del ceto politico, sono molte le analisi che mirano a sottolineare come la politica centrale sia molto più costosa di quella locale²¹, soprattutto in termini di spesa per singolo amministratore. L'analisi dei dati di bilancio proposta nel presente lavoro ha confer-

(20) Si tratta di un contenitore di varie componenti di spesa. Rientrano nella categoria in primo luogo le indennità e i gettoni di presenza percepiti da coloro che ricoprono cariche elettive e di governo e i vitalizi e/o altri eventuali *benefit* maturati con l'esercizio della carica pubblica; ad essi si devono sommare i contributi previdenziali, assicurativi e ai fini del TFR, nonché i permessi retribuiti da rimborsare al datore di lavoro nel caso di lavoratori dipendenti, oltre ai rimborsi per le spese sostenute nello svolgimento delle funzioni. La seconda componente di rilievo è rappresentata dai costi di funzionamento degli organi stessi (invio delle comunicazioni, apertura delle sedi, registrazioni delle sedute, ecc.) e delle attività di supporto, come le segreterie, gli addetti stampa, le consulenze specialistiche, ecc.

(21) Cfr. UPI, *I costi della politica. Rielaborazioni Upi su dati Siope e Istat*, 2012, <http://www.upi.it>.

mato che, in valore assoluto, la spesa per gli organi istituzionali è molto ridotta, soprattutto in corrispondenza dei Comuni di minore dimensione. I dati dunque confermano la presenza di una sorta di “volontariato politico” nei governi locali più piccoli. È evidente, però, che la spesa per il funzionamento della democrazia locale va valutata non solo in senso assoluto, ma anche relativamente alla capacità decisionale esercitata, ovvero al rapporto fra il costo della politica locale e il risultato ottenuto, approssimabile con le risorse complessivamente amministrate. Assumere questo punto di vista fa emergere di nuovo le criticità di un assetto fortemente frammentato, in cui i singoli amministratori locali costano molto poco, a fronte però di un contributo decisionale molto basso.

La quarta e ultima obiezione a cadere è quella sui costi dell'immobilismo: i dati tratti dai bilanci e l'esercizio di simulazione svolto mostrano che l'assetto vigente è gravato da costi evitabili, di natura esplicita e implicita. I primi sono stati stimati nella parte relativa ai costi di funzionamento delle strutture in circa il 20% della spesa sostenuta al 2010, i secondi non sono stati quantificati, ma richiamati e messi in evidenza. L'eccesso di frammentazione implica la rinuncia all'innovazione e al miglioramento della qualità e della specializzazione dei servizi offerti, con le conseguenze che tutto ciò provoca sulla competitività dei sistemi produttivi locali e sul benessere dei cittadini. È evidente che quando le strutture che governano l'organizzazione sociale e i fenomeni reali sono ormai in aperta contraddizione, solo l'innovazione del modello organizzativo può scongiurare ricadute più pesanti dal punto di vista sociale, anche nel lungo periodo. Occorre in proposito sgomberare il campo da un equivoco. L'accorpamento degli enti locali e la crescita della dimensione media degli stessi non serve a ridurre i servizi alla popolazione e ad allontanarli dai cittadini, ma semmai si muove in direzione opposta, cercando di alleggerire il costo delle strutture al fine di potenziare le risorse destinate ai servizi. Ciò che si propone di portare ad una scala territoriale più congrua è l'esercizio della responsabilità politica e delle funzioni generali di organizzazione, che non implica necessariamente l'accorpamento dei punti di erogazione dei servizi che dovranno invece continuare a rispondere a criteri di prossimità alla popolazione più o meno strin-

genti a seconda dell'intensità con cui è richiesta l'interazione diretta tra erogatore e utente. Il mantenimento dello *status quo* istituzionale, al contrario, rischia di tradursi proprio in una drastica riduzione dei servizi alla collettività che i conservatori dichiarano di voler difendere. In altri termini, l'opposizione alla revisione organizzativa non significa salvaguardia dell'esistente, ma accettazione del declino.

E. ÁLVAREZ CONDE, A. GARCÍA-MONCÓ, R. TUR AUSINA, *Derecho Autonómico*, Madrid, Tecnos, 2013, 497 pp.

Lo Stato “autonomico” rappresenta uno degli esperimenti del costituente spagnolo del 1978 che hanno destato maggior interesse e, al contempo, ricevuto il maggior numero di critiche più o meno feroci. Soprattutto negli ultimi anni, nel contesto di una crisi economica che ha colpito il paese con particolare veemenza, al centro del dibattito politico si collocano, da un lato, gli sprechi – dimostrati o solo ipotetici – degli enti decentrati e, dall’altro, le rivendicazioni indipendentiste della Catalogna. Il modello autonomico torna ciclicamente sulla scena, a volte come una forma organizzativa consolidata, altre come un tentativo fallito, che dovrebbe portare o a un riaccentramento o a una federalizzazione, a seconda dei punti di vista.

Il volume che qui si presenta risulta essenziale per comprendere a pieno le premesse, l’evoluzione e lo stato dell’arte del decentramento spagnolo nel suo complesso. Se è vero, infatti, che la dottrina iberica ha dedicato sempre grande attenzione al tema, questa affermazione non si può estendere in automatico alla manualistica. Si rendeva, dunque, necessaria un’opera unica e aggiornata da affiancare alla serie di consolidati testi di studio relativi a specifici ordinamenti regionali o a tematiche settoriali: il libro di Álvarez Conde, García-Moncó e Tur Ausina colma questa lacuna e offre al lettore un’analisi completa ed esaustiva.

La descrizione delle problematiche viene effettuata in maniera trasversale, per argomenti, e non per Comunità autonoma, mediante la tecnica della comparazione orizzontale, utile a proporre conclusioni sulla base delle convergenze e delle divergenze tra le diverse discipline regionali: una “comparazione interna”, in cui però non si tiene conto solo dei diversi livelli di governo “nazionali”, ma anche di quelli sovranazionali.

La ripartizione degli argomenti appare coerente con gli obiettivi precipuamente didattici del lavoro.

Nella prima parte gli autori affrontano le premesse generali che devono fungere da base per lo studio del tema: il concetto di Stato composto in contrapposizione a quello di Stato unitario; il percorso evolutivo dello Stato autonomo spagnolo (con un'interessante sezione sulle politiche al riguardo a seconda della legislatura); l'influenza dell'integrazione europea sul decentramento e i principi generali che pervadono il modello costituzionale (unità, autonomia, solidarietà, cooperazione e uguaglianza).

La seconda parte è interamente dedicata alle fonti autonome. Una volta inquadrata la tematica nell'ambito delle teorie sui sistemi multilivello, viene presa in esame la fonte principale in cui si esprime l'autonomia: lo Statuto.

Gli autori fanno tesoro della giurisprudenza costituzionale più recente – con particolare riguardo a quella sulla riforma dello Statuto catalano adottata nel 2006 – e descrivono il concetto e la natura dello Statuto come legge organica *sui generis*, fonte statale (giacché è necessaria la sua approvazione da parte del Parlamento statale) e “non Costituzione”. Si concentrano, poi, sul procedimento di approvazione e di revisione e sui contenuti necessari ed eventuali, sempre tenendo conto delle esperienze effettivamente realizzatesi nel corso dei decenni.

Secondo l'ordine “classico” dettato dalla gerarchia delle fonti, vengono analizzate di seguito la legge autonoma (con le sottocategorie del caso), gli altri atti con forza di legge e i regolamenti.

La terza parte del volume, significativamente intitolata *Las Comunidades Autónomas*, sviscera le diverse manifestazioni dell'autonomia regionale, partendo – e ciò è un'evidente conseguenza dell'importanza, giuridica e politica, assunta da questo profilo nel corso della seconda stagione statutaria – dai cataloghi di diritti e libertà contenuti negli statuti e dalla relativa giurisprudenza costituzionale, per passare alle istituzioni e alle competenze legislative regionali.

Particolare attenzione viene prestata ai rapporti istituzionali delle Comunità autonome, vale a dire agli strumenti bilaterali e multilaterali che consentono a queste di interagire con lo Stato e tra di loro: le conferenze settoriali, le commissioni bilaterali di cooperazione, gli accordi di collaborazione, ecc. La presenza di una sezione specifica su tale aspetto è sintomatica del peso crescente di simili strumenti per la gestione degli equilibri tra centro e periferia, specie con l'obiettivo di creare dinamiche decisionali cooperative e flessibili. La quarta parte del volume riguarda un altro degli elementi cruciali del sistema: il finanziamento delle Comunità autonome (mentre il quinto e ultimo si sofferma sulla finanza locale). Gli autori descrivono dapprima i principi che permeano il sistema, partendo dall'autonomia finanziaria per approdare alla

solidarietà e al coordinamento tra centro ed enti decentrati (in quest'ambito assume un rilievo essenziale il *Consejo de Política Fiscal y Financiera*, formato dai ministri statali competenti – Economia, Finanze, Amministrazioni pubbliche – e dai membri corrispettivi degli esecutivi regionali). Ai principi tradizionali è stato aggiunto esplicitamente, con la revisione dell'art. 135 della Costituzione approvata nel 2011, quello del pareggio di bilancio, accompagnato da limiti al *deficit* strutturale e all'indebitamento: a ciascuno di essi viene dedicato un paragrafo a sé.

I temi trattati, dunque, sono molteplici e coprono ogni declinazione dello Stato autonomico. Gli autori sono prodighi di citazioni delle fonti di riferimento (il testo costituzionale, gli statuti, ma anche la legislazione regionale, la legge organica sul Tribunale costituzionale, ecc.), in modo tale che il lettore abbia già a propria disposizione tutti gli elementi normativi alla base della ricostruzione effettuata; allo stesso tempo, contestualizzano le sentenze del Tribunale costituzionale mediante un'accurata selezione del materiale giurisprudenziale. Oltre alla comparazione interna al sistema spagnolo, non mancano i rinvii ad altri ordinamenti decentrati, che fanno da contrappunto a tutta l'analisi. Non solo. Álvarez Conde, García-Moncó e Tur Ausina riescono nella complessa missione di affiancare agli elementi normativi anche la prassi e le ipotesi di riforma (specie quelle attuali dovute alla duplice crisi, dell'economia e del decentramento), con la chiarezza espositiva di un testo che si propone come un manuale, ma che potrà rappresentare un *vademecum* non solo per gli studenti, bensì anche – e forse ancor di più – per gli studiosi.

Sabrina Ragone

TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACTS

Essays and Articles

The Application of Anti-corruption Legislation in Regions and Local Authorities: Unitary Disciplines and Organizational Autonomy (p. 349)

Francesco Merloni

The article describes the trend of recent anti-corruption legislation aiming to impose uniform solutions for the entire administrative system and then focuses on the solutions adopted in practice. On the one hand, the uncertainty of state legislation, which appears at times, is attenuated only by local-level involvement via agreements with regional and local authorities for the establishment of compliance programs to implement the new measures. On the other hand, there are different situations ranging from impositions that impair local authorities' organizational autonomy to the adoption of national rules, open to a virtuous differentiation (enhancement of administrative impartiality). The conclusions put forward hypotheses of reconciliation between unitary and differentiation needs via reforms even at the Constitutional level.

The New Code of Conduct and the Strengthening of Public Officials' Impartiality (p. 377)

Enrico Carloni

Anti-Corruption Act no. 190 of 2012 amends Article 54 of Decree no. 165 of 2001 and redefines the Italian legislation on Codes of Conduct. On this basis, the Italian Government adopted a new Code of Conduct, with Presidential Decree no. 62 of 2013, which defines the minimum duties of public officials, and which each administration needs to accommodate with specific codes. The emerging system aims to strengthen officials' impar-

tiality, and this goal is linked to Constitutional provisions that affirm the principles of exclusivity in the service of the nation, loyalty and diligence, impartiality and accountability. The new model, in which the violation of the duties contained in codes is a “source of disciplinary responsibility”, is in contrast with the idea of a complete “privatization” of the employment relationship and confirms the recent trend towards reassessing the special nature of public employment.

Regulating Access to External Mandates for Public Employees as per Law No. 190/2012: The Evolution of the System and Application Problems for Local Authorities (p. 409)

Benedetto Ponti

The provisions introduced by the 2012 Anti-Corruption Act include the strengthening of rules concerning civil servants’ access to external assignments. The exclusiveness of civil servants’ service, in order to protect administrative impartiality, is intensified by making it mandatory and explicit to conduct analytical evaluations of the potential conflicts of interest activated by such assignments. Moreover, the law requires public administrations to draw up a catalogue of proscribed assignments. The text, in addition to analyzing these measures, identifies problems that could ensue from a poorly governed and overly differentiated application of these new measures at the regional and local levels.

Right to Transparency and Judicial Protection (p. 425)

Marco Magri

Recent anti-corruption legislation, in terms of administrative transparency (most recently Legislative Decree no. 33 of 2013) aims to enact the concept of total accessibility through the recognition of apparently “new” subjective situations: “anybody’s” rights strengthened by a right to “civic access” to data, information and administrative documents that are required to be published. A more in-depth investigation, however, reveals that nothing has changed with respect to the established right to access administrative documents, whereas the protection of subjective rights to use available information and disputes about the right of access to personal data are globally devolved, as “breach of duty of transparency” issues, to administrative jurisdiction. This seems not to comply with the principles laid down by the Constitutional Court in its judgment no. 204 of 2004.

About Certain “Regularities” in Constitutional Jurisprudence after the Reform of Title V (p. 453)

Simone Calzolaio

This paper examines some of the regularities to be found in Constitutional jurisprudence after the reform of Title V of the Constitution, in particular as concerns the high level of conflict between State and Regions, the notions of autonomy and internal sovereignty, and legislative competence for regional public employment. The review leads to the finding that the connections among these jurisprudential regularities reveal an expansion of State supremacy in the relationship with the Regions.

The De-Legitimization of the Political Class in Italian Regions (p. 477)

Maurizio Cerruto

The article examines how and to what extent the regional political class in Italy has undergone a process of de-legitimization. The topic will be addressed by focusing on two different dimensions: the cost of regional institutions and the behaviour of corrupt local politicians. In particular, the text deals with the costs of the number of both regional councillors and the size of their earnings and of council group funding, the reform that has led to the reduction in posts and allowances. The text also reconstructs events leading to the scandals that have affected, and partly engulfed, three regional administrations: Sicily, Lazio and Lombardy. In the conclusion the author argues that the crisis of legitimacy of the political regional class has had an impact on the same regional institutions in terms of the loss of credibility and trust by citizens.

Notes and Comments

Political Crisis, Dissolution of Regional Assemblies and Early Elections in Lazio and Lombardy: A Comparative Analysis (p. 509)

Daniele Coduti

The essay deals with the crisis of regional government in Lazio and Lombardy, which led to the calling of early elections in 2013. The analysis underlines the similarities and differences between the two political crises, their critical aspects and their consequences.

Dissolution of the Regional Council and Elections: the Case of Molise (p. 535)

Michele Della Morte, Bruno De Maria

The article analyzes the institutional situation of the Molise Region after the dissolution of the regional council. The call for new elections at the beginning of 2013 and the inauguration of new organs have had an effect on the course of the adoption of the new statute. The deferral of its entry into force reflects the problems of implementation of constitutional reforms that have affected Title V of the Constitution. In this sense, the Molise case offers an opportunity to assess the critical features of the regionalist transformation of Italy's legal system.

The Management of Local Health Agencies after the Balduzzi Reform (p. 551)

Edoardo Nicola Fragale

Significant changes have been introduced by the Balduzzi decree concerning procedures for appointing managers in the public health sector. In an attempt to curb the politicization of appointments in local health agencies, which often overflows even to lower management levels, the decree introduces different forms of power proceduralisation. This tool is used to a greater degree for appointments in complex structures, where discretionary power is controlled by selection through comparative procedures, that could raise new doubts about related jurisdiction; it is used to a lesser degree for the top-management positions, where confidence remains the main criterion for choosing managers.

Common Goods and Public Services: Social Utility and Democratic Management (p. 583)

Nicola Giannelli

Management of commons is a key matter of public policy. A community must avoid over- and under-exploitation of commons. But first of all political debate should focus on defining the nature and boundaries of commons as goods that pursue the fundamental common goals of a community. In order to protect them the community can confer a special legal status to commons. Many public services that defend basic rights and the dignity of human beings should be considered as commons, and citizens

should be called to participate in pertinent decision-making. Management of these services is a responsibility of the state, local authorities, self-administration bodies or non-profit private institutions, at different levels of governance. But public goals need to be safeguarded via participatory decision-making. In this field economic performance will not be the main value in the public regulation regime, but it can be achieved when governance involves citizens that are both users and payers of these services.

Regional Observatory

Local Government and Citizen's Welfare: The Avoidable Costs of Fragmentation (p. 617)

Sabrina Iommi

Readings and Highlights

E. Álvarez Conde, A. García-Moncó, R. Tur Ausina, *Derecho Autonómico*, Madrid, Tecnos, 2013 (p. 643)

Sabrina Ragone

Simone Calzolaio

Ricercatore confermato in Diritto costituzionale presso l'Università di Macerata

Enrico Carloni

Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli studi di Perugia

Maurizio Cerruto

Ricercatore in Scienza politica presso l'Università della Calabria, titolare degli insegnamenti di Scienza dell'amministrazione e Analisi delle politiche pubbliche

Daniele Coduti

Ricercatore in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Foggia

Michele Della Morte

Professore associato di Diritto pubblico nell'Università degli Studi del Molise, Dipartimento giuridico

Bruno De Maria

Ricercatore in Diritto costituzionale nell'Università Federico II di Napoli, Dipartimento di Giurisprudenza

Edoardo Nicola Fragale

Dottorando di ricerca in Istituzioni e mercati, diritti e tutele – Diritto amministrativo, Alma Mater

Studiorum – Università di Bologna

Nicola Giannelli

Ricercatore in Scienza politica e docente di Scienza dell'amministrazione e Valutazione e analisi delle politiche pubbliche, DESP, Università degli studi di Urbino "Carlo Bo"

Sabrina Iommi

Ricercatrice in Economia urbana ed economia pubblica presso IRPET (Istituto Regionale per la Programmazione Economica della Toscana)

Marco Magri

Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli studi di Ferrara

Francesco Merloni

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia

Benedetto Ponti

Ph.D., Ricercatore in Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Perugia, Dipartimento di Scienze Politiche

Sabrina Ragone

Ricercatrice presso il Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid

Criteria editoriali

Istituzioni del Federalismo – articolata nella Rivista e nei Quaderni – pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'ar-

ticolo; originalità e novità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredata da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.