

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 1/2015

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzarolli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 1/2015

saggi

- Gustavo Zagrebelsky, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere* 1
- Claudio De Fiores, *Interpretazione delle leggi e interpretazione costituzionale* 13
- Tatiana Guarnier, *Legge di delega e questione di fiducia. Appunti su una convivenza sospetta* 51
- Antonio Iannuzzi, *Crisi economico-finanziaria e decreti-legge "manifesto". Sulla dubbia legittimità costituzionale delle numerose previsioni dichiarate salvifiche ed urgenti che differiscono i loro effetti al momento dell'adozione delle norme di attuazione* 105

osservatorio

- Flaminia Aperio Bella, *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico* 139

attualità

- Marco Olivetti, *La forma di governo nella costituzione tunisina del 2014* 195

recensioni

- Giuseppe Morbidelli, *Poteri impliciti. Recensione a Cristiano Celone, La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici, Milano 2012* 223

Gustavo Zagrebelsky

**IL TEMPO E LO SPAZIO DEL “CAPRO ESPIATORIO”.
DEL PARADOSSO DELLA DIGNITÀ IN CARCERE***

SOMMARIO: 1. Carcere e Costituzione. – 2. Società e segregazione. – 3. Carcere e dignità. – 4. Perdita del tempo. – 5. Alternative e preconcetti. – 6. Il diritto delle pene come diritto che vale per gli altri. – 7. Difetto di progettualità.

1. Carcere e Costituzione

Nel suo nudo concetto, il carcere è amputazione dalla vita sociale tramite restrizione della libertà e soggezione a una disciplina speciale in appositi luoghi a ciò predisposti. Poiché da una tale segregazione nascono sofferenze, si dice che il carcere è una pena e che la pena è una sanzione giustificata dalla violazione della legge. Questo è il nudo concetto che corrisponde a una concretissima realtà che percepiamo con turbamento ogni volta che mettiamo piede in uno “stabilimento penitenziario” o anche, soltanto, passiamo a fianco di muraglioni, grate e bocche di lupo (dove ancora esistono) e pensiamo al mondo che esiste al di là, segregato da quello in cui ci muoviamo. Ma il carcere come tale – prima ancora del “regime carcerario”, cioè delle condizioni della detenzione più o meno avvilenti – non chiama in causa solo sentimenti e risentimenti, ma solleva anche fondamentali interrogativi di natura costituzionale.

Non è facile parlare del carcere, del carcere come tale, senza avvertire tutta la contraddizione ch'esso introduce nel più venerato tra i principi dell'attuale nostro vivere civile. Si dirà: però, i detenuti se lo sono meritato. Così dice il senso comune: prima di dedicarci a pensare ai delinquenti e alla loro condizione, c'è ben altro di cui dobbiamo preoccuparci.

* Lezione inaugurale della seconda edizione del Master in “Diritto penitenziario e Costituzione”, Università Roma Tre, 23 gennaio 2015.

parci. Ci sono i problemi della gente per bene, quali noi amiamo considerarci. È difficile far comprendere a chi ragiona così che la questione carceraria riguarda sì i detenuti, ma solo in seconda istanza, come conseguenza della rappresentazione che la società dei liberi e rispettati cittadini dà di se stessa, quali noi ci compiaciamo di essere. Insomma: se le carceri sono un problema, lo sono innanzitutto per noi, che ci interroghiamo sui caratteri della società in cui vogliamo vivere e sui principi ai quali diciamo di essere affezionati. Che vi sia un rapporto di derivazione diretta tra struttura sociale e sistema delle pene è una verità che, dal celebre studio di Michel Foucault¹, non può essere messa in dubbio. Parlando del carcere non parliamo solo dei carcerati: parliamo in primo luogo di noi stessi. Non ce ne si rende conto facilmente. Di solito si ragiona come se ci fossimo noi e loro, distanti gli uni dagli altri. È facile cedere all'illusione e al preconetto.

2. *Società e segregazione*

Il carcere è prima di tutto segregazione. Alla sua base c'è l'idea implicita che la società sia l'effetto di due forze contrastanti, una forza di aggregazione e una di segregazione. L'aggregazione universale, l'agape fraterna estesa a tutti può essere un nobile ideale, ma è un ideale utopico. L'inclusione che non conosce esclusione genera anomia, violenza, disfacimento, alla fine dissoluzione del vincolo sociale. La socialità implica l'antisocialità. Tutti associati equivale a nessuna associazione. Affinché per alcuni vi sia convivenza, per altri deve esserci separazione, esclusione. Si può parlare di polarità di forze in equilibrio. L'una si appoggia all'altra. C'è una figura universale che esprime questa tensione tra il dentro e il fuori, ed è il capro espiatorio, una figura della psicologia collettiva che si presenta in forme diverse ma svolge sempre la stessa funzione di tenuta, assicurazione e autoassoluzione del gruppo sociale dalle proprie colpe attraverso la polarizzazione su di lui come unica vittima della violenza ch'esso cova endemicamente. È il polo negativo che rafforza quello positivo. È la valvola di sicurezza nei confronti dei sensi di colpa che mettono a repentaglio i rapporti interindividuali e sociali. La sua estromissione dalla vita comune allenta temporaneamente la tensione, fino a

¹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976.

quando questa si ripropone e richiede di sciogliersi in un qualcuno o qualcosa d'altro che ne incarni la funzione di equilibrio.

C'è un racconto biblico sorprendente, ricchissimo di simboli e di mimetismi, eccentrico rispetto alle altre narrazioni delle opere del Cristo. Esso nel modo migliore esemplifica la funzione del capro espiatorio che ci interessa in questo momento. È l'indemoniato geraseno, una specie di morto vivente che porta il nome di "legione perché siamo tanti" (λεγιων ονομα μοι οτι πολλοι εσμεν) la cui storia, sorprendente sotto diversi aspetti, è raccontata nei tre Vangeli sinottici. Marco (5, 1-20) ci dà i maggiori dettagli. Sono stati oggetto di magistrale interpretazione da parte di Jean Starobinsky² e di René Girard³. "Legione" si chiama così perché in lui è rappresentato e concentrato l'insieme dei numerosi spiriti negativi che popolano la regione di Gerasa. La sua (o loro) esistenza non solo è tollerata dal popolo, ma è anche desiderata. La sua condizione era quella del reietto, ma di un reietto che veniva "custodito qui con noi", come si provvede alla custodia di qualcuno di cui si ha bisogno. Dimorava tra i sepolcri, si aggirava nudo, senza posa, e nessuno lo teneva a bada quando era preso dal furore. Notte e giorno, tra i sepolcri e sui monti, gridava e si feriva con le pietre. Incontrato Gesù, lo scongiurava non di essere guarito, ma di essere lasciato in pace, di essere abbandonato a se stesso. Al contrario degli altri miracolati che i Vangeli presentano come figure supplicanti d'un cambio di condizione (guarire, risuscitare, essere esorcizzati), egli era legato alla sua funzione: "Che cosa c'è tra me e te? Ti scongiuro per Dio di non tormentarmi". Svolgeva un ruolo collettivo, pur nella sua singolare condizione di reietto: "E *egli* lo supplicò di non cacciarli fuori da quel paese". Quando viene mondato (gli spiriti immondi trasferiti nei porci e i porci precipitati nel burrone nel mare), non mostra alcuna gratitudine né dà prova di alcuna conversione interiore, ma chiede di stare con Gesù, sotto la sua protezione, come se a quel punto avesse tradito il suo compito e fosse preso dalla paura di rimanere lì dov'era, con l'altra parte della popolazione. La quale, contrariamente a ciò che ci si potrebbe aspettare, non manifestò alcuna gratitudine verso il guaritore. Al contrario, ne fu costernata: quando vide l'uomo "vestito, sano di mente e nel pieno possesso delle sue facoltà", cioè ricondotto alla normalità, "tutta la popolazione fu presa da spavento e chiese al Cristo di andarsene via da loro, perché avevano molta paura" (Lc 8, 35-37),

² J. STAROBINSKY, *Il combattimento con Legione*, in *Tre furori*, Milano 2006, 66 ss.

³ R. GIRARD, *Il capro espiatorio*, Milano 1987, 257 ss.

come se fosse venuta meno una assicurazione di cui avevano bisogno. L'indemoniato era segno di estrema segregazione dal mondo ordinato, ma serviva come assicurazione! Era capro espiatorio del male del mondo ordinato.

Perché, parlando di carcere, s'è presentato questo racconto? Perché è facile vedervi una rappresentazione d'una realtà sociale avente una consistenza che va al di là di Gerasa, dell'indemoniato, degli spiriti impuri, dei porci e del loro suicidio collettivo, eccetera, e che ci riguarda in quanto parla della funzione sociale della segregazione. Il Cristo vuole la conciliazione integrale, ma la società degli onesti non la vuole. Il carcere è nato, più che come sanzione, come pulizia della società dai suoi scarti: poveri, vagabondi, mendicanti, sbandati, irregolari d'ogni genere, offerte da offrire in sacrificio all'ordine sociale.

3. *Carcere e dignità*

Non c'è trattazione del nostro tema in cui non si ponga in tensione carcere e dignità. Di recente, Marco Ruotolo ha scelto questo rapporto come titolo d'un suo scritto: *Dignità e carcere*, per l'appunto⁴. La congiunzione "e" indica l'esistenza d'un problema di coesistenza e, contemporaneamente, l'esigenza di soluzioni conciliative dell'una realtà (il carcere) con un valore (la dignità). La domanda è se ci possa essere una soluzione del problema o se la soluzione è un'illusione? La "e" è congiunzione possibile o contrapposizione inevitabile? La "condizione carceraria" è compatibile con la dignità? Premettiamo che non si sta parlando delle "condizioni della condizione" carceraria, cioè dei trattamenti cui i detenuti sono sottoposti, più o meno rispettosi del senso di umanità e delle loro esigenze di vita decorosa. Stiamo parlando della condizione carceraria in quanto tale.

Noi parliamo del carcere in generale, ben sapendo ch'esso racchiude situazioni individuali e collettive diverse. Ma, qui non si tratta delle condizioni di sovraffollamento, delle carenze igienico-sanitarie, dell'impossibilità di garantire zone e tempi per la riservatezza, dell'amputazione di dimensioni essenziali della vita come l'affettività e la sessualità, del carcere come coltura della violenza e scuola di criminalità, dello stato di soggezione dei detenuti a un potere disciplinare spesso incontrollato. Non si

⁴ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, II ed., Napoli 2014.

tratta di queste cose, ben note, a contrastare le quali si dedicano meritoriamente tanti responsabili e operatori carcerari, associazioni di volontariato, gruppi di detenuti che mettono a frutto costruttivamente il tempo di autonomia che è loro concesso nella vita del carcere, per svolgere insieme attività culturali e lavorative. Non si tratta di queste cose, alle quali è possibile portare rimedio senza contraddire l'essenza della condizione carceraria. Tanto meno si tratta di cose che possono apparire, e non sono, dettagli dal punto di vista della considerazione e dell'auto-considerazione dei detenuti, come le modalità di ingresso in carcere, il modo di apostrofare ed essere apostrofati, il rumore, le urla, le imprecazioni e gli odori che fanno parte integrante dell'esistenza di carcerati. Si tratta, invece, del carcere come tale, cioè di quella realtà di segregazione che non può fare a meno di celle, sbarre, mani che si protendono fuori dalle "camere di detenzione", di grida lanciate all'esterno con la speranza che siano raccolte. Di nuovo, si dirà: se lo sono meritato. Ma, ancora di nuovo: la condizione carceraria riguarda coloro che stanno dentro ma come problema di civiltà è prima di tutto problema di chi sta fuori.

L'idea della conciliabilità appare un'illusione: una nobile illusione, ma pur sempre illusione. Il principio dignità è il più generale e profondo fondamento della convivenza nel nostro tempo. Lo dicono i documenti nei quali riconosciamo le basi della nostra civiltà, la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, le Costituzioni, le sentenze dei giudici, nazionali e sovranazionali. Si discute sul contenuto di questo principio, come sempre accade quando si ha a che fare con categorie generali che, inevitabilmente, sconfinano nel campo delle concezioni etiche e filosofiche. Per quanto la dignità umana sia assunta a fondamento d'ogni costituzione moderna, d'ogni dichiarazione dei diritti, d'ogni documento che addita l'ideale della convivenza umana, il suo significato è sfuggente, controverso e perfino ambiguo. Ma non c'è trattazione in cui la dignità non assuma il significato onnicomprensivo della dimensione dell'umano e della sua ricchezza, e non sia associata alla libertà dall'oppressione morale e fisica, all'inviolabilità del corpo e della mente, all'autodeterminazione, all'uguaglianza, alla socialità e alla "relazionalità", fino al vertice kantiano dell'essere umano sempre come fine e mai (soltanto) come mezzo. La dignità sembra l'argomento finale, decisivo, in tutte le questioni controverse in cui la posta in gioco è l'immagine che l'essere umano ha della propria natura. Sappiamo che non si tratta dell'argomento incontrovertibile che mette a tacere il contrasto nelle questioni etiche e giuridiche decisive, perché numerose sono le concezioni di que-

sti concetti. Ma, quali che siano queste concezioni, il carcere le contraddice tutte.

4. *Perdita del tempo*

Il carcere non è semplicemente privazione della libertà, come può essere il caso di un sequestro di persona. È qualcosa di qualitativamente diverso. Il sequestrato sa che la sua condizione è arbitraria e deve cessare quanto prima è possibile e che, fuori, c'è chi si dà da fare a questo fine. La sua vita continua nell'attesa del momento e nell'attesa la vita continua. Una volta c'erano i "cantacronache": un bellissimo testo di vita e d'amore del 1959 – autore Fausto Amodei – che è una lezione di filosofia morale facilmente ascoltabile da Internet, nell'ultimo ultimo verso dice: "Basta che non ci debba mai mancare qualcosa d'aspettare". Ciò che possiamo aspettare è ciò che trasforma la mera esistenza biologica in vita. Vorrei ricordare una considerazione che viene da un uomo che il carcere l'ha conosciuto davvero e a lungo, Vittorio Foa. La sua esperienza personale fu sotto molti aspetti particolare. Le sue considerazioni nascono dall'osservazione del detenuto comune, non sorretto – come invece fu lui stesso – da perduranti legami familiari, da comunione d'interessi e d'intenti con altri detenuti, dalla viva fede in ideali politici o religiosi: "Non c'è futuro. La speranza di salvezza viene meno. Il tempo si svuota. Si ripensa il passato o ci si rappresenta il futuro come in un'esteriore contemplazione priva di legami colla volontà ormai assente (...) Le privazioni materiali del carcere sono poca cosa o comunque cosa alla quale l'organismo umano si adatta con facilità, (...) il peso reale della detenzione consiste solo nel progressivo svanire della volontà col decorso del tempo", cioè nella decomposizione dell'essere umano in conseguenza dell'espropriazione e della nullificazione del tempo⁵. Eppure, il possesso del tempo della propria vita non è precisamente ciò che distingue gli esseri umani dalle cose che non hanno tempo e dagli animali la cui esistenza è ancorata agli istanti del presente – così per lo più si crede – privi di prospettiva?

Si ha un bel dire che la reclusione temporanea lascia aperta la prospettiva che apre il fine-pena (lascio da parte la questione dell'ergastolo).

⁵ V. FOA, *Psicologia carceraria*, in *il Ponte* 1949, 299 ss. e V. FOA, P. MARCENARO, *Riprendere tempo*, Torino 1982, 104 ss.

Ma, psicologicamente, non è così: sei recluso e, nel frattempo, la vita di fuori scorre e ti taglia progressivamente via. Tu, innanzitutto ti autoescludi. Come puoi immaginarti la tua vita per il dopo? Puoi pensare al momento in cui ha termine la detenzione, ma quel momento, se il carcere ha reciso la tua esistenza dalla vita, ti apparirà come un salto nel vuoto, perfino un momento temuto e non desiderato. Si può anche dire che il carcere come cesura radicale dalla condizione di vita civile è superata. È superata (secondo l'astratto diritto) perché è ormai riconosciuto che il detenuto, privato della sua libertà personale nel suo aspetto fisico-motorio e limitato nelle sue facoltà di relazione, mantiene comunque "un residuo" (come s'è espressa non del tutto felicemente la Corte costituzionale), cioè la titolarità di tutti gli altri diritti di cittadinanza non incompatibili con quel suo *status* di ristrettezza e può (se ne ha i mezzi) farli valere ricorrendo a un giudice. Il carcere, secondo il diritto, non deve essere un mondo separato, un'istituzione totale o, come dicono i giuristi, la mera soggezione a una "supremazia speciale", a un potere disciplinare arbitrario che lo governa. Tutto questo va nel senso della "umanizzazione" del regime carcerario. Ma risolve il problema della dignità? No, non lo risolve per il fatto in sé che il carcere, per com'è stato pensato storicamente ed è insito nel suo nocciolo, equivale a uno sradicamento, a un'amputazione, a un occultamento di una parte della società che l'altra, la società "per bene", non vuole più incontrare, vedere. Diritti sì, se proprio va bene, perfino forme di partecipazione alla vita carceraria e di democrazia interna, come è in certe esperienze d'altri Paesi; ma sono diritti dentro un microcosmo avulso dalla comune condizione umana. Impedendo le relazioni – potrebbe non impedirle? serve proprio a questo –, tende progressivamente a ridurre la vita a mera esistenza corporale. Come si potrebbe dire che tale riduzione della persona a corpo sia compatibile con la dignità umana?

5. *Alternative e preconcetti*

Si dirà: ma, le cose non stanno più così. Il regime penitenziario è oggi molto più complesso di quello che prese corpo nelle politiche di ordine pubblico dell'Antico Regime e si è perfezionato nelle società borghesi dell'800. La condanna a pene detentive non esclude "benefici" che mirano al superamento della condizione di separazione e di abbandono, e a promuovere il "reinserimento" sociale: dalla "legge Gozzini" del 1986 in

poi, sono possibili, per chi se le merita, varie “misure alternative” (affidamento in prova ai servizi sociali, semilibertà, liberazione anticipata, detenzione domiciliare, permessi-premio) e “pene sostitutive” del carcere breve (semidetenzione, libertà controllata, sanzioni in denaro). Tutto questo è vero ma, a parte le umiliazioni cui talora ci si sottopone per ottenere dall’amministrazione penitenziaria il “rapportino” favorevole alla concessione del beneficio, si tratta per l’appunto di misure alternative al carcere, cioè di *misure non carcerarie*. Questa è la riprova d’una ovvietà: il carcere è il carcere e, per sfuggire alla sua logica, occorre il non-carcere. Per venire incontro a ciò che la dignità implica bisogna uscire dal carcere. Così, si dimostra essere solo un esercizio retorico ciò che dice programmaticamente il primo articolo della legge sull’ordinamento penitenziario del 1975: il “trattamento” dei detenuti, cioè all’interno degli istituti di pena, “deve essere conforme a umanità” (e qui *nulla quaestio*) e “deve assicurare il rispetto della dignità della persona” (e qui l’ipocrisia).

Se noi chiedessimo a chicchessia che cos’è per lui la pena normale per chi commette delitti, la risposta certamente è: il carcere. È stato detto che il carcere appare oggi una realtà metafisica, sempre esistita e inevitabile: una dolorosa necessità. In effetti, tutti ragioniamo così. Il carcere è la naturale risposta, il naturale castigo che segue il delitto. È la regola; le misure alternative sono eccezioni. Questo è il nostro fortissimo preconetto.

La Costituzione, tuttavia, non identifica la pena con il carcere, anche se le “restrizioni alla libertà personale” e la “carcerazione preventiva” dell’art. 13 mostrano che, sullo sfondo, stava anche allora l’idea del carcere che la società non possa esistere senza appoggiarsi al carcere. Ma, la pena carceraria non è certamente un istituto “costituzionalmente necessario”, né, per così dire, la “prima scelta” in materia di pene. È una possibilità giuridica alla quale si può attingere per necessità, una dolorosa necessità che s’impone a fronte dell’urgenza di difesa della convivenza civile, quando non esistono alternative. La finalità costituzionale della pena non è solo il castigo; è anche la rieducazione o, meglio, la socializzazione o ri-socializzazione del condannato. Quale che sia il rapporto tra punizione e recupero, e quali che siano le difficoltà di conciliare l’una con l’altra, una cosa è certa: il carcere di per sé e nella migliore delle ipotesi, quando cioè non è controproducente, non serve alla socializzazione. Tanto è vero che le pene alternative e sostitutive sono previste precisamente per il “recupero” del condannato alla società, impossibile nel regime carcerario, per quanto “umanizzato” esso possa diventare.

Ora, il rapporto problematico (per non dir di più) che il carcere ha con la protezione della dignità umana e l'inconciliabilità di carcere e socializzazione dovrebbe indurre quantomeno a rovesciare il rapporto regola-eccezione: il carcere come regola dovrebbe cedere al carcere come eccezione, come *extrema ratio*. Questo rovesciamento dovrebbe indurci a una riflessione e, anche, a un'opera di progettazione. Non ci appare stupefacente che in tanti secoli l'umanità che ha fatto molti progressi in vari campi delle relazioni sociali non sia riuscita a immaginare nulla di diverso da gabbie, sbarre, celle dietro le quali rinchiudere i propri simili come animali feroci? E non ci stupisce il fatto che, tutto sommato, la coscienza sociale sia quieta di fronte a questa realtà?

6. *Il diritto delle pene come diritto che vale per gli altri*

Nell'ideologia sociale attuale, non esistono più *status* sociali, cioè stratificazioni di ceti distinti per condizione di esistenza materiale e differenziate per regole giuridiche. Questo vale sul piano formale. Ma, anche sul piano sostanziale è così?

Esistono "detenuti eccellenti", gente della *upper class*? Forse si contano sulle dita di una mano, fanno notizia, sembrano perfino delle stranezze, delle anomalie. Forse che delinquono meno degli altri? Probabilmente delinquono diversamente ma, quasi sempre, le scappatoie legali, le leggi fatte apposta, i processi che per loro non finiscono mai, permettono di evitare la sanzione detentiva. Ci immaginiamo uomini della grande finanza, della grande industria, della grande politica che dividono i pochi metri d'una cella con delinquenti "comuni", che si arrampicano sulla brandina, che usano il bugliolo unico per ogni cella (dove ancora esiste), che tendono le mani fuori delle grate, che magari devono rivolgersi all'agente di custodia chiamandolo "superiore" (dove è ancora così)? No, non ce lo immaginiamo, se non per le poche eccezioni che accettano il carcere come episodio rigeneratore della propria esistenza e da quella accettazione traggono perfino motivi di autostima. Il carcere è normalmente per chi ne ha già viste di tutti i colori. Per questo, si dice che è più afflittivo per le persone d'alto bordo, e meno per quelle di basso. Così, si sta diffondendo (California, Svizzera, Ukraina) l'idea di predisporre "celle a pagamento", per chi se le può permettere! Sarebbe interessante una statistica a proposito della distribuzione sociale dei beneficiari dei provvedimenti generali e individuali di clemenza. Quando i

legislatori legiferano, i governanti governano, gli amministratori amministrano in tema di detenzione carceraria vale una sorta d'implicita divisione psicologica. Essi operano su una realtà che è avvertita non come il loro mondo potenziale, ma come un altro mondo. Poi, eccezionalmente, può accadere ch'essi incappino nell'applicazione della legge uguale per tutti. Ma, questa possibilità non è nella loro prospettiva, quando si occupano astrattamente della condizione carceraria.

7. *Difetto di progettualità*

Le voci che vengono dall'interno del mondo carcerario concordano nel denunciare il fallimento del carcere come tale, rispetto a tutte le finalità che al carcere si assegnano, diverse dal pur necessario controllo e allontanamento dalla vita civile delle persone pericolose e dall'ineliminabile reazione sociale vendicativa rispetto ad azioni criminali particolarmente odiose. Checché se ne dica, la vendetta è una componente del diritto punitivo: ritualizzata e legalizzata sì, ma pur sempre presente. Ma, al di là di questi confini, il carcere è sempre giustificato?

La risposta, a mio parere, è no e se invece sembra sì, è per carenza di progettualità alternativa. Non ci sorprende il fatto che, su una questione cruciale come quella delle sanzioni penali, si sia ancora fermi a una soluzione vecchia di secoli, immaginata in una società dell'esclusione sociale come quella dello Stato assoluto, in cui ha svolto la funzione di simbolo dell'ordine politico? Non ci sorprende, se teniamo a mente la distinzione psicologica di *status* di cui s'è appena detto. Cresce l'attenzione per il miglioramento delle condizioni nelle carceri e per l'attuazione e il sostegno delle misure alternative: enti locali, Università, associazioni di volontariato vi si dedicano a livello locale, nazionale ed europeo. Si vuole umanizzarlo, lo si vuole circondare di misure che mitighino il suo carattere segregante, ma il carcere resta ad occupare il centro della scena.

La storia dice che si sono conosciuti altri sistemi punitivi diversi dalla morte e dal carcere: l'esilio o bando, la galera, il bagno penale e la colonia, le confische, le verghe, la berlina, l'infamia, la tortura. Il carcere, in quanto gestione burocratica e routinaria del tempo dei detenuti, rappresenta certamente un progresso rispetto alla crudeltà esibita e voluta dei sistemi antichi (anche se, seguendo Foucault, la sua giustificazione sta non solo in un intento umanitario ma anche in un più vasto programma di controllo che si dice biopolitico). Ma, la storia dimostra almeno che,

come ci sono state alternative, così ancora ce ne possono essere, in vista di finalità che non si esauriscono nella sicurezza e nella punizione.

Solo due accenni a due prospettive di pene non segreganti, dunque non carcerarie.

Diciamo che la commissione d'un crimine fa sorgere nel colpevole il dovere di "pagare il suo debito" alla società. Il carcere è un modo efficace di pagare questo debito? Evidentemente no. È solo il modo di soddisfare una pulsione sociale che richiede segregazione ed espiazione attraverso il dolore. Che cosa ne ottiene la società, se non, come per il folle geraseno, di esorcizzare simbolicamente il male che alberga dentro di sé? Non sarebbe più coerente una sanzione restitutiva e risarcitoria del danno commesso, con gravosi interessi che intacchino le stesse condizioni di vita del condannato il quale, dopo la condanna, non possa disporre delle medesime di prima, debba cambiare vita?

Diciamo che il crimine determina una frattura nelle relazioni sociali. In una società che prenda le distanze dall'idea del capro espiatorio, non dovrebbe il diritto mirare a riparare la frattura? Da qualche tempo si discute di giustizia riparativa, restaurativa, riconciliativa. Studi sono in corso, promossi anche da raccomandazioni internazionali; sperimentazioni nel campo del diritto penale minorile e per i procedimenti su querela di parte. Si tratta di una prospettiva nuova e antichissima al tempo stesso che potrebbe modificare profondamente le coordinate con le quali concepiamo il crimine e il criminale: da fatto solitario a fatto sociale; da individuo rigettato dalla società a individuo che ne fa pur sempre parte, pur rappresentandone un aspetto patologico.

INTERPRETAZIONE DELLE LEGGI E INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE*

SOMMARIO: 1. L'*Organon* aristotelico. – 2. L'interpretazione giudiziale: dal "*juge bouche de la loi*" al realismo giuridico. – 3. L'interpretazione dottrinale tra testo e contesto. – 4. Interpretazione autentica e leggi *pseudointerpretative*. – 5. L'ermeneutica nel diritto costituzionale. – 6. Il nodo dell'interpretazione conforme a Costituzione.

1. L'*Organon* aristotelico

Nel secondo dei sei libri dell'*Organon*, intitolato *Περί ἑρμηνείας* (poi latinamente denominato *De Interpretatione*), Aristotele ci offre la prima compiuta illustrazione del verbo "interpretare". Per il filosofo greco l'interpretazione attiene alla dimensione del discorso e alla sua struttura. Una struttura che si compone di "nomi" («il nome è una voce capace di significare secondo convenzione indipendentemente dal tempo»¹) e di verbi («il verbo è ciò che in più significa il tempo; di esso nessuna parte è significante separatamente»²). Ma nomi e verbi – precisa Aristotele – «non significano ancora se è o non è. Chè, l'essere o il non essere non è un segno della cosa, neppure se si dica *essente* senza aggiungere altro»³.

Nomi e verbi per «significare» hanno bisogno di combinarsi "convenzionalmente" nel «discorso», perché solo il «discorso è capace di si-

* Relazione tenuta presso l'Università di Cassino in occasione del Convegno organizzato dal Dipartimento di Economia e Giurisprudenza su *Le interpretazioni del (nel) diritto* (30 ottobre 2013).

¹ ARISTOTELE, *Dell'interpretazione*, in ID., *Organon*, Torino 1996, II, 224.

² ARISTOTELE, *Dell'interpretazione*, cit., III, 224.

³ ARISTOTELE, *Dell'interpretazione*, cit., III, 225.

gnificare, non però come uno strumento, ma come s'è detto: per convenzione»⁴. Ciò che rende tale un discorso è pertanto la possibilità di ricavare un significato da ogni suo "enunciato" (ἀπόφασις): «ma non ogni discorso è enunciativo, bensì quello nel quale sussiste il dire il vero o il falso. E non in tutti i discorsi sussiste: per esempio, la preghiera è sì un discorso, ma non è né vera né falsa»⁵.

Un impianto, questo, destinato a condizionare i futuri sviluppi della filosofia del linguaggio. Non è un caso che anche nella semantica logica moderna con il termine *interpretazione* si continuerà ad indicare il metodo di comprensione proprio delle «scienze dello spirito» (*Geisteswissenschaften*)⁶, la tecnica utilizzata per attribuire una qualifica di senso a una determinata espressione linguistica, l'attività di integrazione che l'interprete-mediatore svolge tra la parola e il significato, tra l'enunciato e il senso⁷. Ma anche (e soprattutto) l'esito di queste singole operazioni.

Una dimensione epistemologica che segnerà profondamente tutta la storia della filosofia: da Aristotele a Nietzsche, da Platone a Wittgenstein. Gli interrogativi sottesi al "dilemma interpretativo"⁸ si trascineranno di epoca in epoca sulla scia di un disparato, ma tuttavia ininterrotto confronto delle idee: «chi dice nel modo in cui gli pare che si debba dire, dirà correttamente ...?»⁹. E quanto asserito, in via convenzionale, attraverso il linguaggio «che cosa significa? Che cosa deve significare?

⁴ ARISTOTELE, *Dell'interpretazione*, cit., IV, 225-226.

⁵ ARISTOTELE, *Dell'interpretazione*, cit., IV, 226.

⁶ Sul punto si veda, in particolare, il contributo di W. DILTHEY, *Per la fondazione delle scienze dello spirito. Scritti editi e inediti (1860-1896)*, Milano 2003.

⁷ Non è un caso che, sul piano etimologico, il termine *ermeneutica* richiami la figura mitologica del dio Hermes, mediatore tra gli uomini e gli dei. Sul punto E. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano 1990, 254 ss. Una sintetica, ma efficace ricostruzione dell'origine del lemma "*inter-praestatio*" è contenuta anche in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 73; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 2004, 159.

⁸ A. DE WAELEHENS, *Existence et signification*, Lovanio 1957, 42.

⁹ Il rapporto problematico tra *dire* e *argomentare* («il nominare non è una parte del dire? Quando si nomina, infatti, in qualche modo si fanno discorsi») e tra *moduli interpretativi ed enunciato* («bisogna nominare le cose nel modo naturale per esse di nominarle e di essere nominate e con ciò che è adatto per natura e non come vogliamo noi») sarà alla base di alcune celebri pagine del *Cratilo*, 387, c-d (PLATONE, *Cratilo*, in ID., *Dialoghi filosofici*, Torino 1981, 14-15).

Ha ragione o ha torto?»¹⁰. «Come può una funzione riferirsi ad una proposizione? Sempre le antichissime questioni»¹¹.

Certo, questioni antichissime, ma anche articolate e complesse che hanno pervaso non solo la storia della filosofia del linguaggio, ma tutte le «dimensioni del sapere»¹². A cominciare dalla scienza giuridica.

2. *L'interpretazione giudiziale: dal “juge bouche de la loi” al realismo giuridico*

In diritto con il termine “interpretazione” si intende solitamente indicare quel complesso di operazioni e procedimenti (dal metodo «scientifico» di Savigny¹³ al «procedimento spirituale»¹⁴ di Kelsen) mediante i quali agli enunciati linguistici, contenuti in disposizioni giuridiche scritte, viene attribuito un significato.

Per i giuristi, insomma, «interpretare significa trovare la via per conoscere il contenuto della norma»¹⁵.

Una definizione questa talmente ampia da ricomprendere al proprio interno tutte le differenti e alquanto numerose soluzioni ermeneutiche via via sperimentate: da quelle più restrittive a quelle più estese. Dall'interpretazione testuale (così come, contraddittoriamente, delineata dal-

¹⁰ F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi* (1884-1885), in ID., *Opere complete di Friedrich Nietzsche*, Milano 1967, VIII, 38.

¹¹ L. WITTGENSTEIN, *Quaderni 1914-1916*, in ID., *Tractatus logico-philosophicus e quaderni (1914-1916)*, Torino 2008, 179.

¹² P. RICOEUR, *Della interpretazione. Saggio su Freud*, Milano 1967, 20 che evidenzia come nello studio dell'ermeneutica e del «linguaggio si incrociano le indagini di Wittgenstein, la filosofia linguistica inglese, la fenomenologia derivata da Husserl, le ricerche di Heidegger, i lavori della scuola di Bultmann e delle altre scuole di esegesi neotestamentaria, la letteratura di storia comparata delle religioni e di quella antropologica sul mito, il rito, la credenza, infine la psicoanalisi».

¹³ F.K. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1840-1849), Torino 1886-1898, I, 32 che definisce l'interpretazione giuridica una «operazione intellettuale, un lavoro scientifico, inizio e fondamento della scienza del diritto».

¹⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino 1952, 117 per il quale «l'interpretazione è un procedimento spirituale che accompagna il processo di produzione del diritto».

¹⁵ R. SACCO, *L'interpretazione*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, II, Torino 1999, 166. Sul carattere complesso ed eterogeneo del concetto di “interpretazione giuridica” si rinvia, in particolare, a G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 4 ss.

l'art. 12 delle preleggi)¹⁶ a quelle di impianto extratestuale (interpretazione per valori, sindacato di ragionevolezza...).

Un punto dev'essere però sin da ora posto in chiaro: anche qualora ci si affidasse al metodo interpretativo letterale e anche qualora ci si trovasse di fronte a un enunciato normativo "chiaro" che parrebbe escludere *a priori* il ricorso all'ermeneutica (pensiamo alla celebre massima "*in claris non fit interpretatio*") dell'ermeneutica ci sarà sempre bisogno.

Il mito illuminista della legge «chiara, uniforme e precisa»¹⁷ con il suo corredo di formule e istituzioni (dal *référé législatif*¹⁸ al giudice "*bouche de la loi*"¹⁹) non ha retto alle prove della storia.

¹⁶ L'art. 12 delle preleggi, com'è noto, stabilisce che «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore». Di qui la sua intrinseca ambiguità derivante dal contestuale richiamo operato dalla norma sia alla *lettera* della legge («significato proprio delle parole»), sia – contraddittoriamente – alla sua *ratio* originaria («intenzione del legislatore»).

Proprio al fine (di tentare) di sanare tale anomalia la prevalente dottrina si è prodigata, in passato, di dimostrare che l'impianto dell'art. 12 alluderebbe in definitiva a una soluzione di tipo sistematico-letterale, sospingendo in tal modo l'interprete a ricavare l'esatto significato della disposizione dalla «connessione» esistente fra le sue parole. In questo senso, in particolare, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960, 76 ss.; E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano 1972, 227 ss.; A. FALZEA, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche*, I, Milano 1975, 110 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 105 ss.; B. GRASSO, *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Napoli 1974, 25 ss.; L. MOSSINI, *Il significato proprio delle parole e l'intenzione del legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 331 ss.; P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi* (1985), in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli 2012, 275 ss.

¹⁷ VOLTAIRE, *Dizionario filosofico delle leggi* (1764), Roma 1996, 199 che illuministicamente pretende «che tutta la legge sia chiara, uniforme e precisa: interpretarla equivale quasi sempre a corromperla».

¹⁸ Obiettivo di questo istituto era quello di assicurare la "sovranità" del legislatore anche sul piano interpretativo imponendo ai giudici l'obbligo di rivolgersi ad esso ogni qual volta vi fossero dei dubbi circa l'esatto significato da attribuire ai testi legislativi. L'art. 12 del decreto del 16 agosto 1790 (*Loi sur l'organisation judiciaire*) dell'Assemblea costituente francese stabiliva, infatti, che i giudici «ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle». Sul punto, fra i tanti, Y.L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005.

¹⁹ La formula è riconducibile a Montesquieu che dopo avere definito «il potere giudiziario ... invisibile e nullo» così scrive: «i giudici della nazione sono soltanto ... la bocca che pronuncia le parole della legge; essere inanimati che non possono regolarne né la

Il sillogismo sotteso al brocardo “*interpretatio cessat in claris*” sottende, infatti, un’evidente contraddizione derivante dalla relatività della qualifica *chiara* (così come illuministicamente posta) e dall’ostinazione di «credere che essa possa essere un dato preesistente e *presupposto*, laddove la valutazione di chiarezza dev’essere, se mai, un *risultato* del processo interpretativo»²⁰. Anche perché la norma non è una monade, un’entità logica formalmente e materialmente isolata, ma la tessera di un mosaico ben più ampio, articolato, complesso che è l’ordinamento giuridico. Il significato della disposizione, per essere coerentemente compreso, deve pertanto «essere tratto dalla formula testuale in relazione con l’ordinamento complessivo, e cioè con tutte le altre norme, prodotte dalle più diverse fonti che, ad un momento dato, lo costituiscono»²¹.

Ne discende da ciò che l’interpretazione giuridica è per sua natura logico-sistematica e che per ogni singola disposizione potremmo avere *più interpretazioni* ognuna delle quali espressione dei «diversi atteggiamenti valutativi degli interpreti»²².

L’idea, alquanto radicata in passato, secondo la quale ogni disposizione ammetterebbe un’unica e sola interpretazione è stata abbandonata ormai da tempo. La teoria kelseniana della norma ha spazzato via definitivamente ogni residuo di siffatta concezione, dimostrando, in più occasioni, il carattere fallimentare dell’integralismo ermeneutico. Un fallimento derivante prevalentemente dalla congenita incapacità di questo modello di fare i conti con la polisemia del linguaggio, il carattere complesso dell’ordinamento, il tecnicismo terminologico sotteso alla dimensione giuridica, l’*open texture* intesa quale componente integrante di ogni disposizione normativa. Fattori questi che insieme a molti altri inducono a ritenere – conclude Kelsen – che «l’interpretazione di una legge non deve necessariamente condurre a un’unica decisione come la sola esatta, bensì possibilmente a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore, in quanto corrispondono alla norma da applicarsi, anche se una soltanto tra esse nell’atto della sentenza diventa diritto positivo»²³.

Di qui la distinzione crisafulliana tra disposizione e norma, dove –

forza né la severità» (C.L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), Milano 1994, I, XI, cap. VI, 311 e 317).

²⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dommatica)*, Milano 1971, 183.

²¹ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 207.

²² R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano 1993, 336-337.

²³ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 121.

com'è noto – per disposizione si intende l'enunciato testuale «nella sua unità dialettica di forma e contenuto»²⁴. Sulla scia del «fondamentale insegnamento kelseniano»²⁵ anche per Crisafulli le norme sono quindi il prodotto dell'interpretazione con «un proprio significato, che può in varia misura divergere, e tanto più con l'andare del tempo, da quello originariamente espresso dalle rispettive disposizioni, singolarmente considerate, poiché esso si determina in funzione dell'ordinamento complessivo e su di esso perciò si riflettono altre norme a questo appartenenti»²⁶. Ciò implicherebbe a sua volta, secondo il giurista italiano, che una indefinita «pluralità di norme» siano «deducibili dalla stessa disposizione»²⁷ e che da essa sarebbe possibile ricavare «tante possibili ricostruzioni delle singole norme e dell'ordinamento, quanti gli interpreti»²⁸.

Interpretare giuridicamente vorrebbe pertanto dire ricavare da un enunciato letterale *posto* (la disposizione) un significato *possibile* (la norma) ... tra varie opzioni *possibili*. Ad esserne profondamente persuaso è anche Herbert Hart secondo il quale, se «devono essere risolti dei dubbi, chiunque li debba risolvere deve compiere un atto che ha il carattere di una scelta tra alternative»²⁹.

Ma se così è dovremmo allora anche ammettere che il significato del testo discende non dalla volontà del legislatore (che ha posto in essere la disposizione), ma dalla volontà dell'interprete. *In primis*, i giudici. Perché è vero – come recita anche la nostra Costituzione – che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101.2 Cost.). Ma è anche vero che chi stabilisce qual è il contenuto della legge e «qual è il diritto valido per un determinato caso concreto»³⁰ è (tendenzialmente) solo il giudice.

Secondo questo orientamento culturale il diritto positivo non è, pertanto, un insieme di disposizioni poste dal legislatore. Né tanto meno quest'ultime possono essere, *ab origine*, ritenute entità astratte «già del tutto tracciate semanticamente»³¹. Le disposizioni normative per essere efficaci hanno bisogno di tradursi in «atti di positivizzazione sperimen-

²⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti normative*, Padova, 1993, II, 46.

²⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 47.

²⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 46.

²⁷ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., 208.

²⁸ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., 209 (nota 47).

²⁹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino 1991, 149.

³⁰ E. DICCIOTTI, *Verità e incertezza nell'interpretazione della legge*, Torino 1999, 81.

³¹ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1964), Napoli 2010, 40.

tati»³² (da un giudice). Insomma, come scrive Knut Olivecrona, sono «i tribunali che, dopotutto, *fanno diritto*»³³.

È da queste premesse che trae forza il “realismo giuridico” scandinavo e in particolare l’opera di Alf Ross. Per il giurista danese l’archittrave di sostegno su cui poggiano le complesse dinamiche del diritto è l’interpretazione. E segnatamente l’interpretazione giudiziale, la sola ad avere carattere risolutivo (di un caso concreto), autoritativo (in ragione della sua immediata riconducibilità alla volontà dello Stato), effettivo (perché direttamente incidente sui fatti). In altre parole, il giudice svolgendo una funzione dello Stato non può in alcun modo sottrarsi all’esercizio delle proprie competenze e al suo ruolo istituzionale che, nel caso di specie, è innanzitutto quello di tracciare «una strada per arrivare alla norma di condotta che gli serve per la decisione»³⁴.

3. *L’interpretazione dottrinale tra testo e contesto*

La posizione espressa dalla scuola scandinava che attribuisce il potere di interpretare il diritto esclusivamente ai giudici non può però essere pienamente condivisa. Del resto finanche un atto individuale che si propone di produrre effetti giuridicamente rilevanti è il risultato di un processo ermeneutico. Il carattere di “generalità” comunemente riferito alle disposizioni normative («norme regolanti»³⁵) fa sì, in definitiva, che tutti i soggetti che agiscono nell’ordinamento possano essere annoverati (seppure in diverso modo) fra gli interpreti del diritto. Siano essi «dei funzionari, degli avvocati, dei privati che usano le norme di volta in volta, come guida della loro condotta nella vita sociale, o come il fondamento di pretese, richieste, concessioni, critiche o sanzioni, cioè in tutti i comuni rapporti della vita regolati da norme»³⁶.

³² J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., 40.

³³ K. OLIVECRONA, *La struttura dell’ordinamento giuridico*, 1972, 149.

³⁴ A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Torino 1990, 72. Posizioni, queste, sostenute in Italia, in quegli stessi anni, da Tullio Ascarelli che, altrettanto convintamente, asseriva che «la norma giuridica vive come “norma” solo nel momento nel quale viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l’interpretazione di un testo ... e cioè la formulazione (ai fini dell’applicazione) della norma» (T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352).

³⁵ Così li definisce H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 108.

³⁶ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 108. Sul punto si veda, altresì, F. VIOLA, *Il*

La distinzione tra «interpretazione-applicazione»³⁷ (che spetta ai giudici e ai titolari di pubbliche funzioni) e interpretazione «semplice» che compete a «qualsiasi soggetto (giacché chiunque può svolgere attività interpretativa)»³⁸ è però anch'essa una distinzione tautologica e in quanto tale fuorviante. Perché è vero che «chi applica la legge fa qualcosa di più di interpretarla»³⁹, svolge un'attività suppletiva, adempie a una «funzione»⁴⁰. Ma è anche vero che ciascun processo interpretativo soggettivato è di per sé in grado di pre-figurare (o quanto meno «proporre»⁴¹) quelli che potrebbero essere gli esiti applicativi e concreti della norma. Ci si riferisce, specificatamente, a quelle interpretazioni «private» dotate di «*particolare autorevolezza*»⁴² che sono le cd. interpretazioni dottrinali. Interpretazioni «autorevoli» proprio perché ritenute più in grado di altre (anche in ragione dell'impianto culturale che le caratterizza) di favorire la «formazione di quelle costruzioni dogma-

diritto come pratica sociale, Milano 1990, 127 che sulla scia di Hart ritiene che «ogni attività che appartiene al mondo del diritto è un'attività interpretativa, se vuole appartenere al mondo del diritto. Ogni operatore giuridico ha il compito di iniziare una storia che è cominciata senza di lui, che ha una sua logica interna e che resterà in qualche modo segnata dalla sua opera».

³⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 56. Sul punto, da ultimo, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 67 per i quali il suddetto «rapporto fra interpretazione e applicazione non è una congiunzione occasionale, ma un nesso di inscindibilità ... L'essenza del diritto è in questo nesso, nel quale si manifesta il suo *valore pratico*. Nell'uso giudiziario del diritto, l'applicazione è in funzione dell'interpretazione e l'interpretazione è in funzione dell'applicazione. Poiché l'interpretazione riguarda il diritto e l'applicazione riguarda i fatti della vita ... qualunque teoria del diritto e del suo uso giudiziario deve prenderle in considerazione entrambe».

³⁸ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 331. Sul punto si veda, altresì, R. SACCO, *L'interpretazione*, cit., 168 per il quale «è applicazione l'interpretazione condotta con lo sguardo rivolto alla sua funzione pratica».

³⁹ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 44.

⁴⁰ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., 142; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino 1999.

⁴¹ Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, 246 per il quale «se tutti i soggetti sono, giuridicamente (potenzialmente o realmente), soggetti interpretanti, il prodotto (eventuale) della loro attività interpretativa è – tutt'al più – null'altro che una *proposta* agli altri (ai consociati) o talora specificatamente rivolta al giudice – cd. *interpretazione di parte* – di attribuire a un dato documento giuridico o normativo un particolare significato». Sul punto cfr., altresì, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2011 che distingue la «interpretazione cognitiva» dalla «interpretazione decisoria»: la prima protesa esclusivamente a enucleare il contenuto della disposizione, la seconda a risolvere una determinata e concreta fattispecie.

⁴² F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 249.

tiche e sistematiche che condizionano le attività interpretative di ogni specie»⁴³.

Non è un caso che nel diritto romano l'*interpretatio prudentium* occupasse un ruolo centrale all'interno dell'ordinamento⁴⁴. E una funzione di assoluto rilievo le verrà successivamente riconosciuta (in epoca medievale) anche dal *ius commune*: «un diritto prodotto dai giuristi, da coloro che sanno il diritto ... un diritto corale, la voce d'una intiera comunità di giuristi, che non conosce frontiere»⁴⁵.

In Europa, con l'avvento della modernità, il «ceto giuridico» tenderà ad assumere un ruolo centrale soprattutto in Germania, dove la cultura dominante ostentando il primato della «classe dei giuristi» intendeva porre, innanzitutto, un argine alle suggestioni alimentate dal diritto rivoluzionario francese: dal *référé législatif* alle codificazioni, dal costituzionalismo al positivismo. Istanze queste ritenute vere e proprie forzature «giuridiche», operazione artificiali di creazione e applicazione del diritto. Per la Scuola storica, d'altra parte, il diritto non si crea, ma si tramanda: custode indiscusso del diritto era il *Volksgeist* e dovere del giurista era, pertanto, quello di interpretarne i contenuti, gli sviluppi, le implicazioni sul piano normativo. Di generazione in generazione.

Principale ispiratore di questa svolta sarà Friedrich Carl von Savigny che nel suo *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*⁴⁶ affiderà proprio ai giuristi il «ruolo principe» nella formazione della nazione: la costruzione del diritto tedesco quale espressione originale delle consuetudini popolari formatasi negli interstizi della nazione⁴⁷.

⁴³ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 249.

⁴⁴ Sul punto si rinvia a E. BETTI, *Forma e sostanza della "Interpretatio prudentium"*, Milano 1951.

⁴⁵ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, 52-53. Sul punto si veda, altresì, E. GENTA, M. ROSBOCH, *Elementi di diritto comune*, Torino 2013, 104; M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma 1994.

⁴⁶ F.K. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), Bologna 1968.

⁴⁷ Di qui il progressivo e controverso delinearsi della *funzione* del giurista nella Germania dell'Ottocento che Savigny si sforza di collocare in una posizione ancillare rispetto alla «volontà spirituale» del popolo tedesco. E questo perché per la *Scuola* tedesca solo il *Volksgeist* gode della forza e dispone della legittimazione immanente per creare il diritto. A partire da tali premesse «ogni fenomeno giuridico dovrà, di conseguenza, essere ricondotto alla sua sorgente mediata o immediata. Non è dunque ad un organo o ad una volontà che il diritto essenzialmente si connette, ma ad una coscienza comune, ad una visione che con *naturale* (involontaria) spontaneità ed inavvertita necessità permea l'intera vita collettiva» (P. COSTA, *Civitas. L'età delle Rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari

Tema questo significativamente presente anche nella sua principale opera *System des heutigen römischen Rechts* nella quale Savigny auspica la formazione di «una classe speciale di giuristi, la quale, essendo pure parte del popolo, ne rappresenta l'insieme in questa sfera intellettuale ... il diritto nella coscienza speciale di questa classe non è che una continuazione ed un proprio ed ulteriore sviluppo del diritto popolare: esso ha allora una doppia vita. Nei suoi principi fondamentali vive nella comune coscienza del popolo, mentre il più speciale perfezionamento e l'applicazione nei particolari forma il compito della classe dei giuristi ... La classe dei giuriconsulti influisce sulla legislazione, sia perché il diritto popolare da esso elaborato, del pari che quello originario, diventa oggetto della legislazione; sia perché le persone, che da tale classe ricevono istruzione giuridica, esercitano in diversi gradi influenza sulla legislazione»⁴⁸.

La mediazione tra diritto e applicazione della norma è, quindi, nelle mani della scienza giuridica e di coloro che sono i «guardiani della cultura giuridica nazionale»⁴⁹. Una dimensione spirituale che Alf Ross sintetizza criticamente in questi termini: «lo spirito del popolo è l'assoluto e il professore di diritto il suo profeta»⁵⁰.

Nel diritto contemporaneo l'interpretazione dottrinale non gode di analogo prestigio. La sua «funzione» è stata giuridicamente riconosciuta solo in alcuni ordinamenti. Fra questi l'ordinamento svizzero il cui *Codice civile* (redatto nel 1907) ancora oggi prevede che il giudice, nell'esercitare il proprio ufficio, debba scrupolosamente *attenersi* «alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli» (art. 1, terzo comma, c.c.).

La ragione del declino dell'interpretazione dottrinale, nel mondo contemporaneo, non sarebbe tuttavia da ricondurre a un deficit di elaborazione, ma semmai, più precisamente, a un deficit di «concretezza» (in ragione della sua supposta astrazione e della sua presunta sconnessione da ogni fattispecie concreta). Ma nonostante questa regressione di ruolo e il progressivo smarrimento di quella che in passato era stata la «tipicità» delle sue funzioni, l'interpretazione dottrinale continua ancora oggi a mantenere nella «pratica forense e burocratica ... una certa autorevo-

2000, 411). Da ciò ne discende che per Savigny l'attività di produzione normativa all'interno dell'ordinamento giuridico è prevalentemente consuetudinaria: «la legge è soltanto una fonte complementare per colmare lacune e risolvere dubbi» (A. TRIPICIONE, *La comparazione giuridica*, Padova 1961, 40).

⁴⁸ F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 118.

⁴⁹ L'espressione è di A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 329

⁵⁰ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 329.

lezza, tanto che si può considerarla un anello di congiunzione tra la serie delle interpretazioni tipizzate dal diritto e la serie delle interpretazioni tipizzate dai fatti»⁵¹.

Di qui la tradizionale classificazione, ancora oggi avallata in letteratura, ricomprendente tre diversi modelli di interpretazione: l'interpretazione dottrinale «*orientata ai testi*»⁵², l'interpretazione *privata* “semplicemente” «*orientata ai fatti*»⁵³, l'*interpretazione-applicazione (orientata a testi e fatti)* tipica dei giudici⁵⁴.

Il tentativo di volere a tutti i costi offrire un circoscritto e tipizzato approdo concettuale ai suddetti modelli ermeneutici rischia, però – oggi più che mai – di debordare in un formalismo eccessivo. Ed eccessivamente formale appare, in particolar modo, ai nostri occhi il tipo di rappresentazione che dell'interpretazione dottrinale si è inteso dare. Per una ragione soprattutto: la dimensione in cui il giurista opera non è – così come si vorrebbe fare intendere – una dimensione asettica. A ogni «interprete dottrinario giungono gli echi della vita concreta»⁵⁵. E ogni tipo di interpretazione giuridica, a prescindere da chi la conduce, sottende sempre – come si proverà a dimostrare successivamente – «un raccordo tra un enunciato e un modo d'essere dei rapporti sociali»⁵⁶.

⁵¹ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 54. Limitandosi esclusivamente alle decisioni della Corte costituzionale è possibile riscontrare come il riferimento all'interpretazione dottrinale, sebbene non tipizzato nel nostro ordinamento, sia comunque costante e considerevole. In un cospicuo numero di sentenze il giudice costituzionale non esita, infatti, a richiamarsi (per citare solo alcune espressioni, fra le più ricorrenti) alla “*prevalente dottrina*” (sentt. nn. 40/1962; 13/1980; 96/1981; 138/1981; 239/1984; 30/1990; 166/1990; 471/1994; 286/1995; 431/2000; 233/2003; 28/2010); al “*prevalente indirizzo dottrinale*” (sent. n. 139/1984); agli indirizzi della più “*autorevole*” (sentt. nn. 2/1956; 134/1963; 127/1966; 110/1968; 158/1971; 106/1972; 91/1973; 16/1982; 300/1984; 184/1986; 223/1987; 1146/1988; 583/1990; 92/1992; 364/1988; 409/1989; 111/1993; 156/2001; 85/2003; 453/2005; 368/2010) e “*copiosa dottrina*” (sentt. nn. 188/1975; 56/1985; 327/1990); alla “*dottrina dominante*” (sent. nn. 46/1973; 165/1975; 42/1977; 211/1976; 180/1980; 237/1983; 67/1986; 78/1989; 365/1994; 204/1997; 16/1998; 105/2003; 106/2004; 335/2004; 15/2006; 192/2007; 279/2009). Ma anche alla “*unanime*” (sentt. nn. 42/1961; 159/1970; 58/1972; 186/1973; 11/1981; 199/1986; 1020/1988; 447/1990; 42/1977; 406/1997; 1/1998; 106/2004; 305/2005); “*quasi unanime*” (sentt. nn. 536/1989; 58/1992) o “*pressoché unanime dottrina*” (sent. nn. 304/1986; 9/1991; 320/1993; 369/1996).

⁵² F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 256.

⁵³ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 256.

⁵⁴ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 56.

⁵⁵ E. PARESCHE, *Interpretazione*, cit., 233.

⁵⁶ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 342.

4. Interpretazione autentica e leggi pseudointerpretative

Significativamente diversa è invece la struttura e la dimensione funzionale dell'interpretazione autentica⁵⁷. Con questa espressione ci si riferisce solitamente a «quelle leggi che stabiliscono il senso in cui dev'esser intesa ed applicata una precedente disposizione. Per cui è ad esse, in genere, riconosciuta una efficacia che, almeno, in pratica, o anche soltanto in apparenza, viene considerata come retrospettiva, data la sua estensione a tutte le fattispecie per le quali si sarebbe dovuta invocare la legge interpretata»⁵⁸.

Si tratta pertanto di un tipo di interpretazione che, scaturendo dal medesimo organo che ha posto in essere la disposizione normativa, affonda la sua ragion d'essere nella convinzione che «chi ha il potere di fare la legge ha il potere di *dirne* il significato»⁵⁹.

Ma la dichiarazione di autenticità della legge da parte del suo autore, più che di fronte a un “tautologismo giuridico”, ci pone in realtà al cospetto di una *factio iuris*⁶⁰. E la natura e i contenuti di questa simulazione sono evidenti: l'identificazione tra autore della legge vigente e autore della (legge di) interpretazione è una identificazione fittizia posto che nel frattempo in Parlamento possono esser mutate le maggioranze, le legislature, le forze politiche⁶¹. Ma pur ammettendo una sostanziale identità,

⁵⁷ Sull'istituto dell'interpretazione autentica si veda, *ex plurimis*, C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica della legge e degli atti giuridici* (1942), in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano 1984, 375 ss.; G. RONCAGLI, *L'interpretazione autentica*, Milano 1954; G. ZAGREBELSKY, *Sulla interpretazione autentica*, in *Giur. Cost.*, 1974, 3486 ss.; A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano 1997; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano 2003.

⁵⁸ C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica della legge e degli atti giuridici*, cit., 390-391.

⁵⁹ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 243. Una concezione, questa, che si ispira al brocardo «*eius est legem interpretari cuius est legem condere*» la cui formulazione ci è stata tramandata da C.J. DE FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique* (1749), Paris 1961, 106. Da tale impianto si discosta però la Scuola di Vienna secondo la quale devono definirsi “autentiche” tutte le interpretazioni espresse dagli organi dello Stato complessivamente intesi (e quindi anche dai giudici e da tutti gli altri organi titolari di pubbliche funzioni). Sul punto si rinvia al sesto paragrafo del volume di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 117 ss. interamente dedicato all'interpretazione giuridica.

⁶⁰ Sul punto, da ultimo, si veda l'interessante ricostruzione di E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli 2013, 182 ss.

⁶¹ Obiezione, questa, che ha opportunamente indotto parte della dottrina a precisare

sul piano storico-politico, tra il legislatore-autore e il legislatore-interprete siamo veramente certi che (quantomeno in questo caso) sia possibile ricavare l'*original intent* della legge?

Ne dubitiamo profondamente. Il Parlamento è un organo complesso e le ragioni che hanno indotto i singoli parlamentari a votare una legge possono essere state innumerevoli, differenti e finanche contrastanti. Né avrebbe alcun senso provare a ricostruirne *a posteriori* le motivazioni: «l'atto spirituale vero, irripetibile, storicamente concluso, appartenente al legislatore è fuori dagli orizzonti che interessano il giurista»⁶². E questo perché la disposizione una volta entrata in vigore inizia a vivere di vita propria, rescindendo ogni rapporto fisiologico con l'atto normativo che l'ha posta in essere⁶³.

In questo tipo di interpretazione non v'è pertanto nulla di autentico o di originale. Non è un caso che gran parte della dottrina europea (soprattutto di matrice francese) sia solita definire questo tipo di norme: "*lois interprétatives*"⁶⁴. Leggi cioè aventi la funzione "esclusiva" di interpretare *a posteriori* il significato di norme già vigenti esplicitandone i contenuti (senza, tuttavia, pretendere di conferire ad esse alcun sigillo di autenticità).

Ciononostante le cd. "leggi di interpretazione autentica" continuano ad essere nel nostro ordinamento una realtà consolidata e per taluni aspetti in espansione. Di qui l'esigenza di fare i conti con una concezione della norma, per molti versi, ancora oggi permeata dalle logiche dell'imperativismo normativo e da suggestioni teoriche di impianto austiniano⁶⁵,

che «l'attributo di *autentica* alla interpretazione è oggi pacificamente ricollegato non già all'identità del soggetto, bensì alla funzione legislativa come tale» (G. CASTELLANO, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1971, 594).

⁶² R. SACCO, *L'interpretazione*, cit., 194.

⁶³ L'irrelevanza dei lavori preparatori è stata, implicitamente, proclamata nella patria stessa del parlamentarismo (l'Inghilterra), a seguito della decisione assunta dalla Camera dei Comuni di non pubblicarne più gli atti. Sul punto ampiamente P.G. MONATERI, *Interpretare la legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 532 ss.

⁶⁴ Cfr., in particolare, G. JÈZE, *Contribution à l'étude de la non rétroactivité des lois: les lois interprétatives*, in *Revue de droit public et de la science politique*, 1924, 157 ss.

⁶⁵ L'idea basilare dell'imperativismo è che il diritto sia costituito dall'insieme di comandi rivolti dal sovrano ai consociati. Per usare le parole di Austin: «ogni legge o regola (nel significato più ampio che può essere dato propriamente al termine) è un *comando*» (J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (1832), Bologna 1995, 84). E dato che «il comando si manifesta in un documento», ne discende che «attribuire significato al documento vuol dire risalire alla volontà di cui il documento è espressione» (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 364).

sebbene sia a tutti evidente che la forza del testo non discende dall'autorità di chi l'ha posto in essere, ma semmai dal significato che ne dà la società, la politica, la cultura chiamate a recepire, a confrontarsi, a interpretare il diritto prodotto: «il testo – ci rammenta Emilio Betti – una volta ultimato è, per così dire, sottratto al redattore, non gli appartiene più, ma diventa di proprietà noetica di tutti coloro che fanno parte della comunità del sapere giuridico»⁶⁶.

Ma il carattere mistificante dell'interpretazione autentica non discende solo dall'asserita impossibilità di «individuare le persone fisiche portatrici della volontà psicologica della legge»⁶⁷. Altre sono state le sue congenite finalità e altro è stato, fino a oggi, «il vero senso dell'operazione»⁶⁸: dotare queste leggi del «naturale effetto»⁶⁹ della retroattività (o meglio della «iper-retroattività»⁷⁰). Con tutte le conseguenze che ciò avrebbe irrimediabilmente comportato all'interno delle dinamiche di sistema, sul piano dei rapporti tra legislatore e magistratura, tra ordinamento e cittadini: compromissione della certezza del diritto, travolgimento della cosa giudicata, violazione del principio *tempus regit actum*.

È così oggi, così come lo era anche ieri, dato che da sempre «la interpretazione autentica ripugna alla natura stessa della funzione interpretativa» (attribuita ai giudici)⁷¹. E ciò innanzitutto per una ragione: l'impiego costante e disinvolto di leggi pseudointerpretative prelude a una sistematica «usurpazione del potere interpretativo dei giudici e della conseguente funzione nomofilattica della Corte di Cassazione»⁷².

L'ordinamento costituzionale vigente non disciplina in alcun modo l'interpretazione autentica. Circostanza, questa, che ha indotto Emilio Betti a ritenere che «il silenzio della nuova Costituzione italiana circa l'interpretazione autentica legislativa, per quanto nell'intento dei redattori

⁶⁶ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano 1955, 259. Con espresso riferimento al rapporto tra «original intent», «efficacia della norma» e «comunità di principio» si veda, in particolare, R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano 1989, 323 ss.

⁶⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 245.

⁶⁸ A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 150.

⁶⁹ F. FILOMUSI-GUELF, *Enciclopedia giuridica*, Napoli 1917, 117. Su posizioni affini E. CALDARA, *Interpretazione delle leggi*, Milano 1908, 72 che definisce la retroattività: «carattere razionale e necessario delle leggi interpretative».

⁷⁰ L'espressione è di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 186.

⁷¹ E. CALDARA, *Interpretazione delle leggi*, cit., 76.

⁷² G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, 244. Su posizioni affini A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, 1995, 193 ss.

voglia significare che l'istituto – dopo l'abuso fattone durante la guerra civile – viene completamente ignorato, non importa, in realtà, né una sua abolizione, né un ostacolo al suo superamento»⁷³.

Una posizione, quella sostenuta dal Betti, destinata ad essere repentinamente suffragata, in epoca repubblicana, dalla divisione intervenuta nella dottrina costituzionale italiana tra i fautori della piena legittimità delle leggi di interpretazione autentica⁷⁴ e i suoi detrattori⁷⁵.

Accanto a questi due schieramenti contrapposti è venuto però progressivamente emergendo un terzo orientamento dottrinale, le cui conclusioni sono state ampiamente recepite, nei successivi decenni, dalla giurisprudenza costituzionale. Secondo questa dottrina «ciò che importa stabilire ... è se la legge interpretativa imponga interpretazioni (giuste, sbagliate, possibili o impossibili che esse siano) tali da non ledere il *ragionevole affidamento* fatto dai singoli *in un certo significato della legge* in vigore *al momento* della realizzazione dei fatti ovvero che, viceversa, la legge di interpretazione imponga una interpretazione (giusta, sbagliata, impossibile o possibile che sia) che ragionevolmente non si possa pretendere che venisse attribuita alla legge anteriormente efficace»⁷⁶.

È da queste premesse argomentative che trae spunto la sent. n. 155/1990, con la quale la Corte costituzionale (sulla scia della precedente sent. n. 233/1988) ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge interpretativa (annullandone l'effetto retroattivo) per aver essa *dissimulato*, attraverso gli abituali moduli dell'interpretazione autentica (*in primis*, l'autoqualificazione), una disposizione manifestamente innovativa.

Per il giudice costituzionale, in altre parole, «va riconosciuto carattere interpretativo soltanto ad una legge che fermo il tenore letterale della norma interpretata, ne chiarisce il significato normativo ovvero privilegia una tra le tante interpretazioni possibili, di guisa che il contenuto precettivo è espresso dalla coesistenza delle due norme (quella precedente e l'altra successiva che ne esplicita il significato) le quali rimangono

⁷³ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 108.

⁷⁴ Cfr., fra i tanti, A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 72; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1962, 208 ss.; G. GROTANELLI DE' SANTI, *Interpretazione autentica delle leggi regionali*, in *Giur. Cost.*, 1967, 184 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Corso di diritto costituzionale*, Napoli 1968, 126 ss.

⁷⁵ Si veda, per tutti, G. MARZANO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti tra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, 165 ss.

⁷⁶ G. ZAGREBELSKY, *Sulla interpretazione autentica*, cit., 3487 ss.

entrambe in vigore e sono quindi idonee ad essere modificate separatamente» (sent. n. 155/1990).

Di qui il progressivo consolidarsi di un articolato orientamento giurisprudenziale il cui impianto di fondo potrebbe essere così sintetizzato: il legislatore è legittimato ad adottare norme di interpretazione autentica a fronte di “effettive” incertezze interpretative, contrasti giurisprudenziali, «imperfezioni tecniche, ristabilendo un’interpretazione più aderente all’originaria volontà del legislatore» (sentt. nn. 78/2012; 308/2013) o quanto meno optando per una delle «possibili varianti di senso del testo originario» (sent. n. 525/2000)⁷⁷.

Una soluzione, a nostro modo di vedere, fin troppo elastica e aperta, a tal punto da sospingere, in più occasioni, lo stesso giudice costituzionale a intervenire per delimitare (anche sul piano materiale) lo spazio di azione a disposizione del legislatore-interprete. Ci si riferisce, in particolare, a quell’articolato “catalogo dei limiti generali” dell’interpretazione autentica redatto dalla Corte e che oggi ricomprende: «la salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza...; la tutela dell’affidamento ...; la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico ...; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario» (sentt. nn. 397/1994; 209/2010). *The aim is noble, but the problems remain.*

5. *L’ermeneutica specifica del diritto costituzionale*

Con l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana assistiamo all’emersione di una nuova teoria dell’interpretazione giuridica. Dalla peculiare e “rigida” natura del testo costituzionale discenderanno, infatti, conseguenze alquanto rilevanti anche sul generale utilizzo dei moduli interpretativi delle norme poc’anzi esaminati. Anche se ciò non vuol dire che se ne possa prescindere. L’interprete costituzionale nello svolgimento della sua attività ermeneutica deve anzi in larga misura attenersi ai canoni interpretativi della legge appena illustrati. E ciò per l’ovvia ragione che l’interpretazione costituzionale (soprattutto – ma non solo – in

⁷⁷ Sulla stessa scia si collocano però anche le sentt. nn. 374/2002; 26/2003; 274/2006; 234/2007; 170/2008; 24/2009; 209/2010.

sede giudiziale) si fonda sulla comparazione tra norme di legge (e come tali interpretate) e norme costituzionali⁷⁸.

Siamo in altre parole in presenza di una *duplex interpretatio* nella quale la lettura degli enunciati costituzionali si combina – quasi istintivamente – con l'interpretazione degli enunciati legislativi. E così come l'interpretazione della legge non può prescindere dagli enunciati della Costituzione che dev'essere, in questo ambito, scrupolosamente assunta «come strumento per l'interpretazione della legge»⁷⁹, allo stesso modo l'interprete costituzionale, nell'accostarsi a una disposizione legislativa, non può prescindere dall'impiego dei consolidati canoni ermeneutici utilizzati per ricavare il significato di una legge.

E affermando ciò non si intende in alcun modo smentire la «ermeneutica specifica del diritto costituzionale»⁸⁰. Né tanto meno suffragare «la pretesa uguaglianza strutturale di costituzione e legge, sotto l'aspetto metodologico-interpretativo»⁸¹. L'interpretazione costituzionale si fonda su un codice ermeneutico peculiare e per taluni aspetti esclusivo. Non è un caso che neppure i tre modelli di interpretazione della legge sopra esposti (interpretazione giudiziale, interpretazione dottrinale, interpretazione autentica) parrebbero di per sé idonei ad essere automaticamente utilizzati, sul piano ermeneutico, per procedere a una *coerente* lettura del testo costituzionale⁸². E la ragione è del tutto evidente: nel caso dell'in-

⁷⁸ È questo il modulo procedimentale prescelto dalla Corte costituzionale per operare in sede di giudizio di legittimità. Ed è in base agli esiti scaturiti da questa «*duplex interpretatio*» che il giudice costituzionale procederà per sancire l'illegittimità costituzionale della legge o per consentirne la sopravvivenza nel sistema. Sul punto, ampiamente, F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 67 ss.; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 21 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 74 che a tale riguardo rileva come «solo dopo aver interpretato la norma costituzionale e sopraordinata che si suppone trasgredita e, dopo aver interpretato la norma ordinaria o subordinata, cui viene imputata una trasgressione, può concludersi l'esame con un giudizio, positivo o negativo, di costituzionalità».

⁷⁹ M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nella esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 905.

⁸⁰ U. SCHEUNER, *Pressefreiheit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1965, 38.

⁸¹ E.W. BÖCKENFÖRDE, *I metodi dell'interpretazione costituzionale. Riconoscimento e critica* (1975), in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano 2006, 69.

⁸² Posizione, questa, contestata da una parte della dottrina e, in particolare, da A. Vi-

interpretazione costituzionale non è in alcun modo esperibile il ricorso all'interpretazione autentica; l'interpretazione dottrinale della Costituzione è contrassegnata da moduli ermeneutici del tutto singolari; l'interpretazione giudiziale è (prevalentemente) appannaggio di un giudice unico e *sui generis* come la Corte costituzionale. Ma andiamo per ordine.

a) Con riferimento alla Costituzione non è possibile parlare di interpretazione autentica

Se – come si è visto – il tratto tipico dell'interpretazione autentica è dato dal rapporto identitario tra l'organo che interpreta la norma e l'organo da cui la norma promana. E se il fine tipico di questo archetipo interpretativo è quello di “chiarire” in via normativa (e con effetto retroattivo) quelli che sono i contenuti di un enunciato legislativo già vigente, nel caso dell'interpretazione costituzionale questa compenetrazione identitaria e questi effetti non sono ipotizzabili. Né tantomeno possono essere artificialmente ricostruiti. E questo perché il potere costituente dal quale la Costituzione discende è un potere evanescente. Un potere che, una volta imposta (in via di fatto) la propria volontà “politica”, cessa di esistere. E così anche l'organo da esso legittimato a porre formalmente in essere la Costituzione⁸³. Né la sua volontà può essere in qualche modo surrogata dal legislatore costituzionale⁸⁴. Questi pur disponendo della potestà di revisione della Costituzione è in ogni caso un potere costituito e in quanto tale vincolato ad operare nel rispetto delle forme e dei limiti sanciti dalla Costituzione. E non un potere costituente.

GNUDELLI, *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino 2011, 481 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 270 per il quale «possiamo dire fin d'ora che l'interpretazione costituzionale non presenta alcuna specificità rispetto all'interpretazione di qualunque altro documento giuridico».

⁸³ Sul punto, in particolare, A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997, 119, secondo il quale «quelli che vengono solitamente chiamati detentori di potere costituente sono soltanto dei soggetti politici che si adoperano, in un modo o nell'altro, al fine di instaurare una nuova Costituzione; e solo se il tentativo costituente avrà successo (e quindi, solo, *ex post*) potranno essere qualificati [...] come ex detentori di potere costituente».

⁸⁴ È quanto ammette invece, seppur dubitativamente, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, 336 per il quale «se la Costituzione è rigida, allora si potrà (forse) considerare autentica l'interpretazione della Costituzione offerta mediante legge costituzionale».

b) L'interpretazione (dottrinale e non solo) della Costituzione non può prescindere dalla volontà storica del costituente

Il carattere aperto (a tutti i soggetti che operano all'interno di un ordinamento) dell'interpretazione giuridica non riguarda solo le norme di legge, ma investe direttamente anche le norme costituzionali. La capacità di penetrazione della Costituzione negli interstizi della vita politica e sociale è tale da coinvolgere qualunque realtà istituzionale, qualunque aspetto della vita associata, qualunque dimensione individuale. Premi-nenti protagonisti di tali dinamiche sono gli «esperti privati» (i giuristi), ma anche i privati «non esperti» per i quali i «dati giuridici assumono talvolta una portata misteriosa»⁸⁵. L'esigenza imperante di veder tutelati i diritti costituzionali nei rapporti intersoggettivi (c.d. *Drittwirkung*) è, infatti, tale da indurre ciascun soggetto ad assumere e a pretendere (laddove possibile) condotte individuali “in linea” con la Costituzione e i giudici a congegnare (in assenza di una mediazione legislativa) articolati dispositivi di precettività della norma costituzionale⁸⁶. E ciò soprattutto grazie alla singolare natura delle disposizioni costituzionali generalmente concepite alla stregua di vere e proprie «disposizioni di principio»⁸⁷.

L'interpretazione costituzionale appare, pertanto, contrassegnata da due istanze complementari, seppure apparentemente contrapposte. La prima è caratterizzata dalla estensione particolarmente ampia dello spa-

⁸⁵ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, 265.

⁸⁶ Particolare rilievo assumono a tale riguardo due sentenze. La prima della Corte costituzionale (sent. n. 347/1998) nella quale si afferma che «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali». La seconda della Corte di Cassazione, 16 ottobre 2007, n. 21748, nella quale si rileva che «pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali». Sul punto, fra i tanti, A. GUZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Una prospettiva costituzionale*, Ferrara 2009, 116 ss.; O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino 2002, 420 ss.; E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 269 ss.

⁸⁷ Sul punto si rinvia al noto contributo di V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952.

zio ermeneutico a disposizione dell'interprete costituzionale chiamato a decifrare un "testo di principi". La seconda dalla presenza di una sorta di *Rückbindung* che vincolando l'interprete al testo, esige (sul piano logico e argomentativo) lo svolgimento di un procedimento ermeneutico il più possibile rigoroso e coerente. In altre parole, «tanto più è esteso l'ambito interpretativo, tanto più è esasperato il vincolo testuale»⁸⁸.

Allo stesso tempo va altresì rilevato che il significato del testo costituzionale non può essere meccanicamente dedotto attraverso l'impiego dei canonici strumenti interpretativi previsti per le leggi, ma deve essere piuttosto desunto avvalendosi di altri procedimenti ermeneutici e di ulteriori elementi analitici. A cominciare dall'esame dei lavori preparatori inteso quale ancoraggio storico-normativo precipuo nello svolgimento del procedimento ermeneutico.

Ne consegue che se «i lavori preparatori delle leggi restano senza importanza e significato» (Cons. Stato, sez. IV, 893/1971) e se «il riferimento ai lavori parlamentari non è decisivo per sostenere una interpretazione di norma legislativa diversa da quella che risulta dai normali criteri di ermeneutica» (Cons. Stato, sez. VI, 115/1975) lo stesso non può dirsi per i lavori preparatori della Costituzione.

È quanto si ricava dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che non a caso è solita distinguere, sul piano metodologico, due differenti soluzioni a seconda che si tratti di norme di legge o di norme costituzionali. Così, per essere più espliciti, se con riferimento alle leggi il giudice costituzionale considera «non censurabile la posizione dell'interprete che nell'interpretare una legge trascuri i lavori preparatori di fronte al valore oggettivo che la norma viene ad assumere una volta emanata» (sent. n. 279/1988), diversamente in caso di interpretazione della Costituzione sono innumerevoli i contesti (dalla competenza in materia penale delle Regioni⁸⁹ alla questione della sfiducia individuale per il singolo ministro⁹⁰; dalla legge elettorale⁹¹ al nodo del riconoscimento del matrimonio

⁸⁸ G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli 2001, 240.

⁸⁹ Ci si riferisce, in particolare, alla sent. n. 487/1989 nella quale, con riferimento all'esistenza (o meno) di una competenza di tipo penale a disposizione delle Regioni, si legge: «Dalla Carta costituzionale non risulta, in proposito, alcunché; né durante i lavori della Costituente sono mai stati sollevati problemi attinenti alla competenza penale delle Regioni».

⁹⁰ Tema questo la cui rilevanza «pur nel silenzio della Costituzione ... trova traccia nei lavori preparatori della Costituzione stessa» (sent. n. 7/1996).

⁹¹ Riguardo alla legge elettorale la Corte ha, in passato, rammentato che «l'Assem-

omosessuale⁹²) in cui la Corte, dopo aver richiamato espressamente «l'intento emerso in sede di Assemblea Costituente» (sent. n. 21/1997), abbia poi deciso di deliberare assumendo quale discrimine pressoché risolutivo della propria decisione «l'ispirazione che presiedette al processo formativo della norma costituzionale» e in particolare la sua «essenza storico-politica» (sent. n. 429/1992). E tutto ciò in singolare coerenza con quanto espresso, su questo punto, da un'ampia dottrina per la quale «la necessità di muovere dalle prime interpretazioni della Costituzione è ineludibile, perché ogni interpretazione che a quella si affianca, si raccorda o si sovrappone, non può non tener conto dei punti di partenza»⁹³.

Un nodo questo impostosi con particolare forza all'interno della cultura giuridica americana storicamente attraversata da un conflitto frenetico e pervasivo tra i «teorici dell'interpretazione» che «maggiormente si attenevano alla Costituzione ricavando interpretazioni univoche dall'e-

blea costituente, pur manifestando, con l'approvazione di un ordine del giorno, il favore per il sistema proporzionale nell'elezione dei membri della Camera dei deputati, non intese irrigidire questa materia sul piano normativo costituzionalizzando una scelta proporzionalista o disponendo formalmente in ordine ai sistemi elettorali, la configurazione dei quali resta affidata alla legge ordinaria» (sent. n. 429/1995).

⁹² Con la sent. n. 138/2010 la Corte affronta, per la prima volta, il tema del fondamento costituzionale dei diritti delle unioni omosessuali a seguito dei ricorsi esperiti in via incidentale da taluni giudici che dubitavano della legittimità costituzionale di alcuni articoli del Codice civile «nella parte in cui, sistematicamente, interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». A tale riguardo, la Corte pur ammettendo che «i concetti di famiglia e di matrimonio non possono essere *crystallizzati* con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali, e quindi vanno interpretati tendendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società dei costumi», ha tuttavia rilevato che detta «interpretazione però non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata» (sent. n. 138/2010).

⁹³ S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, Torino IV, 1989, 317. Analogamente M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, 49 per il quale l'interpretazione costituzionale diversamente dall'interpretazione giuridica in generale non può non preservare un «robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico»; M. DOGLIANI, *Il "posto" del diritto costituzionale*, cit., 526 ss. Ad una diversa interpretazione approda invece M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2004, 39 per il quale se «non è possibile fare affidamento sull'intenzione del legislatore ordinario, anche quando la sua distanza dalla fattispecie concreta è molto ridotta, come nel caso dell'interpretazione autentica, a maggior ragione è difficile assumere quale criterio interpretativo generale il riferimento all'intenzione del Costituente davvero troppo lontana dall'esigenza normativa del caso concreto».

same del testo» e i fautori delle «teorie non interpretative ... quelle che si sviluppavano al di fuori del testo e dell'intento originario alla ricerca di valori non derivati dalla carta costituzionale»⁹⁴. Un conflitto destinato ad esaurirsi nel corso del XX secolo⁹⁵ con il definitivo sopravvento delle teorie "originaliste" significativamente supportate dall'impiego del "metodo storico"⁹⁶.

Ciò detto, va tuttavia precisato che l'utilizzo del metodo interpretativo *pro voluntate legislatoris contra verba legis* non può però sfociare nell'adozione di moduli ermeneutici asettici, rigidi o eccessivamente schematici: «la Costituzione cioè non va imbalsamata, in vista dei suoi significati originari, come percepiti e voluti dall'Assemblea Costituente»⁹⁷. Se l'interpretazione costituzionale deve rifuggire dalle suggestioni dell'inter-

⁹⁴ S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna 2003, 265.

⁹⁵ L'interpretazione originalista è ancora oggi prevalente all'interno del sistema americano. E «pur non esistendo alcun requisito logico in forza del quale le intenzioni dei padri costituenti giochino un ruolo determinante nell'interpretazione costituzionale, questa pratica è diventata tipicamente nordamericana e il dar senso e peso a questa pratica nordamericana costituisce un criterio di accettabilità della teoria della corretta interpretazione della Costituzione degli Stati Uniti» (D.A.J. RICHARD, *Intenzione dei Costituenti e interpretazione costituzionale* (1989), Lecce 2007, 23). Sul punto, si veda, altresì R. BORK, *Neutral Principles and some First Amendment Problems*, in *Indiana Law Journal*, 1971, 47 ss.; H.J. POWELL, *The Original Understanding of the Original Intent*, in *Harvard Law Review*, 1985, 98 ss.; J. RAZ, *Why Interpret?*, in *Ratio iuris*, 1996, 349 ss.; M.J. PERRY, *The Constitution in the Courts: Law or Politics?*, New York 1994, 29 ss.; L.F. GOLDSTEIN, *In Defense of the Text: Democracy and Constitutional Theory*, Savage, 1991; T. GREY, *"The Constitution as Scripture"*, in *Stanford Law Review*, 1984, 18 ss.; T. GREY, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, *Stanford Law Review*, 1975, 705 ss.; R. BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge 1977, 45 ss.; G. BASSHAM, *Original Intent and the Constitution: A Philosophical Study*, Savage, 1992; D.C. HOY, *A Hermeneutical Critique of the originalism /non originalism distinction*, in *Northern Kentucky Law Review*, 1998, 479 ss. E con riferimento alla dottrina italiana si veda, in particolare, l'ampio saggio di A. POGGI, *L'"intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale. Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell'"original intent of the farmers"*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 161 ss.; C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 2008, 249 ss.

⁹⁶ Sul punto, in particolare, S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., 285 che persuasivamente rileva che «tutte le teorie e i metodi di interpretazione costituzionale, non soltanto l'originalismo, agiscono in un contesto storico e si richiamano alla storia nelle loro rispettive argomentazioni. Si viene pertanto a configurare una stretta relazione tra lo studio della storia costituzionale e la prassi del diritto costituzionale».

⁹⁷ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 110-111.

pretazione testuale, allo stesso modo essa deve anche evitare di chiudersi all'interno di una dimensione asfitticamente *originalista* della Costituzione, soprattutto quando si tratti di dare soluzioni coerenti a «fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata» (sent. n. 138/2010)⁹⁸.

A rilevarlo con forza è ancora una volta la cultura giuridica americana secondo la quale «anche supponendo che quello che i costituenti pensavano della Costituzione sia la pietra di paragone dell'interpretazione costituzionale, ciò non significa che il linguaggio vago della Costituzione debba essere interpretato in modo da riferirsi solo ai problemi di duecento anni fa»⁹⁹.

Diversamente rischieremmo di leggere le disposizioni costituzionali impiegando gli stessi schemi giuridico-culturali e le stesse lenti impiegate dal vecchio ordinamento (ancora vigente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione). Una soluzione questa che appare in contrasto non solo con le istanze basilari dell'interpretazione della Costituzione (e con la sua cd. "vocazione all'eternità"¹⁰⁰), ma anche con la stessa giurisprudenza della Corte secondo la quale «in tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione e non viceversa. La Carta fondamentale contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle

⁹⁸ Con la sent. n. 138/2010 la Corte ha, in particolare, negato ogni possibilità di ampliamento (sul piano interpretativo) del concetto di "famiglia" e di "matrimonio" assumendo quale discriminine risolutivo (ma quanto mai opinabile) il combinato disposto fra l'art. 29 Cost. e alcuni articoli del Codice civile del 1942. Di qui la riaffermazione, da parte del giudice costituzionale, della "naturale" dimensione eterosessuale del matrimonio e della sua «potenziale finalità creativa ... che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale» (§.9). Sul punto, fra i tanti, P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"* in *Quad. cost.*, 2008, 577 ss.; M. D'AMICO, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia*, 2010, 85 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010* in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, III, 2697 ss.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138/2010 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2010, 2715 ss.

⁹⁹ L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana* (1991), Bologna 2005, 18.

¹⁰⁰ Sul punto da ultimo M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italiana repubblicana*, Milano 2013, 31 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di Costituzione. Una storia critica*, Roma 2011, 14 per il quale «la costituzione reale serve a garantire la stabilità nel mutamento, e il mutamento nella stabilità, il concetto di Costituzione è il luogo della metamorfosi della stabilità».

altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria – determinandone la illegittimità in caso di contrasto – ma contribuiscono a conformare tale legislazione» (sent. n. 1/2013).

Oggi il punto dirimente della questione non riguarda più, pertanto, il fondamento giuridico del cd. “*original intent*” astrattamente considerato, ma piuttosto le sue implicazioni concrete. Così come «la questione importante per la teoria costituzionale non è se l'intenzione degli autori della Costituzione dovrebbe contare, ma piuttosto che cosa dovrebbe valere come intenzione dei costituenti», come opportunamente evidenziato, nel corso degli anni novanta, da Ronald Dworkin¹⁰¹. Anche se la cd. “conformità all’*intentio*” più che evocare la «irruzione di un nodo testuale» – così come sostenuto dall’autore di *Taking Rights Seriously* – parrebbe alludere, piuttosto, all’esistenza di una questione di natura prevalentemente politico-costituzionale: come dare sviluppo e forza alle intenzioni del Costituente.

Di qui l’esigenza di provare a coniugare originalismo e mutamento, testo e contesto, proiezione e compimento senza sacrificare nessuna di queste dimensioni: «se scrivere è la *proiezione* di una volontà, leggere è forse solo un esercizio di compimento della volontà»¹⁰².

D'altronde se è vero che l'interpretazione costituzionale è intrinsecamente permeata da una sorta di «eterno ritorno»¹⁰³ alle origini del testo, è anche vero che essa non può non fare i conti con la dimensione dinamica dell'ordinamento e con le sue trasformazioni. Come dire: se di eterno ritorno si tratta questo non può che essere un *eterno ritorno ... al futuro*.

È la stessa supposta *propensione all'eternità* della Costituzione a pretenderlo, consolidando, giorno dopo giorno, il testo nel tempo attraverso archetipi interpretativi capaci di permearne coerentemente gli sviluppi. D'altronde ogni Costituzione contiene in sé – come abbiamo appreso dall'abate Sieyès – un «principio di perfezionamento» dal quale discende

¹⁰¹ R. DWORKIN, *Questioni di principio*, Milano 1990, 68.

¹⁰² L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, cit., 23. Sul punto, ancora, S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., 285 che opportunamente rileva come «i mutamenti storici impongono una scelta fra ricorrere continuamente ad una revisione formale della Costituzione ad ogni nuovo problema al quale le Costituzioni devono far fronte, e lasciare che i mutamenti avvengano secondo gli ordinari meccanismi politici e giurisdizionali»; S. WOOD, *The Fundamentalists and the Constitution*, New York 1988, 33 ss.; M. KELLER, *Powers and Rights: Two Centuries of American Constitutionalism*, in *Journal of American History*, 1999, 693 ss.

¹⁰³ G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., 240.

la possibilità «di conservazione e di vita» dell'ordinamento e, in definitiva, la sua stessa capacità di «adattarsi alle necessità di ogni epoca»¹⁰⁴. Istanze queste destinate a trovare il loro terreno di sviluppo privilegiato nell'interpretazione «sistematico-progressiva»¹⁰⁵ del testo costituzionale (laddove possibile) e in un prudente esercizio del potere di revisione (laddove necessario). In assenza di tali presupposti congiunturali ogni Costituzione rischierebbe di esporsi ai pericoli di una «distruzione integrale», perché «abbandonata al capriccio degli eventi»¹⁰⁶.

Ecco perché – a nostro modo di vedere – in determinate situazioni storiche un coerente esercizio del potere di revisione dovrebbe ritenersi preferibile all'utilizzo smodato di tecniche ermeneutiche opache e sganciate dal testo¹⁰⁷. Ci si riferisce alla teoria dei valori, ma anche alla riproposizione (seppure artatamente modulata in chiave americana) delle celebri teorie del *Volksgeist*¹⁰⁸.

L'interpretazione della Costituzione ha bande di oscillazione limitate e non può spingersi pertanto all'infinito. Né tanto meno può essere impiegata alla stregua di un *passepourtout* buono per tutte le stagioni e per tutte le scelte. Fino a rendere la «Costituzione dunque solo uno specchio, nel quale ognuno vede quel che vuole vedere»¹⁰⁹. In questi casi, infatti,

¹⁰⁴ J.E. SIEYES, *Convention Nationale. Opinion de Sieyès* (1795), in ID., *Opere e testimonianze politiche*, Milano 1993, I, §. II, 822.

¹⁰⁵ Si preferisce la definizione “interpretazione sistematico-progressiva” a quella, di uso corrente, di “interpretazione evolutiva” per ragioni analoghe a quelle che sono state magistralmente argomentate da Santi Romano nella prima metà del secolo scorso. Per il giurista siciliano, infatti, «parlare di interpretazione evolutiva implica una inesattezza di concetti ed una contraddizione in termini ... Ciò che si evolve, che non può che evolversi, che si deve evolvere, non è l'interpretazione, ma l'ordinamento giuridico che è oggetto dell'interpretazione, ed è un'erronea trasposizione riferire a questa una qualità o un processo che deve riferirsi al primo” (S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva* (1945), in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983, 120 e 122).

¹⁰⁶ J.E. SIEYES, *Convention Nationale*, cit., 823.

¹⁰⁷ Sul punto mi sia consentito rinviare a C. DE FIORES, *Dalla Costituzione inattuata alla Costituzione “inattualizzata”*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”?*, cit., 144 ss.

¹⁰⁸ Sul punto criticamente L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., 27 che evidenziano i rischi che potrebbero derivare per la tenuta dell'ordinamento qualora ci si affidasse a categorie metagiuridiche come «l'etica nazionale» e «se ciò che abbiamo inteso con il termine *Costituzione* comprendesse non solo il testo, la storia e la tradizione della sua interpretazione, ma anche qualcosa di così vago e ineffabile come l'essenza dello spirito americano».

Sul punto, si veda altresì l'interessante volume di M. FERRARI, *Da sponda a sponda. ‘Spirito tedesco’ e ‘tecnica americana’*, Genova 2005.

¹⁰⁹ L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., 15.

«il confine fra quello che *si pensa* che la Costituzione dica e ciò che *si vorrebbe* che essa dicesse diventa così sottile che risulta straordinariamente difficile, per quanto ci si possa sforzare di non oltrepassarlo»¹¹⁰.

Insomma, la Costituzione non è un complesso statico e asettico di disposizioni. Né tanto meno può dirsi che i suoi contenuti appartengano irrimediabilmente al passato. Lo stesso «richiamo al metodo storico» ha un senso solo se «volto ad attualizzare un significato concreto dei padri costituenti, piuttosto che quello assolutamente remoto»¹¹¹. D'altronde la Costituzione è stata scritta e pensata per il futuro. E al futuro essa ha affidato l'inveramento di quel progetto di emancipazione politica e sociale che ne è alla base. Ma per realizzarlo non bastano i variegati moduli ermeneutici che, in questa sede, abbiamo provato a squadernare. C'è bisogno di più e di altro. E soprattutto c'è l'esigenza, essenziale per le sorti del costituzionalismo, di rendere permanentemente vivo e operante quell'articolato «complesso di attività – culturali, giurisprudenziali, legislative e politiche in senso stretto (quelle che stabiliscono gli *exempla*, i precedenti di diritto pubblico) – per mezzo delle quali si ridefiniscono continuamente non solo i significati delle singole disposizioni costituzionali, ma soprattutto l'unità di senso della Costituzione nel suo complesso»¹¹².

c) L'interpretazione giudiziale della Costituzione spetta (in ultima istanza) alla Corte

Diversamente dall'interpretazione giudiziale delle leggi (attribuita a ciascun giudice), l'interpretazione giudiziale della Costituzione spetta invece alla Corte costituzionale non a caso definita «*l'interprete giuridico privilegiato della Costituzione*», la depositaria della «*ultima e decisiva parola* in materia di applicazione delle norme costituzionali»¹¹³.

Ammettere che la Corte sia l'interprete privilegiato della Costituzione non significa però che la Corte disponga del monopolio esclusivo dell'interpretazione costituzionale¹¹⁴. Come si è già evidenziato, in ogni

¹¹⁰ L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., 27.

¹¹¹ D.A.J. RICHARD, *Intenzione dei Costituenti e interpretazione costituzionale*, cit., 23.

¹¹² M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 294.

¹¹³ F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 101.

¹¹⁴ Anche perché il giudice costituzionale non dispone di un potere di monitoraggio a tuttotondo. Dal suo sindacato è esclusa buona parte della produzione normativa e degli

ambito della vita politica, sociale e istituzionale è possibile imbattersi in interpreti della Costituzione. Lo è il Presidente della Repubblica, ma anche il sistema dei partiti. Lo è il legislatore chiamato ad *attuare* per via normativa le disposizioni costituzionali, ma anche il singolo giudice al quale spetta di *applicare* la legge alla luce dei precetti costituzionali ed eventualmente porre (laddove dubitasse della conformità con questi) la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale (art. 23 della L. 87/1953).

Di qui i latenti rischi di sovrapposizione tra le funzioni del giudice e quelle della Corte costituzionale. Rischi che la celebre formula «ai giudici la legge, alla Corte costituzionale la Costituzione»¹¹⁵ non è stata in grado di arginare, soprattutto in ragione del crescente impiego di tecniche di tipo interpretativo *secundum constitutionem* che hanno consentito, in questi anni, ai giudici comuni di vagliare direttamente (seppur nel rispetto di determinate condizioni) la compatibilità delle disposizioni di legge con la Costituzione¹¹⁶. Una sorta di assestamento spontaneo del sistema, favorito dalla convinzione che «non è vero che alla Corte spetta in modo esclusivo di risolvere le questioni relative alla compatibilità di una

atti giuridici privati (dalle fonti secondarie ai negozi). Su quest'ultimo aspetto, si veda, in particolare M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano 2007, 45 ss.

¹¹⁵ C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 160. Formulazione, questa, con la quale Carlo Mezzanotte in realtà riprende il cd. "lodo De Nicola". Fu infatti Enrico De Nicola, primo Presidente della Corte costituzionale, ad adottare – nel corso della "udienza inaugurale" della Consulta (23 aprile 1956) – questa linea di demarcazione tra la "Corte, vestale della Costituzione" e la "Magistratura, vestale della Legge" (E. DE NICOLA, *Discorso pronunciato, alla presenza del Presidente della Repubblica, nell'udienza inaugurale della Corte costituzionale del 23 aprile 1956*, in Comitato per il decennale della Costituzione (a cura del), *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, Milano 1958, 14). Sul punto si veda altresì C. LAVAGNA, *Criteri formali e sostanziali nella valutazione della manifesta infondatezza*, in *Giur. Cost.*, 1957, 928 per il quale «l'interpretazione della legge è compito riservato, istituzionalmente, alla Magistratura; mentre l'interpretazione della Costituzione è un'attività assegnata alla Corte costituzionale»; F. BONIFACIO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 52 ss. E da ultimo M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007, 6 che avvalorando, tale impianto, giunge alla conclusione che «il custode della legalità legale è la Corte di Cassazione e il custode della legalità costituzionale è la Corte costituzionale».

¹¹⁶ Per una sistematica ricostruzione dell'istituto dell'interpretazione conforme e delle questioni ad essa connesse si rinvia alle esaustive monografie di G. SORRENTI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli 2011.

disposizione legislativa con le norme costituzionali, ma ... solo stabilire la incompatibilità di una disposizione di legge con tali norme»¹¹⁷.

6. *Il nodo dell'interpretazione conforme a Costituzione*

È al giudice comune che spetterebbe, pertanto, il potere di sindacare, in prima istanza, le leggi, assicurandone la *reductio ad constitutionem* laddove possibile e rivolgendosi alla Corte laddove necessario (e cioè solo una volta verificata l'impossibilità di procedere a un'interpretazione adeguatrice). E questo perché delle «disposizioni di legge deve darsi, fin dove è possibile, interpretazione e ricostruzione rispondente a Costituzione»¹¹⁸.

A rivelarlo, già all'indomani dell'istituzione della Corte costituzionale, fu Carlo Esposito. Ma la sua non fu una sortita estemporanea. Né tanto meno ci troviamo di fronte a una posizione sostenuta in solitudine dal giurista napoletano e destinata a rimanere tale¹¹⁹. Analoghe posizioni erano già in passato significativamente emerse anche nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente. A farsene portavoce fu Piero Calamandrei, la cui ipotesi di formulazione dell'art. 101 espressamente recitava: «I giudici nell'esercizio delle loro funzioni, dipendono solo dalla legge, che essi interpretano e applicano al caso concreto secondo la loro coscienza, in quanto la riscontrino conforme alla Costituzione»¹²⁰.

¹¹⁷ C. ESPOSITO, *Compatibilità delle disposizioni di legge con la Costituzione e interpretazione della legge*, in *Giur. Cost.*, 1958, 571.

¹¹⁸ C. ESPOSITO, *Nota non titolata*, in *Giur. cost.*, 1957, 73.

¹¹⁹ Per un'articolata e approfondita ricostruzione del dibattito dottrinale, sviluppatosi negli anni immediatamente successivi all'istituzione della Corte, si rinvia a M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 903 ss.

¹²⁰ La proposta venne poi ritirata dal Relatore a fronte delle sollecitazioni poste, nel corso del dibattito, da Giovanni Leone che, pur ritenendo «implicito che possano considerarsi come vincolanti solo le leggi che entrino nell'ambito della costituzionalità», riteneva tuttavia che tale formulazione avrebbe dovuto essere stralciata dall'articolo in discussione perché si rischiava in tal modo di incidere su un diverso «argomento, relativo alla Suprema Corte costituzionale e ai modi con cui i giudici possono denunziare ad essa i conflitti tra legge e Costituzione». Considerazioni, queste, ampiamente condivise anche da Aldo Bozzi secondo il quale prima di introdurre siffatta disposizione era necessario capire in che modo sarebbe stato disciplinato il giudizio di costituzionalità: «e cioè se il giudice, trovandosi di fronte ad una norma che ritenga incostituzionale, possa non applicare la legge, prendendo così una decisione che abbia valore solo nell'ambito delle parti, ovvero debba sospendere il giudizio e rinviare il processo. Ritiene che, fino a quando non

Alle stesse conclusioni approderanno, in quegli stessi anni, Vezio Crisafulli¹²¹, Carlo Lavagna¹²² e, finanche, il Presidente della Corte Gaetano Azzariti, che, in occasione dell'inaugurazione del secondo anno di attività della Consulta, non esiterà a rilevare che «ove la disposizione legislativa sia suscettibile di interpretazioni diverse, delle quali taluna attribuisce alla norma un significato in contrasto con la Costituzione» deve essere data «preferenza» all'interpretazione che «porti a riconoscere una norma che sia conforme alla Costituzione, essendo evidente che non può essere dichiarata l'illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa, solo perché possa prestarsi ad una interpretazione difforme dai precetti costituzionali. Forse poche disposizioni riuscirebbero a sottrarsi, in tal caso, ad una dichiarazione simile, ed è del resto sempre grave eliminare una norma di legge vigente senza avere i poteri per sostituirla o adattare le norme residue che con quella erano connesse»¹²³.

Certo, negli anni successivi tenderà a prevalere una diversa sensibilità costituzionale che indurrà gran parte della dottrina a ritenere doveroso il rinvio degli atti alla Corte «ogni qualvolta che anche un remoto dubbio sulla costituzionalità della norma possa essere prospettato e, tanto più, quando la norma sia suscettibile, tra le varie possibili, di una interpretazione incompatibile con la Costituzione»¹²⁴.

Si tenga però anche presente che quelli erano gli anni dello «svuotamento della Costituzione ad opera della magistratura ... ai cui vertici era pervenuta la generazione formatosi durante il ventennio fascista»: «un corpo chiuso, separato dalla società e cementato dalla vecchia ideologia paleopositivistica»¹²⁵. Circostanza, questa, che indusse i giudici comuni

si sia deciso se il giudice debba seguire l'una o l'altra via, non si possa pregiudicare il problema» (Assemblea Costituente, *Commissione per la Costituzione*, II Sottocommissione (Seconda Sezione), *Resoconto sommario della seduta del 13 dicembre 1946*, in 29 ss.). Per una più approfondita ricostruzione delle posizioni assunte, in merito alla questione, dal giurista fiorentino si rinvia a P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente* (1955), in *Opere giuridiche*, Napoli 1985, I, 600 ss.

¹²¹ Cfr. V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 895 ss.

¹²² C. LAVAGNA, *Criteri formali e sostanziali nella valutazione della manifesta infondatezza*, cit., 928 ss.

¹²³ G. AZZARITI, *Discorso nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte*, in *Giur. cost.*, 1957, 878 ss.

¹²⁴ G. GROTANELLI DE' SANTI, *Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice*, in *Giur. cost.*, 1963, 421. Su posizioni affini anche, fra i tanti, A. PACE, *I limiti dell'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. cost.*, 1963, 1066 ss.

¹²⁵ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, 61.

più giovani e aperti nei confronti delle istanze costituzionali a indossare repentinamente le vesti di giudici *a quibus* instaurando così «un circuito virtuoso tra Corte e pretori, che permetteva di far giungere alla Consulta tutta una serie di questioni che gli altri giudici tendevano a bloccare»¹²⁶.

Il punto di svolta, in questa vicenda, si avrà con il Congresso di Gardone dell'Associazione nazionale dei magistrati (1965), nel corso del quale (in un o.d.g.) verrà espressamente “riconosciuto” al giudice comune il potere di interpretare le leggi alla luce dei principi costituzionali congiuntamente alla facoltà di applicare direttamente la Costituzione (quando ciò fosse tecnicamente possibile)¹²⁷.

Una soluzione, questa, significativamente sostenuta (a partire perlomeno dai primi anni ottanta) da buona parte della dottrina¹²⁸ e della giurisprudenza (Sent. Cassaz. sez. I, 26.03.1981, n. 1752; sent. Cass. sez. un. 03.02.1986, n. 661)¹²⁹. E successivamente assecondata dalla stessa Corte costituzionale, anch'essa propensa ad ammettere (dopo qualche iniziale resistenza¹³⁰) che, «fra più interpretazioni possibili» di una determinata

Sul punto si veda, altresì, C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna 1992, 87 ss.

¹²⁶ S. RODOTÀ, *Le libertà e i diritti*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, 1995, 357. Un conflitto destinato a trascinarsi fino alla “prima guerra tra le due Corti” provocata dal rifiuto della Corte di Cassazione di seguire la soluzione veicolata da una sentenza interpretativa di rigetto (sent. n. 11/1965) e dalla conseguente decisione del giudice costituzionale di adottare una sentenza (manipolativa) di accoglimento (sent. n. 52/1965) relativa ad una disposizione del codice di procedura penale con la quale il giudice delle leggi ha inteso censurare l'interpretazione prevalente (il cd. “diritto vivente”) di tale disposizione. Sul rapporto tra le due Corti (un «dialogo fra i due sordi») degenerato repentinamente «in termini che possono dirsi drammatici» e sulla guerra che ne è conseguita si rinvia a V. CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1965, 96 ss.

¹²⁷ Sul punto si rinvia a R. CANOSA, P. FEDERICO, *La magistratura italiana dal 1945 a oggi*, Bologna 1974, 77 ss.; e in particolare alla relazione tenuta in quella occasione a Gardone da G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione*, in ANM (a cura della), *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione*, Roma 1965, 7 ss.

¹²⁸ Cfr., in particolare, A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni cost.*, 1982, 527 ss.; M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 34 ss.

¹²⁹ In particolare, con quest'ultima decisione, la Corte di Cassazione arriverà espressamente ad ammettere che il giudice *a quo*, prima di sollevare la questione, abbia l'obbligo di verificare la «possibilità di giungere ad una lettura della norma stessa che, nel rispetto dei tradizionali canoni ermeneutici, consenta d'intenderla in armonia con la Costituzione» (sentenza della Cass. sez. un. 03.02.1986, n. 661).

¹³⁰ Sul punto V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costi-*

legge, il giudice sarebbe comunque legittimato a decidere direttamente, optando per «quella conforme al dettato costituzionale» (ord. n. 491/87). E questo perché – come è stato recentemente rilevato in dottrina – «l'interpretazione conforme non invade la sfera di competenza della Corte costituzionale: il giudice ordinario che sceglie una determinata interpretazione della legge, al fine di assicurare la sua conformità con la Costituzione, non disapplica né dichiara invalida nessuna legge. Si limita a interpretarla, cosa che ha sempre potuto fare. La dichiarazione di incostituzionalità, che incombe esclusivamente alla Corte costituzionale, si produce solo se il giudice non riesce nel tentativo di interpretazione conforme, che è un passo precedente al giudizio di validità»¹³¹.

Preso atto di tali premesse, solo in un caso sarebbe, pertanto, possibile rivolgersi in via incidentale alla Corte: «allorquando il giudice ritenga che nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata, prevalente e costante lettura della disposizione» (sent. n. 456/1989). Ne discende da ciò che solo nell'ipotesi in cui l'interpretazione contraria a Costituzione si sia venuta progressivamente consolidando nel tempo, fino a commutarsi in «diritto vivente»¹³², le incertezze del giudice (e con esso i margini di praticabilità di una interpretazione conforme) non avrebbero più ragione di esistere¹³³. E che solo qualora le sentenze interpretative di ri-

tuzionale, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, 541 ss.; R. PINARDI, *L'interpretazione conforme a Costituzione e la sua "radicalizzazione" quale tema (e problema) di natura istituzionale*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino 2009, 376; I. CIOLLI, *Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli 2012, 2016.

¹³¹ V. FERRERES COMELLA, *Commento*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli 2013, 316.

¹³² E questo perché – si ritiene – la formazione del diritto vivente tenderebbe a conferire alla norma un connotato obiettivo. In questi casi, infatti, «la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore [o] ... di questa Corte» (sent. n. 350/1997). Ne discende da ciò che «il solo mezzo di cui disponga la Corte per stroncare indirizzi giurisprudenziali incostituzionali consiste nel dichiarare formalmente in dispositivo la invalidità della *norma vivente*, anche se a suo giudizio fondata sopra una erronea rappresentazione» (V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2*, cit., 897).

¹³³ Sul punto, in particolare, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994, 175 che a tale riguardo puntualmente rileva che «laddove c'è diritto vivente tale incertezza non esiste affatto ... la costante applicazione di una disposizione legislativa presuppone una consolidata interpretazione giurisprudenziale che per la Corte – chiamata a giudicare il fatto storico dell'applicazione e quindi vincolata dal suo presupposto di fatto che è quell'interpretazione – rappresenta l'unica possibile».

getto della Corte non siano state (e)seguite¹³⁴ il giudice comune potrebbe (ripro)porre la questione di costituzionalità¹³⁵.

La portata e i contenuti del *revirement* della Corte non avrebbero potuto essere più incisivi e a metà degli anni novanta verranno esplicitati dallo stesso giudice costituzionale con queste parole: «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (sent. 356/1996).

Una sorta di vero e proprio vincolo ermeneutico al quale nessun giudice avrebbe più potuto in futuro sottrarsi. A tal punto che in tutti i casi in cui la Corte abbia avuto a che fare con dei giudici “negligenti” che hanno evitato (o che comunque non si siano adeguatamente “sforzati”) di procedere a un’interpretazione adeguatrice della legge, essa non ha esitato a censurarne il comportamento, adottando ordinanze di manifesta inammissibilità della *quaestio de legitimitate*¹³⁶: «la mancata verifica

¹³⁴ Sono note le vicende che hanno determinato la cd. “seconda guerra delle Corti” innescata dalla controversia sulle modalità di calcolo (della durata massima) dei termini della custodia cautelare. La “guerra” provocata dalla sentenza di rigetto n. 292/1998 è stata successivamente risolta dalla medesima Corte con una sentenza di accoglimento (sent. n. 299/2005). Nel frattempo, tra il 1998 e il 2005, si è assistito a una lunga sequela di ordinanze (ordd. nn. 429/1999; 214 e 529/1999; 243 e 335/2003; 59/2004) che hanno visto contrapposti la Cassazione (che contestava i poteri di nomofilachia “usurpati” dalla Corte costituzionale) e il giudice costituzionale.

¹³⁵ Il sistematico impiego di sentenze interpretative di rigetto suscita tuttavia non poche perplessità soprattutto perché i loro effetti costituiscono una variabile dipendente dalla collaborazione offerta o meno dai giudici comuni. Sul punto, in particolare, le osservazioni critiche di L. CARLASSARE, *Perplessità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, 186 ss.; A. PUGIOTTO, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corr. Giur.*, 2004, 985 ss.; M. RAVERAIRA, *Le critiche alla interpretazione conforme: dalla teoria alla prassi un’incidentalità “accidentata”?* in *Giur. It.*, 2010, 1968 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 116 ss.; R. ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto da parte del giudice*, in *Quest. giust.*, 2008, 203 ss.; A. PACE, *Sul dovere della Corte di adottare sentenze di accoglimento (se del caso “interpretative” e “additive”) quando l’incostituzionalità stia nella “lettera” della disposizione*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3431 che polemicamente si chiede: «in base a quale principio la Consulta, di fronte a una disposizione tecnicamente ambigua o assolutamente irrazionale, dovrebbe limitarsi a “suggerire” la soluzione ermeneutica preferibile – nella forma della sentenza interpretativa di rigetto – anziché risolvere la q.l.c. sottopostale, una volta per tutte, con una sentenza interpretativa di accoglimento, se del caso di tipo additivo?».

¹³⁶ Fra, le tante, si vedano le ordd. nn. 491/87, 517/87; 63/1989; 459/1991; 212/2002; 299/2003; 50/2004; 399/2005; 208/2009 nelle quali il giudice costituzionale ha costantemente rilevato come «il mancato integrale esperimento del percorso interpretativo (salvo l’esito di esso, evidentemente rimesso alla decisione del giudice *a quo*), si risolve in un vizio di inadeguata motivazione circa l’impossibilità di dare della norma im-

preliminare da parte del giudice rimettente, nell'esercizio dei poteri ermeneutici riconosciutigli dalla legge, della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il superamento di tali dubbi, o da renderli comunque non rilevanti nel caso di specie, comporta l'inammissibilità della questione sollevata» (sent. 192/2007).

Di qui il repentino delinearci di una giurisprudenza che a partire (perlomeno) dalla fine degli anni novanta sollecita il giudice a dimostrare, attraverso la motivazione, di aver coerentemente perseguito tutte le possibili soluzioni interpretative di "adeguamento", prima di porre la questione di costituzionalità.

Un esito questo che tende a compromettere tutti i principali parametri di valutazione della questione trasformando la «non manifesta infondatezza» in «accertata fondatezza»¹³⁷ e il dubbio in «convincimento»

pugnata un'interpretazione conforme a Costituzione» (ord. n. 399/2005). Sul punto, *ex plurimis*, A. CARDONE, *Ancora sulla dichiarazione di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice del giudice a quo*, in *Giur. Cost.*, 2002, 35 ss.; V. MARCIANO, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per "insufficiente sforzo interpretativo": una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in *Giur. Cost.*, 2005, 785 ss.; O. CHESSA, *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice?*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., 266 ss.; F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2405 ss.

¹³⁷ M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, 23 marzo 2012, 1. Sul punto si veda, altresì, A. PUGIOTTO, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative* cit., 988; G. SORRENTI, *Corte costituzionale, giudici e interpretazione ovvero ... l'insostenibile leggerezza della legge*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 482 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Rivista AIC*, 6 giugno 2007, 10 per il quale «la richiesta, a pena di manifesta inammissibilità, di un'adeguata motivazione in ordine all'aver sperimentato la possibilità di interpretazione conforme, pare reagire sui presupposti tradizionali ed in particolare su quello della non manifesta infondatezza, nel senso di trasformare quello che era un dubbio in una quasi certezza del contrasto della legge con i principi costituzionali»; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale* cit., 21, a giudizio del quale, inaugurando questa nuova giurisprudenza, la Corte, di fatto, «stravolge il meccanismo come configurato nella legge costituzionale, la quale prevede che il giudice abbia l'obbligo di sollevare la questione non quando è convinto della incostituzionalità della norma, ma quando dubita della sua costituzionalità (ed anzi, a mio parere, quando ritiene ragionevole il dubbio espresso dalla parte che ha sollevato la questione)». Rischi già lucidamente evidenziati, in passato, da C. MEZZANOTTE, *Il problema della fungibilità tra eccezione di incostituzionalità e ricorso diretto alla Corte costituzionale*, in *Giust. e Cost.*, 1991, 79.

(più o meno «plausibile»)¹³⁸. Una soluzione anomala che, oltre a costringere i giudici ad operare “sotto schiaffo”¹³⁹, rischia oggi di provocare una evidente alterazione all’interno del sistema di giustizia costituzionale italiano, sospingendo il nostro ordinamento verso il modello tedesco. Sistema, quest’ultimo, alquanto diverso da quello italiano, dotato del ricorso diretto al *Bundesverfassungsgericht* e nel quale il giudice è legittimato a sollevare la questione ogni qual volta sia “convinto” dell’incostituzionalità della disposizione e non semplicemente quando abbia un dubbio in merito¹⁴⁰.

¹³⁸ Che l’ordinanza di remissione sia plausibile o «quanto meno» fondata su un «non implausibile ... convincimento del giudice a quo» (sent. n. 10/2009) è stato sollecitato dallo stesso giudice costituzionale in più occasioni. Una giurisprudenza questa che, secondo parte della dottrina, punterebbe a integrare i due presupposti normativi della questione di costituzionalità in via incidentale (la “rilevanza” della questione e la “non manifesta infondatezza”), introducendone un terzo. Così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2001, 246; G. AMOROSO, *L’interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro. It.*, 1998, V, 94 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino 2003, 106. Sul punto criticamente M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 2478 per il quale «la “interpretazione conforme” non si atteggia né a terzo requisito, né ad elemento in grado di travolgere il senso della valutazione di “non manifesta infondatezza”», ma è parte integrante dell’ «ordinario esercizio dei poteri interpretativi del giudice».

¹³⁹ L’espressione è di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 5, 3833 a giudizio del quale «i giudici comuni, per evitare il rischio dello “schiaffo” della declaratoria di inammissibilità, sono stati indotti a leggere nelle disposizioni da applicare anche quel che non c’era, purché la Costituzione avesse voluto che vi fosse». Sul posizioni affini M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 2479 che evidenzia come «l’ordinanza di inammissibilità è senz’altro percepita come “rimprovero”», inducendo, in molti casi, i giudici a compiere «uno sforzo eccessivo o addirittura impossibile».

¹⁴⁰ Sul punto M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme”*, in *www.federalismi.it.*, V, 2007, § 5.1 9 che, a tale riguardo opportunamente rileva come l’art. 1 della L. cost. n. 1 del 1948 «stabilisce che la questione di costituzionalità, da noi, è sollevata se “non ritenuta dal giudice manifestamente infondata”» (così anche l’art. 23, comma 2, L. n. 87 del 1953), mentre «tutt’al contrario, l’art. 100 GG (certo, non a caso, visto che in Germania è aperto il canale alternativo del ricorso diretto) dispone che la questione si solleva nell’ipotesi in cui “*bält ein Gericht ein Gesetz [...] für verfassungswidrig*”». E poi conclude: «Da noi, dunque, basta il dubbio sulla costituzionalità; in Germania occorre il convincimento dell’incostituzionalità ... “*halten*” ha una sfumatura (di fermezza) che il nostro “ritenere” (pur inevitabilmente usato nella traduzione ora citata) non possiede». E «anche se in entrambi i casi valesse il mero “ritenere”, un conto è ritenere che una questione sia non manifestamente infondata (quanta cautela emerge dalla doppia negazione e dall’avverbio!), altro è ritenere che una legge sia incostituzionale».

Ed evidenziando ciò non si intende esprimere una pregiudiziale chiusura nei confronti dei sistemi di interpretazione conforme, ma piuttosto criticarne gli eccessi. D'altronde se si ammette (così come abbiamo fatto) che la forza normativa della Costituzione è tale da penetrare direttamente in tutti gli interstizi della vita politica, sociale, istituzionale non possiamo poi contraddittoriamente affermare che i giudici non sono parte attiva del processo di consolidamento del testo costituzionale o che la loro funzione interpretativa non sia idonea a incidere nel vivo delle dinamiche ordinamentali sintonizzando (laddove possibile) la produzione legislativa con le disposizioni costituzionali. Né tanto meno si intende disconoscere che il ricorso all'interpretazione conforme abbia contribuito, in questi anni, a decongestionare (almeno in parte) il sistema di accesso alla Corte arginando, da una parte, l'utilizzo massiccio e talvolta «disinvolto del potere di sollevare la questione di costituzionalità»¹⁴¹. E favorendo dall'altra «una più corretta interpretazione delle leggi da parte dei giudici ... e una qualche loro partecipazione all'operare un primo controllo di costituzionalità e nel collaborare alla delineazione dei profili e delle ragioni di incostituzionalità sui quali la Corte sarà chiamata ad emettere il definitivo giudizio»¹⁴².

Ma i problemi che oggi si pongono sono altri e di altra natura. E questi problemi non riguardano l'efficacia dell'interpretazione conforme, la sua fisiologia, la propria capacità di rendimento, ma piuttosto quelli che dovrebbero essere i limiti del suo utilizzo. Perché è vero che le tecniche di interpretazione di una legge possono essere le più varie. Ma esse non possono essere però esercitate attraverso modalità *offlimits*, con il rischio di disinnescare gli stessi presupposti del vaglio di conformità tra legge e Costituzione. La banda di oscillazione interpretativa a disposizione dei giudici è una banda limitata, perché se non lo fosse l'attività di interpretazione giudiziale di una legge rischierebbe sistematicamente di degenerare in attività di manipolazione della legge stessa. E i segnali in questa

¹⁴¹ F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1650. D'altronde la stessa dottrina italiana, sin dagli anni cinquanta, aveva auspicato la rapida adozione di questa «soluzione proprio perché ritenuta in sé per sé esatta ed opportuna ... per applicare la Costituzione, senza congestionare inutilmente la giurisdizione della Corte» (C. LAVAGNA, *Profili di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"* (1955), ora in *Id.*, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., 577-578).

¹⁴² F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, cit., 165.

direzione non mancano. D'altronde se si arriva al punto di assegnare al giudice comune la determinazione *tout court* dell'accesso alla Corte (sia pur nel rispetto dei «criteri che derivano dalla Costituzione»¹⁴³ così come enucleati dalla giurisprudenza costituzionale) è allora evidente che non è dell'efficacia dell'interpretazione conforme che dovremmo (pre)occuparci, ma semmai dei conseguenti rischi di ostruzione dei canali di connessione con la Corte.

Continuare ad eludere il problema dei limiti dell'interpretazione conforme significherebbe pertanto porsi su un piano inclinato, avallando un *modus operandi* dalle conseguenze imprevedibili per la stessa sopravvivenza del modello di giustizia costituzionale recepito dal nostro ordinamento. Enucleate le suddette premesse chi potrebbe, infatti, impedire a un giudice di pervenire abusivamente ad una lettura della norma *secundum constitutionem* anche laddove non vi siano i presupposti indicati dalla Corte¹⁴⁴? Siamo veramente consapevoli delle conseguenze che potrebbe sortire la “coazione” rivolta al giudice a ricavare «ad ogni costo»¹⁴⁵ dalla disposizione legislativa quel che c'è e «quel che non c'è,

¹⁴³ Così, da ultimo, V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 319. Sul punto persuasivamente G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, *Giur. Cost.*, 2009, 2412 ss.

¹⁴⁴ Parte della dottrina (in particolare M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme”*, cit., 15-16) ha, a tale riguardo, sostenuto che la soluzione debba essere rintracciata nel promovimento di un conflitto di attribuzioni da parte della Corte costituzionale innanzi a se stessa. Si tratta tuttavia di una soluzione che, a parer nostro, rischia di acuire il conflitto (mai sopito) tra Corte costituzionale e giudici. E, in particolare, tra Consulta e Cassazione, dal momento che l'instaurazione del conflitto potrebbe essere recepita come un ulteriore tentativo di delegittimazione della funzione nomofilattica di quest'ultima. In ipotesi estreme, come quella sopra richiamata, la soluzione non potrebbe allora che discendere dalle dinamiche plurali e dal carattere diffuso dell'ordine giudiziario. E, in particolare, dalla disponibilità di altri giudici di ribaltare gli esiti di precedenti giudizi, ponendo la questione costituzionalità davanti alla Corte costituzionale. Se ciò non dovesse accadere è solo perché l'interpretazione conforme avanzata dal giudice non era poi così in conflitto con il diritto vivente (come si era erroneamente supposto), ma coerente con essa. Come hanno confermato gli altri giudici con il loro atteggiamento “acquiescente”.

¹⁴⁵ L'espressione è di C. LAVAGNA, *Considerazioni sull'inesistenza di legittimità costituzionale e sulla interpretazione adeguatrice* (1959), ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, cit., 604 che polemicamente rileva come il tentativo di perseguire «un adeguamento costituzionale ad ogni costo ... eluderebbe la competenza della Corte e potrebbe aprire la via a soluzioni cervellotiche o addirittura a pericolose invasioni in ambito legislativo». Sul punto si veda, altresì, il contributo di P. CHIRULLI, *La sanzione penale. Ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E.

anche quando la Costituzione vorrebbe che ci fosse»¹⁴⁶? Il possibile, ma talvolta anche l'impossibile?

Scenari tutt'altro che inverosimili anche perché – come stato lucidamente evidenziato in dottrina sin dagli anni cinquanta – «sarebbe quasi sempre possibile, attraverso i più audaci mezzi ermeneutici, ridurre una disposizione incostituzionale a costituzionale»¹⁴⁷. E lo sarebbe tanto più oggi a fronte delle attuali tendenze del sistema e degli incalzanti tentativi protesi (più o meno coscientemente) a trascinare il nostro modello di giustizia costituzionale verso inedite e sempre più imprudenti forme di sperimentazione “in via diffusa” del sindacato di costituzionalità¹⁴⁸. Un fenomeno, questo, non solo italiano, ma che investe massicciamente la dimensione europea dei rapporti tra giudici e Corti costituzionali, tra sindacato accentrato e sindacato diffuso, tra *common law* e *civil law* all'interno del processo di integrazione Ue¹⁴⁹. Ma questa è un'altra storia.

D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 2009, 50 che sottolinea il paradosso, sotteso a tale modello ermeneutico, di «far dire alla norma il contrario di quello che letteralmente dice e di farle sostanzialmente perdere validità in modo improprio, cioè ad opera dei singoli giudici».

¹⁴⁶ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme”*, cit., 10.

¹⁴⁷ C. LAVAGNA, *Considerazioni sull'inesistenza di legittimità costituzionale*, cit., 604. Sui rischi connessi alla «eccessiva espansione della tendenza di molti giudici a far da sé nella bonifica della legislazione» si è soffermato anche G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia (Legge diritto giustizia)*, XIV Torino 1998, 996 ss.

¹⁴⁸ Sul punto si veda, in particolare, la monografia di A. GARDINO CARLI, *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli elementi “diffusi” nel nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano 1988 e i volumi collettanei di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino 2002; e, da ultimo, di L. Cappuccio, E. Lamarque (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit.

¹⁴⁹ Sul punto mi sia consentito rinviare a C. DE FIORES, *Diritti e giurisdizione nell'Unione europea*, in *Dem. dir.*, 3-4, 2011, 245 ss.

LEGGE DI DELEGA E QUESTIONE DI FIDUCIA.
APPUNTI SU UNA CONVIVENZA SOSPETTA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alcuni esempi recenti di delegazione legislativa: una sospetta reiterazione di scorciatoie procedurali. – 3. L'incompatibilità fra questione di fiducia e legge di delega. – 3.1. I limiti ricavabili dalla Costituzione e i problemi di costituzionalità della disciplina positiva della questione di fiducia. – 3.2. I problemi di conformità a Costituzione del ricorso alla questione di fiducia nella prassi. – 3.3. (segue): maxi-emendamenti, questione di fiducia e delega legislativa: ulteriori profili di incostituzionalità. – 4. L'incompatibilità fra riserva di Assemblea e procedure che limitano il dibattito parlamentare. – 5. Alcune osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

È pacifica in dottrina l'idea che i rapporti fra Parlamento e Governo si atteggiino nella prassi in maniera ben differente da ciò che il modello costituzionale di divisione dei poteri richiederebbe¹. Questa distanza dal

¹ Sull'evoluzione del principio di divisione dei poteri e sull'attuazione modulata compiuta dalla nostra Costituzione, che può intendersi anche in termini di divisione delle competenze, si v., per tutti, F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1976, 472 ss. e spec. 483 ss. In particolare, per quanto riguarda il tema specifico dello scritto, v. l'art. 70 della Costituzione, che assegna la funzione legislativa alle Camere, e gli art. 76 e 77 Cost., che utilizzano formule estremamente rigide e mostrano una decisa attenzione nel costruire le eccezioni a questo principio generale quali ipotesi residuali (sulla doppia negazione contenuta nell'art. 76 v., ad esempio, M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 55; M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in AA.VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano 2009, 45; M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale: tendenze recenti*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, 1167). Sulla natura eccezionale dei decreti legge e dei decreti delegati rispetto alla ordinaria funzione legislativa v., per tutti, E. PA-

modello teorico puro è stata constatata, già a partire dai primi anni di vita della nostra Repubblica², in particolar modo nel rafforzamento ed ampliamento dei poteri governativi che investono le competenze normative primarie. Poteri tramite i quali è stata operata una consistente sottrazione alla legislazione parlamentare di spazi di decisione su sempre più vaste aree disciplinari, sia per via di una crescente influenza sul procedimento di formazione delle leggi ordinarie, sia per via di un abuso dei poteri normativi primari attribuiti al Governo³.

Eppure quel modello di separazione – così come larga parte delle scelte compiute in sede costituente – era stato immaginato quale uno dei cardini fondamentali su cui costruire una relazione fra poteri dello Stato equilibrata ed in grado di arginare alcuni dei rischi che l'epoca dei totalitarismi aveva dimostrato particolarmente concreti: in particolare, la tendenza degli esecutivi ad espandere i propri poteri, il conseguente rischio di esautoramento dei contropoteri e dei bilanciamenti (nella specie, parlamentari), il pericolo di una sostanziale concentrazione o del controllo di diversi poteri da parte della sola maggioranza governativa⁴.

LICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milano 1988, 112 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 203 ss.

² Si v. E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 463 ss., in particolare 510 ss.; L. PALADIN, *Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1974, 1501 ss.

³ Si v. A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rass. parl.*, 1999, 176 ss.; ID., *Governo e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 2002, 45 ss.; M. CARTABIA, *Legislazione e forma di governo*, cit., 50 ss.

⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1991, 183 ss., il quale sottolinea un punto di importanza fondamentale: «è vero, dunque, che la Costituzione (anche sacrificando quella che poi si chiamerà la “governabilità”) disegna un assetto istituzionale imbevuto di spirito antiautoritario. Ma l'autoritarismo che preoccupa di più non è affatto quello che si era già mostrato nella sua versione più rozza e becera con il fascismo, ma quello più insidioso e sottile che può nascere dalla “dittatura delle maggioranze”» (p. 188). Sui limiti della maggioranza nella forma di governo italiana, v. V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi Crosa*, I, Milano 1960, 652 ss. Sulla matrice delle scelte inerenti ai poteri normativi del governo, v. anche E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in ID., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna 1978, 15 ss., spec. 48 ss.; E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione*, cit., 113 s. e spec. 115: «la debolezza del Governo nel nostro sistema costituzionale non viene contraddetta, ma anzi confermata dalla presenza di atti governativi con forza e valore di legge. Attraverso tali atti, il Governo non esercita infatti un potere autonomo, ma si limita a svolgere un'attività strumentale e suppletiva rispetto alla funzione legislativa delle Camere, a cui spetta valutare di volta in volta se avvalersi dell'operato del

Tale radice storica, tale *ratio*, non può essere trascurata nell'analisi del reale corso dell'esercizio delle funzioni normative fra Parlamento e Governo, se vogliamo che la nostra Costituzione continui a svolgere il ruolo di faro, di guida e di punto di riferimento nei metodi, prima ancora che nei contenuti (i quali dai metodi e dalle procedure, senza alcun dubbio, dipendono). Sulla separazione delle funzioni e delle competenze, infatti, si poggiano non solo i rapporti fra le fonti normative, ma anche la garanzia dei diritti costituzionali, la cui concretizzazione è affidata a quelle fonti e la cui effettività dipende dall'equilibrio e dalla persistenza dei contrappesi fra i poteri dello Stato. È, questa, un'impostazione sostenuta pure dalla Corte costituzionale già a partire dalla sentenza n. 32 del 1961⁵ e di recente inequivocabilmente confermata proprio con riguardo all'esercizio dei poteri normativi primari. Le affermazioni più chiare in tal senso sono contenute nella sentenza n. 171 del 2007, ove si può leggere: «è opinione largamente condivisa che l'assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale. Esso è correlato alla tutela dei valori e diritti fondamentali. Negli Stati che s'ispirano al principio della separazione dei poteri e della soggezione della giurisdizione e dell'amministrazione alla

Governo»; F. CUOCOLO, *Il governo nell'esperienza repubblicana*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano 1999, 371 ss.; M. CARTABIA, *Legislazione e forma di governo*, cit., 52. D'altra parte vi è chi ricorda le istanze opposte, sostanziatesi nel famoso ordine del giorno dell'on. Perassi che richiedeva di introdurre in Costituzione «dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di governo», ritenendo che la debolezza di quest'ultimo potesse essere del pari pericolosa (cfr. M. PERINI, *Le regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?*, Torino 2009, 75; F. BIONDI, S. LEONE, *Il governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivistaaic*, n. 1/2012, 14/03/2012, 3). A quest'ultima impostazione, che valorizza le esigenze di speditezza del processo decisionale, si preferisce qui l'impostazione critica sostenuta, fra gli altri, da C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova 2001, 94 s., che legge in queste tendenze un processo di «progressivo sopravvento dell'economicismo nel diritto» (il riferimento è a F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna 1993, 206), da guardare con sospetto e con preoccupazione.

⁵ La cui importanza è sottolineata da L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 203: «Per quali motivi l'Assemblea costituente ritenne indispensabile considerare puntualmente la tematica delle deleghe legislative, conferibili dal Parlamento a favore del Governo? "Il problema" – ha argomentato la Corte costituzionale mediante la sentenza n. 32 del 1961 – "trova soluzione nel principio generale della inderogabilità delle competenze", secondo le indicazioni costituzionali. Se dunque la Costituzione non contenesse la disposizione facoltizzante dell'art. 76, s'imporrebbe ad ogni effetto la regola fissata dall'art. 70, per cui "la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere" e da esse soltanto. Il silenzio equivarrebbe cioè a un divieto».

legge, l'adozione delle norme primarie spetta agli organi o all'organo il cui potere deriva direttamente dal popolo. A questi principi si conforma la nostra Costituzione laddove stabilisce che "la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere" (art. 70)⁶. Non mancano però affermazioni di analogo tenore, seppur dai toni meno espliciti, nella recente giurisprudenza riferita alla delegazione legislativa e, in particolare, nella sentenza n. 340 del 2007⁷.

L'attuale distanza fra la teoria e la pratica dei rapporti fra Parlamento e Governo in sede normativa primaria merita allora di essere indagata a partire da qui: dalla verifica del rispetto di quel metodo che la Costituzione ha prescritto al fine di eliminare alla radice il rischio di proliferazione ed espansione del potere governativo e, per tale via, di produrre un'alterazione del rapporto fra le fonti in grado di intaccare le garanzie di tutela dei diritti costituzionali. E tale indagine merita di essere svolta guardando con occhio attento non solo alle tendenze "espansive" manifestate dai governi – spesso oggetto di analisi e di valutazioni critiche proprio per via della "diffidenza nei confronti del potere esecutivo"⁸ ereditata dai totalitarismi – ma anche alle prassi parlamentari, che spesso si rendono complici di tali torsioni ordinamentali o, quantomeno, non vedono le Camere esercitare appieno, come dovrebbero, il compito di ostacolare l'indebita espansione dei poteri governativi.

È quanto è accaduto, ad esempio, *a latere* della notissima prassi della reiterazione dei decreti legge⁹, la cui portata incostituzionale è stata inda-

⁶ Il passaggio è sottolineato da M. RUOTOLO in *I limiti della delegazione legislativa*, cit., 85 s. e ripreso nell'*Intervento* di A. PACE, in AA.VV., *La delega legislativa*, cit., 273 ss., il quale ne deduce che: «essendo corrispondentemente attratto nell'area della garanzia dei diritti anche il sistema delle fonti, ancorché condizionato dal rapporto tra poteri, tale sistema non sarebbe più cedevole, come lo è oggi, di fronte alle consuetudini ed alle prassi. E ciò proprio perché verrebbero sempre in gioco, sia pure indirettamente, i diritti individuali» (276).

⁷ Cfr. § 2 *Cons. dir.* Sottolinea la continuità fra queste due sentenze E. FRONTONI, *Considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 340 del 2007: verso un maggiore rigore nel sindacato sull'eccesso di delega*, in *Giur. it.*, 2008, 1105.

⁸ L'espressione è di F. CUOCOLO, *Op. cit.*, 371.

⁹ Condannata, è quasi superfluo ricordarlo, a partire dalla sentenza n. 360 del 1996, ma già prima stigmatizzata dalla Corte con la sent. n. 302 del 1988. Sul fenomeno e sulla pronuncia che vi ha posto un argine la bibliografia è sterminata; sia consentito qui ricordare solo alcuni primi commenti e fare ad essi rinvio per ulteriori indicazioni bibliografiche, dal momento che in questo scritto non si approfondirà il tema: P. CARNEVALE, *La Corte riapre un occhio (ma non tutt'e due) sull'abuso della decretazione d'urgenza?*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 402 ss.; S.M. CICONETTI, *La sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale*

gata soprattutto a partire dal versante degli abusi governativi, ma che – occorre ricordare – si è giovata anche di un atteggiamento connivente del Parlamento, del silenzio dinnanzi ai decreti reiterati, di una inerzia delle Camere che ha consentito alle catene di arricchirsi di sempre nuovi anelli, della disponibilità dimostrata a convertire l'ultimo dei decreti della serie e, significativamente, della prassi emendativa in sede di conversione parlamentare correlata all'inserimento delle modifiche nel decreto legge reiterato, che ha fatto parlare la dottrina di sostanziale “colegislazione” fra Parlamento e Governo¹⁰.

È quanto è accaduto anche, per quanto qui più ci concerne, a margine della “grande espansione”¹¹ della delegazione legislativa; espansione che, lo si vedrà meglio oltre, è stata accompagnata da un crescente impiego dei pareri delle commissioni parlamentari e che ha conosciuto un fenomeno di co-determinazione analogo, attuato tramite il crescente utilizzo in sede di delega di maxi-emendamenti di iniziativa governativa, che però accolgono i rilievi delle Commissioni e delle minoranze parlamentari¹².

Il presente scritto intende studiare le più recenti evoluzioni nelle relazioni fra Parlamento e Governo dallo specifico e limitato angolo visuale del procedimento adottato in sede di delegazione legislativa e tale prospettiva si è scelta per diverse ragioni.

Innanzitutto perché, come da sempre rilevato in dottrina, l'abuso della delegazione di legge possiede potenzialità distorsive del modello teorico di attribuzione della funzione legislativa particolarmente dirompenti, vuoi per la tendenziale stabilità delle disposizioni prodotte tramite decreto legislativo, vuoi per l'uso che di questo strumento si tende a fare e che lo connette a materie di ampia portata e di primissimo rilievo (codici normativi, testi unici, riforme di sistema, attuazione della normativa comunitaria¹³).

e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piovve, in *Giur. cost.*, 1996, 3162 ss.; F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti legge di fronte alla Corte costituzionale*, *ivi*, 3157 ss.

¹⁰ Lo hanno sottolineato, di recente, P. CARNEVALE, *A Corte...così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista*, n. 4/2014, 17.10.2014, 66 ss. e D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli 2014, 215.

¹¹ L'espressione è mutuata da G. TARLI BARBIERI, *La grande espansione della delegazione legislativa nel più recente periodo*, in P. CARETTI, A. RUGGERI, *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale. Atti del convegno*, Pisa, 11 giugno 2002, Milano 2003, 47 ss.

¹² Il punto, che merita di certo ulteriori spiegazioni, verrà analizzato *infra*, al par. 3.3.

¹³ Per il crescente ricorso alla delega legislativa non solo in relazione a materie che

In secondo luogo perché, trattandosi di una funzione delegata dal Parlamento, consente di indagare appieno il ruolo che quest'ultimo occupa nelle alterazioni del disegno costituzionale di ripartizione dei poteri, sia nelle sue dinamiche attive (di eccessiva, o eccessivamente disinvoltata, devoluzione di compiti normativi al Governo o di compartecipazione nell'esercizio della funzione normativa esercitata dall'Esecutivo), sia passive (di inerzia o connivenza dinnanzi ad abusi governativi).

In terzo luogo perché le prassi più recenti, sopra accennate, sembrano aver dato avvio a nuove distorsioni, di più che dubbia conformità al dettato costituzionale. Si procederà dunque da questi esempi, che costituiscono un laboratorio di analisi particolarmente ricco, per poterne ricavare elementi utili a riflessioni di più ampio respiro.

2. *Alcuni esempi recenti di delegazione legislativa: una sospetta reiterazione di scorciatoie procedurali*

I più recenti studi dedicati alla delegazione legislativa sottolineano come nelle ultime legislature si sia fatto ricorso alla legislazione delegata ben più di quanto non accadesse in passato¹⁴, tanto da poter parlare di una vera e propria «esplosione» della delegazione legislativa¹⁵. Si è trattato di un mutamento non solo quantitativo, ma anche, come si sa, qualitativo, che ha portato la delega ad essere sempre meno “eccezione” e sempre più “regola” nella decisione normativa primaria riguardante ampi e relevantissimi settori disciplinari¹⁶ e che ha registrato una cre-

richiedono una competenza tecnica, come da modello originario, ma anche per affrontare questioni *politicamente* complesse e per riforme di settore, cfr. S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Napoli 1990; M. RUOTOLO, *Delega legislativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano 2006, 1769; S. STAIANO, *Delega per le riforme e negoziazione legislativa*, in *Federalismi.it*, 24.01.2007.

¹⁴ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *La grande espansione*, cit., 47 ss.; F. BILE, *Seminario sulla delega legislativa*, in AA.VV., *La delega legislativa*, cit., XV; E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli 2012.

¹⁵ In questi termini, A. ANZON DEMMIG, *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, in AA.VV., *La delega legislativa*, cit., 22; G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, *ivi*, 102; R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, *ivi*, 334.

¹⁶ E. FRONTONI, *Pareri e intese*, cit., 1 s. ricorda come nel corso della XIII Legislatura il numero delle leggi di delega si sia più che triplicato rispetto alla precedente e come questo *trend* sia stato confermato nelle legislature successive, rinvenendo in questi dati

scente disinvoltura nella definizione dell'oggetto delle deleghe¹⁷, dei principi e criteri direttivi¹⁸ e nella limitazione temporale, specie tramite la diffusa prassi della delegazione integrativa e correttiva¹⁹.

Tutto ciò, evidentemente, ha inciso sul ruolo del Governo e sulle sue relazioni con il Parlamento nell'assunzione delle decisioni normative.

A questo percorso, oramai piuttosto noto, che ha condotto l'uso della legge-delega ai limiti, se non al di là, dei confini costituzionalmente tracciati, va oggi aggiunta la crescente tendenza dei Governi ad intervenire non solo nella fase – ad essi costituzionalmente spettante – della deliberazione sui decreti legislativi delegati, ma già in sede di decisione sulla legge di delega; fase che la Costituzione assegna invece inderogabilmente al Parlamento, in qualità di detentore ordinario della funzione legislativa e, in quanto tale, *dominus* delle relative deleghe.

Un primo segnale di questa sovrapposizione fra Parlamento e Governo in sede di delegazione può, per la verità, rinvenirsi già nella circostanza che la netta maggioranza delle iniziative di legge-delega è di matrice governativa²⁰ ed è dunque espressione di un desiderio del Governo stesso di utilizzare la delega al fine di attuare il proprio programma poli-

«la misura di come il sistema delle fonti del diritto sia profondamente mutato, vedendo trasformato quel rapporto di regola-eccezione tra leggi ed atti normativi di origine governativa che emerge dalla Costituzione».

¹⁷ Da «oggetto definito», come vorrebbe la dizione costituzionale, a deleghe su “materie” o “settori”, sino a giungere al fenomeno delle cd. “deleghe in bianco”. Cfr. C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa*, cit., 68 ss.; M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata*, cit., 44 ss.; G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, cit., 106 s., che ricorda, fra le prime deleghe degne di nota in tal senso, la L. n. 421 del 1992, di delega congiunta per la riforma della disciplina del servizio sanitario nazionale, del pubblico impiego, del sistema previdenziale dei lavoratori dipendenti pubblici e privati, e della finanza locale; la L. n. 537 del 1993, di delega per il riordino dei Ministeri e delle amministrazioni ad ordinamento autonomo e per l'istituzione di organismi indipendenti per la regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico; la L. n. 335 del 1995, relativa alla riforma del sistema pensionistico; la L. n. 549 del 1995, per il trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni.

¹⁸ V. V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 1, 233 s.; G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in AA.VV., *La delega legislativa*, cit., 100.

¹⁹ Cfr. M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata*, cit., 47 ss.

²⁰ V. N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2001*, Torino 2002, 32 s., nota 16, il quale ricorda che nel corso della XIII Legislatura, delle 58 leggi di delega approvate, 41 erano di iniziativa governativa, 9 di iniziativa parlamentare e 8 scaturivano dall'abbinamento di un disegno di legge governativo con uno o più disegni di legge di iniziativa parlamentare.

tico²¹, piuttosto che di una necessità del Parlamento di affidare la normazione in questione ad un organo in grado di avvalersi di appositi uffici tecnici o maggiormente capace di interloquire con gli attori sociali e istituzionali in sede di concertazione (ipotesi che inizialmente venivano immaginate come possibili ed opportune ipotesi di delega).

Il più significativo impatto governativo nella fase “ascendente” della decisione sulla delega legislativa è senz’altro conseguenza del crescente utilizzo degli strumenti di intervento nel procedimento legislativo parlamentare ad opera dell’Esecutivo: la posizione di questioni di fiducia²², spesso su maxi-emendamenti²³, e l’inserimento di norme di delega nella manovra di bilancio²⁴. A partire dalla XIII Legislatura tutti gli osservatori delle procedure di decisione legislativa hanno registrato un sensibile mutamento nella “pressione” per la delegazione da parte del Governo, il quale «ha fatto ricorso alla delega legislativa per approvare parti impor-

²¹ Cfr. M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, cit., 83 ss.

²² Per approfondimenti, *infra*, par. 3 ss.

²³ Per approfondimenti, *infra*, par. 3.3.

²⁴ Non si svilupperà questo punto nel presente lavoro, perché non direttamente afferente alle questioni che si intende qui indagare. Per approfondimenti, v. P. GAMBALE, D. PERROTTA, *I profili problematici delle procedure di bilancio nella recente evoluzione in Italia: il crescente rafforzamento del ruolo dell'esecutivo e la possibile definizione di «controlimiti» parlamentari*, in *Rass. parl.*, 2005, 492 ss.; R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, cit., 335 ss. che denominano questa via “intermedia” «tecnica sotterranea, clandestina di produzione delle deleghe». Il riferimento è alla prassi di inserire deleghe legislative nei disegni di legge collegati alla manovra di finanza pubblica, i quali godono di una particolare corsia procedurale per via della cadenza temporale da rispettare, o nei collegati “*omnibus*” al di fuori della sessione di bilancio. In questi casi, infatti, è frequente una consistente eterogeneità dei disegni di legge, la quale, combinata all’esigenza di approvazione in termini brevi, implica che il Parlamento si limiti per grossa parte a “ratificare” quanto già preconfezionato dal Governo, piuttosto che esaminare, come dovrebbe, ogni aspetto delle disposizioni interessate. Gli Autori riportano il caso del disegno A.C. 1441-*bis*, disegno di legge collegato alla legge finanziaria per il 2009, recante disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, «ove si è raggiunto il paradosso di far esaminare una significativa riforma del processo civile (anziché dalla Commissione giustizia) dalle Commissioni Bilancio ed Affari costituzionali, e dove il tempo complessivo dedicato all’esame del provvedimento, tra Commissione ed Aula, non ha superato i quindici giorni. È in questo contesto che vengono inserite nei provvedimenti legislativi, spesso in forma di emendamenti presentati in Commissione o addirittura nel corso della stessa seduta in Aula, disposizioni di delega che “passano” quasi all’insaputa dell’Aula. Sebbene spesso tali emendamenti contengano deleghe prive di ogni principio e criterio direttivo, il Comitato per la legislazione è impossibilitato ad esprimere rilievi in merito dato che l’attuale prassi non consente al Comitato di esprimere alcun parere quando il disegno di legge è già in Aula» (*Op. cit.*, 336).

tanti del proprio programma e ha ‘spinto’ con decisione, utilizzando praticamente tutti i mezzi consentitigli, per ottenere l’approvazione di tali disegni di legge di delega»²⁵.

Dare una rappresentazione plastica del fenomeno nella sua più recente evoluzione potrà, meglio di molte parole, rendere l’idea delle distorsioni che, da tempo avviate, continuano oggi a perpetuarsi ed aggravarsi. Si riporteranno qui di seguito, dunque, alcuni casi che sono apparsi ai nostri occhi particolarmente significativi, con l’avvertenza che, purtroppo, la rassegna che seguirà non è da intendersi esaustiva, prendendo avvio dalle “legislature del maggioritario”²⁶, e che alcune ulteriori vicende emblematiche troveranno spazio nei paragrafi che seguono²⁷.

Un primo caso di rilievo, che ha incontrato una certa resistenza parlamentare, si è verificato nel corso della XIII Legislatura, sotto il Governo Prodi, nell’ambito dell’approvazione del disegno di legge di “Delega al Governo per il riordino della disciplina relativa alla riscossione” (d.d.l. S.3288), in relazione al quale le minoranze parlamentari avevano mostrato un certo disappunto, ritenendo incongrua la scelta per la delega legislativa in relazione ad una materia che non presentava difficoltà tecniche e rinvenendo in tale scelta un tentativo da parte del Governo di perseguire l’indebito fine di evitare il confronto con le opposizioni²⁸. Un gruppo di minoranza manifestava inoltre il proprio dissenso circa alcuni dei criteri direttivi inseriti nella delega, dichiarando che avrebbe votato contro il disegno di legge nel caso in cui non fossero stati accolti i relativi

²⁵ Così N. LUPO, *La formazione parlamentare*, cit., 37.

²⁶ Nonostante già precedentemente si siano verificati episodi di rilievo. Si può ricordare, ad esempio, il disegno di legge di “Delega per la razionalizzazione e la revisione della disciplina in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale” presentato dal primo Governo Amato nell’ottobre del 1992 ed approvato, fra le critiche e le preoccupazioni delle minoranze, previa apposizione della questione di fiducia. Si tratta di episodio, tuttavia, che può ritenersi isolato poiché l’unico precedente in tal senso risaliva a quasi trent’anni prima, al dicembre del 1954.

²⁷ Per alcune significative e meditate rassegne di queste prassi, si v. C. DE CESARE, *La questione di fiducia nella recente prassi parlamentare*, in *Nuovi studi politici*, 2000, 4, 87 ss.; N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, cit., 37 ss.; G. TARLI BARBIERI, *La grande espansione*, cit.; ID., *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, cit.; N. LUPO (a cura di), *Maxi emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, *Atti del seminario svoltosi presso la LUISS “Guido Carli” il 1° ottobre 2009*, Padova 2010; G. SAVINI, *Note brevissime sull’uso della questione di fiducia nell’esperienza del Governo Monti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2012.

²⁸ Cfr. Resoconto stenografico della seduta n. 450 del 23 settembre 1998, in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=13&id=5103>.

emendamenti²⁹; emendamenti sui quali, però, non c'è stata occasione di discutere, per via dell'apposizione della questione di fiducia e della conseguente blindatura del testo³⁰.

Saranno, tuttavia, quelle stesse forze che in occasione del d.d.l. S.3288 avevano evidenziato queste criticità a fare ricorso alla questione di fiducia su legge di delega, non appena tornate al governo³¹: l'esecutivo Berlusconi ha fatto ricorso a questo espediente procedurale sia nel 2001, a poche settimane dal suo insediamento, con riferimento al d.d.l. S.374 ("Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti industriali strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive"; cd. "legge Lunardi"), sia nel 2005, con riferimento al d.d.l. S.3497 ("Nuove disposizioni concernenti i professori e i ricercatori universitari e delega al Governo per il riordino del reclutamento dei professori universitari"; cd. "riforma Moratti") ed al d.d.l. S.1296-B-bis sulla riforma dell'ordinamento giudiziario (cd. "riforma Castelli"). In questi casi il testo del disegno di legge è stato determinato e fissato dallo stesso Consiglio dei Ministri, tramite presentazione di un emendamento integralmente sostitutivo del disegno di legge di delega, sul quale è stata posta questione di fiducia, al dichiarato fine di evitare la discussione sul gran numero di emendamenti presentati dalle opposizioni³². La sostituzione del testo del disegno di delega da parte del Governo, insieme all'impossibilità di una sua discussione, ha incontrato il dissenso dei gruppi di minoranza, preoccupati sia del superamento dei rilievi proposti in sede di esame referente da parte della Commissione, sia dell'impossibilità di di-

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Il sottosegretario di Stato per le Finanze aveva nell'occasione giustificato il ricorso alla questione di fiducia con le seguenti parole: «La necessità di non modificare il testo in esame non dipende da una scarsa considerazione del ruolo e degli apporti dell'opposizione, ma dall'urgenza di approvare una riforma che garantirà l'unica entrata prevista per la prossima manovra finanziaria, che sarà la più leggera degli ultimi anni e non aumenterà il carico fiscale gravante sui cittadini. L'ordine del giorno proposto dal relatore, suggerito dal Governo come punto di mediazione, costituirà un punto fermo nell'attuazione tecnica della delega», *ibid.*

³¹ Sulle "perversioni" dell'uso del precedente, «dal sapore quasi "vendicativo"», nelle legislature del maggioritario, si v. N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma 2007, 43.

³² Cfr. Resoconto stenografico della seduta n. 035 del 03/08/2001, in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=14&id=8100>, per il primo; Resoconto stenografico della seduta n. 871 del 28/09/2005, in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=14&id=147849>, per il secondo.

scussione assembleare del testo governativo, sia dell'ampiezza e scarsa circoscrizione delle deleghe, atte a legittimare una disciplina governativa pressoché onnicomprensiva su materie di importanza cruciale³³. La "legge Lunardi" aveva altresì incontrato esplicite critiche del Comitato per la legislazione della Camera³⁴, che non hanno però conosciuto alcun seguito parlamentare.

Sempre del 2005 è un ulteriore caso che ha destato una particolare attenzione e preoccupazione in dottrina: in sede di conversione del decreto legge n. 35 del 2005 ("Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale"; c.d. "decreto competitività"), a fronte dei numerosi emendamenti proposti, il Governo ha presentato un maxi-emendamento interamente sostitutivo dell'art. 1 del disegno di legge di conversione (A.S. 3344) e posto su di esso la questione di fiducia. Nell'ambito del maxi-emendamento si introducevano altresì due disposizioni di delega: una per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato; una per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali. Il caso è stato efficacemente paragonato ad un "delitto perfetto"³⁵ poiché la procedura scelta ha consentito al Governo di decidere autonomamente il contenuto normativo in sede di decretazione d'urgenza e di eludere poi la discussione parlamentare al momento della

³³ Così, il sen. Passigli nel corso della seduta pomeridiana del 3 agosto del 2001: «Con l'approvazione del testo in esame la maggioranza ed il Governo provocano una tripla grave forzatura. Infatti il provvedimento viene blindato, impedendo alle opposizioni di contribuire al suo miglioramento; il dibattito viene compresso, ledendo il diritto delle opposizioni di far conoscere all'esterno le proprie opinioni in merito; si ricorre allo strumento della delega per modificare una vasta serie di norme senza indicare, come richiesto dall'articolo 76 della Costituzione, principi e criteri direttivi, tali non potendo considerarsi, per esempio, le lettere *b*) ed *h*) del comma 2. È auspicabile che la Camera dei deputati intervenga per correggere questa impostazione che, oltre a sollevare eccezioni di costituzionalità, costituisce un pericoloso precedente ed attesta una visione autoritaria ed arrogante dei rapporti tra Governo e Parlamento». Cfr. il Resoconto stenografico della seduta n. 036 del 03/08/2001, in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=14&id=8105>. Ma di analoghe denunce è disseminato anche il dibattito svoltosi in Senato il 29 settembre 2005, reperibile in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=14&id=148758>.

³⁴ Cfr. A.C., XIV Legisl., *Boll. giunte e comm.*, 26 settembre 2001.

³⁵ Cfr. G. PICCIRILLI, R. DI CESARE, *Il "procedimento perfetto": ovvero esercizi di equilibrio costituzionale nella conversione in legge del decreto legge sulla competitività*, in *Forumcostituzionale.it*; ma v. anche C.F. FERRAJOLI, *L'abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 602 ss.

conversione, tramite la presentazione di un proprio maxi-emendamento (che superava i rilievi della Commissione) ed impedendo infine la libera deliberazione assembleare tramite l'apposizione della questione di fiducia. In questa maniera il Parlamento non ha potuto svolgere alcuna considerazione circa l'*an* o circa il contenuto delle deleghe normative contenute nel maxi-emendamento e il Governo si è sostanzialmente autoaffidato un potere normativo su materie di primissima rilevanza, determinando da sé i principi e criteri direttivi.

Lungi dal conoscere una battuta d'arresto con i Governi e le legislature successive, tali distorsioni procedurali sono state replicate con preoccupante costanza, quale che fosse il colore o la natura (politica o cd. tecnica) degli esecutivi in carica. Si può ricordare, ancora una volta a mero titolo esemplificativo, la legge n. 247 del 24 dicembre 2007 ("Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale"), che si è sostanziata in un solo articolo, diviso in 94 commi, per effetto di un maxi-emendamento governativo sottoposto alla fiducia di entrambe le Camere³⁶ e contenente sette deleghe legislative. Ben noto, perché giunto sino al vaglio costituzionale³⁷, è altresì il procedimento di riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari a fini di *spending review*: procedimento avviato tramite decreto legge (n. 138 del 2011) e proseguito con delegazione legislativa inserita in sede di conversione in un maxi-emendamento integralmente sostitutivo del contenuto del decreto, sul quale è stata posta questione di fiducia.

Nell'ambito dell'esame di quest'ultimo disegno di legge sono emersi i problemi relativi alla procedura prescelta: il dossier della Camera dei Deputati n. 317 dell'8 settembre 2011 ("Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale")³⁸ ricordava infatti il costante orientamento del Comitato per la legislazione secondo il quale l'inserimento di disposizioni di delega in sede di conversione «non appare corrispondente ad un corretto utilizzo dello specifico strumento normativo rappresentato da tale tipologia di legge», mentre contestualmente il Comitato emanava un parere ove si domandava – coerentemente – la soppres-

³⁶ Della Camera dei deputati in data 27 novembre 2007 e del Senato in data 21 dicembre 2007.

³⁷ Ci si tornerà *infra*, al par. 4.

³⁸ Reperibile online al sito <http://documenti.camera.it/Leg16/dossier/Testi/cost317.htm>.

sione delle disposizioni di delega inserite in sede di conversione. Entrambi questi moniti, come si vedrà ancora oltre, sono rimasti inascoltati e il procedimento ha condotto all'approvazione, prima al Senato (con questione di fiducia sul maxi-emendamento) e poi alla Camera dei deputati (con blindatura del testo assicurata da una seconda questione di fiducia), della l. n. 148 del 2011 contenente delega al Governo in materia di riorganizzazione degli uffici giudiziari.

La questione di fiducia in sede di delega legislativa è stata utilizzata dal Governo Monti anche sul d.d.l. C.5291 del 2012 ("Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita"): disegno di legge, ancora una volta, di iniziativa dello stesso Governo, il quale ha in seguito posto quattro questioni di fiducia (riferite ciascuna ad uno dei primi quattro articoli del disegno di legge; in un caso ad un emendamento integralmente sostitutivo dell'articolo in considerazione).

In un anno di vita il Governo Renzi ha fatto frequentissimo ricorso a procedimenti in vario modo controllati dal Governo, ereditando dai suoi predecessori un'eccessiva disinvoltura nell'interpretazione delle riserve di Assemblea³⁹ e una certa spregiudicatezza nel ricorso alla questione di fiducia⁴⁰, sia in procedimenti legislativi "comuni", sia in sede di conversione di decreto legge, sia nell'ambito della deliberazione di delega legislativa.

È, quest'ultimo, il caso del discussissimo "Jobs Act", ossia, in una delle parti in cui si compone, della legge contenente "Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro"; provvedimento normativo che, come si sa, ha registrato un'accesa opposizione sia in sede parlamentare che nell'opinione pubblica⁴¹. Pro-

³⁹ Sono piuttosto note le opinabili vicende procedurali che hanno conosciuto il disegno di legge elettorale e la proposta di riforma costituzionale, sulle quali non è questa la sede per soffermarsi, ma cui senz'altro possono estendersi le considerazioni che si svolgeranno al par. 4.

⁴⁰ Secondo un dossier stilato da Openpolis e pubblicato sull'Espresso (<http://espresso.repubblica.it/palazzo/2015/02/12/news/un-anno-di-governo-per-matteo-renzi-abuso-dei-voti-di-fiducia-nemmeno-berlusconi-l-ha-usato-tanto-1.199026>) su 67 leggi varate nel suo primo anno di mandato, ben 30 sono state approvate previa apposizione di questione di fiducia e, se si escludono le ratifiche dei trattati internazionali, la percentuale di leggi approvate in tale maniera è del 68%.

⁴¹ Per un parallelo con la precedente riforma del lavoro operata dal Governo Monti,

prio il diffuso dissenso incontrato dal progetto di riforma avrebbe dovuto suggerire un'adeguata attenzione al rispetto delle minoranze ed alla esigenza di un ampio dibattito parlamentare (oltre che un doveroso confronto in sede di concertazione sociale). Ma la scelta del Governo è stata, all'opposto, quella di consumare un nuovo "delitto", promuovendo un'iniziativa di legge di delega blindandone il contenuto tramite l'apposizione della questione di fiducia su un maxi-emendamento integralmente sostitutivo del d.d.l. approvato in Commissione.

Anche in questo caso l'opposizione parlamentare è stata aspra non solo circa il merito, ma anche circa il metodo della riforma⁴², spingendosi addirittura sino alla stesura di una lettera di sollecitazione all'ex Presidente della Repubblica affinché censurasse la scelta di bloccare il dibattito parlamentare nell'ambito di un procedimento che avrebbe dovuto essere assistito dalla riserva di Assemblea⁴³. Il Comitato per la legislazione alla Camera ha registrato criticamente, oltre ad una serie di difetti nella determinazione dei principi e criteri direttivi, anche alcuni rilevanti difetti nella formulazione del testo discendenti da queste deviazioni procedurali: «per effetto delle modificazioni introdotte al Senato, il disegno di legge consta di un solo articolo; al riguardo si evidenzia che la circolare a firma congiunta dei Presidenti della Camera e del Senato del 20 aprile 2001, sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi, prevede fra l'altro che "Un articolo non può contenere più di una disposizione di delega" (punto 2, lettera d))». Eppure, anche in questo caso, il procedimento è stato portato avanti sino in fondo ed è ora, lo si sa, in fase di attuazione.

Corre l'obbligo di ricordare che questa rapida rassegna si riferisce solo ad uno dei molti ambiti nei quali gli esecutivi hanno mostrato una crescente disinvoltura. Il quadro si fa ancora più preoccupante se si con-

ancora una volta, a tappe forzate e facendo ampissimo ricorso alla questione di fiducia, si v. A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in www.costituzionalismo.it, 3/2014, 29.12.2014. Sul rapporto fra deleghe legislative, "modernizzazione economica" e decisioni sovranazionali, v. pure C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa*, cit., 259 ss.

⁴² Cfr. il Resoconto stenografico della seduta n. 327 del 08/10/2014 sul d.d.l. S. 1428, reperibile in http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/aula/44250_aula.htm.

⁴³ La lettera è reperibile *online* sul blog dell'on. Giuseppe Civati. Ciò conferma, come si vedrà meglio più avanti (al par. 3.2.), l'attendibilità di quella tesi che vede nella questione di fiducia non più solo uno strumento anti-ostruzionistico e di contrasto alle opposizioni, ma anche – sempre più – uno strumento per sopprimere il dibattito interno alla maggioranza stessa.

sidera che tali tendenze nella delegazione legislativa si accompagnano ad un parallelo cammino nella decretazione d'urgenza, che conosce sempre di più in sede di conversione analoghe distorsioni⁴⁴ e che, talvolta, come si è avuto occasione di verificare poco sopra, vede le stesse norme deleganti inserite in sede di conversione di decreto legge, in combinazione con queste “scorciatoie” procedurali. Si tratta di percorsi che si affiancano, per di più, a sempre più numerosi e rilevanti procedimenti di recepimento della normativa comunitaria che, nella gran parte dei casi, escludono un ruolo attivo e partecipe dei parlamenti nazionali, oltre che alla crescente importanza della produzione normativa secondaria – regolamenti governativi e circolari ministeriali – sia in sede di concreta attuazione della normativa primaria, sia in sede di semplificazione normativa e delegificazione. La combinazione di questi percorsi dà vita, insomma, ad una copiosa normazione, non temporanea né eccezionale, predisposta e deliberata principalmente o esclusivamente dal Governo, nell'elusione del dibattito e del confronto parlamentare con le opposizioni e con le minoranze.

Il rischio di sostanziale espropriazione della funzione legislativa parlamentare insito nella reiterazione di tali distorsioni è di una tale evidenza che non occorre dilungarsi oltre. Basti solo ricordare – dal nostro limitato angolo visuale – la lungimirante impostazione di Livio Paladin, il quale sottolineava la duplice funzione dei limiti contenuti nell'art. 76 Cost.: contemporaneamente limiti al legislatore delegante e «garanzie dal rischio di una abdicazione del legislativo a favore dell'esecutivo»⁴⁵.

Valutare l'entità del rischio di tale “abdicazione”, insito nei procedimenti ora ricordati, richiederà di procedere per gradi: per avviare questa

⁴⁴ Così, solo per rimanere all'Esecutivo in carica, il procedimento di conversione del decreto legge n. 90 del 2014, recante “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari” (cd. “decreto Madia”), ove il Governo ha proposto al Senato un maxi-emendamento interamente sostitutivo dell'articolo unico del disegno di legge ed ha su di esso posto la questione di fiducia; la riforma della giustizia civile, ottenuta convertendo in legge il decreto n. 132 del 2014, sul quale al Senato è stato presentato un maxi-emendamento interamente sostitutivo del disegno di legge n. 1612 di conversione la cui votazione è stata vincolata dalla questione di fiducia, mentre alla Camera è stata posta la questione di fiducia sull'approvazione, senza emendamenti ed articoli aggiunti, di un articolo unico del disegno di legge di conversione identico a quello del Senato. Ma v. anche il procedimento con cui sono stati adottati il cd. “Sblocca Italia”, il provvedimento di conversione del “decreto competitività” o il cd. “Milleproroghe”.

⁴⁵ Così, L. PALADIN, *Decreto legislativo*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino 1960, 297.

analisi si verificherà dapprima, nello specifico, la compatibilità della questione di fiducia e dei maxi-emendamenti con le leggi di delega⁴⁶; in secondo luogo, più in generale, si verificherà se sia lecito utilizzare questi strumenti nella disciplina delle materie coperte dalla riserva di Assemblea⁴⁷; infine, si valuteranno i possibili rimedi al perpetuarsi di questi percorsi⁴⁸, consci che alla gravità dei rischi rilevati non appaiono corrispondere strumenti altrettanto netti di contrasto: la possibilità di un sindacato costituzionale incontra numerosi ostacoli, vuoi nel *self restraint* che la Corte deve all'autonomia «guarentigiata» delle Camere, vuoi nei numerosi silenzi che la Costituzione ha dedicato ad alcuni degli istituti coinvolti, lasciando che essi trovassero disciplina nelle prassi e nei regolamenti parlamentari, come di qui a breve si vedrà.

3. *L'incompatibilità fra questione di fiducia e legge di delega*

Uno sguardo complessivo alle prassi riportate non può non sollecitare, in primissima battuta, una riflessione critica sulla compatibilità fra legge di delega e questione di fiducia. Questione che, per poter essere avvicinata, richiede un, sia pur rapidissimo, *excursus* sulla questione di fiducia nel nostro ordinamento, al fine di mettere in luce alcuni punti indispensabili all'analisi.

Com'è noto, la questione di fiducia non trova alcuna disciplina nella nostra Costituzione, la quale, all'art. 94, si limita a disciplinare la mozione di fiducia e la mozione di sfiducia. Le ragioni di questo silenzio sono state interpretate in maniera discordante dalla dottrina, ritenendo taluni di dovervi ravvisare un divieto di utilizzo della questione di fiducia nel nostro ordinamento⁴⁹; altri una mera mancata previsione, facoltiz-

⁴⁶ *Infra*, parr. 3 ss.

⁴⁷ *Infra*, par. 4.

⁴⁸ *Infra*, par. 5.

⁴⁹ Così, fra gli altri, A. DE VALLES, *Limiti che pone la questione di fiducia da parte del Governo*, in *Riv. Amm. Rep. it.*, 1954, 614 ss.; F. CARBONE, *Le guarentigie dell'esecutivo*, in AA.VV., *Studi sulla Costituzione*, III, Milano 1958, 276; P.G. GRASSO, *Note in tema di dimissioni del Governo*, in *Giur. cost.*, 1979, 163, che parla dell'art. 94 come di una «norma di chiusura».

⁵⁰ V., fra gli altri, E. SALIS, *Rapporto fiduciario fra Governo e Camere nel regime parlamentare*, in *Studi economico-giuridici della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, Padova 1953, 206 ss.; P. VIRGA, *La crisi e le dimissioni del Gabinetto*, Milano 1948, 25; A. GIANNINI, *Sul voto di fiducia*, in *Riv. Amm. Rep. it.*, 1954, 383; A. MANNINO,

zante⁵⁰; altri, in maniera ancor più netta, una implicita ammissione da parte dei Costituenti, che ne hanno però affidato la disciplina concreta alla prassi e ai regolamenti parlamentari⁵¹.

La prima tesi, che intende l'art. 94 Cost. come norma a fattispecie chiusa, poggia sull'idea che la disposizione costituzionale abbia inteso regolamentare e "razionalizzare" il rapporto di fiducia in maniera minuziosa, richiedendo che esso investa sempre l'interezza del rapporto fiduciario (mediante mozione) e non già una singola porzione delle dinamiche di questa relazione (mediante questione), ritenendo che in materia sia richiesta una regolazione esplicita e completa. «È negato, quindi, che un qualsiasi altro atto o procedimento possa reputarsi alternativo, equivalente o sostitutivo nel produrre gli stessi effetti giuridici: di dar sanzione ufficiale della "sfiducia" e determinare il conseguente obbligo di dimissioni del Governo»⁵². Tale impostazione assume che la Costituente abbia voluto segnare una cesura con l'ordinamento retto dallo Statuto albertino, ove si ammetteva la proponibilità della questione di fiducia, e abbia scelto di non includerla fra le opzioni costituzionalmente ammissibili, onde evitare uno sbilanciamento dei rapporti fra Parlamento e Governo in favore di quest'ultimo⁵³. All'interno di questo filone dottrinale non mancano però posizioni intermedie che, pur rinvenendo nel silenzio costituzionale l'impossibilità di connettere conseguenze giuridiche in capo alla que-

Indirizzo politico e fiducia nei rapporti fra Governo e Parlamento, Milano 1973, 308 ss., il quale però contemporaneamente rileva (309) «l'errore commesso dal costituente nel trascurare di disciplinare un istituto di estrema rilevanza non solo nei rapporti tra governo e parlamento, ma di riflesso anche in quelli intercorrenti tra maggioranza ed opposizione».

⁵¹ G. AMATO, *Intervento*, in AA.VV., *L'indirizzo politico nel nuovo Regolamento della Camera dei Deputati*, Seminario di Cagliari, 1-2 aprile 1971, Milano 1973, 84 s.; A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, 1970, *passim* e spec. 262 e 279; M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano 1996, *passim* e spec. 158 ss.; V. LIPPOLIS, *Le procedure parlamentari nel rapporto fiduciario*, in T. MARTINES, C. DE CARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Rimini 1992, 292 s. Differente è la posizione di T. MARTINES, *Regolamenti parlamentari e attuazione della Costituzione*, in *St. parl. e di pol. cost.*, 1971, n. 13, 15 s., che ritiene erroneo il riferimento all'art. 94 Cost., rinvenendo il fondamento costituzionale della questione di fiducia nell'art. 95 Cost.

⁵² In questi termini, P.G. GRASSO, *Note*, cit., 163.

⁵³ A. DE VALLES, *Op. cit.*, 616 s., il quale ricorda che in sede costituente furono presi in considerazione i modelli stranieri (in particolare la Costituzione francese) che contemplavano la questione di fiducia, ma si preferì confermare il modello adottato nella legge provvisoria, per cui il Governo non avrebbe potuto esercitare pressioni sull'Assemblea parlamentare.

stione di fiducia, ammettono la possibilità di utilizzare politicamente questo strumento e di far conseguire alla dichiarazione governativa, sempre sul piano politico ed in caso di esito negativo, le dimissioni⁵⁴.

Si è trattato senz'altro di tesi minoritarie, che non hanno incontrato né il consenso dottrinale né, com'è evidente, riscontro nella prassi parlamentare e nell'attuazione regolamentare. Si sa, infatti, che nella prassi il problema è stato posto molto presto all'attenzione delle Camere, le quali hanno subito sciolto positivamente il quesito sulla compatibilità dell'istituto con la forma di governo costituzionalmente determinata⁵⁵. Già all'inizio degli anni '50 si è posto il problema alle Camere, quando per primo il Presidente del Consiglio Alcide De Gasperi decise di porre la questione di fiducia su un ordine del giorno e la maggioranza dei parlamentari risultò d'accordo nell'offrire una risposta positiva⁵⁶. Può essere di qualche interesse segnalare inoltre, nell'economia del presente contributo⁵⁷, che è da subito invalsa la prassi di porre la questione di fiducia anche nell'ambito di disegni di legge per cui l'art. 72, comma 4, dispone la riserva di Assemblea: il 14 gennaio 1953 il VII Governo De Gasperi ha posto una cruciale questione di fiducia sull'approvazione di una parte dell'articolo unico del d.d.l. C.2971, riguardante la materia elettorale, e, nell'ambito della discussione, sono state affrontate alcune questioni cruciali relative alle regole da seguirsi in seguito all'apposizione della stessa⁵⁸. Ancora sulla legge elettorale verteva un'altra cruciale questione di fiducia, posta il 14 marzo 1956, nell'ambito della quale sono stati affrontati altri nodi procedurali fondamentali⁵⁹.

⁵⁴ Cfr. F. COLONNA, *La «fiducia» e il voto per appello nominale*, in *Dem. Dir.*, 1966, 433 ss.: «[il Governo] non chiede la fiducia; ce l'ha già; il voto contrario delle Camere non può significare revoca della fiducia perché costituzionalmente (art. 94) non comporta obbligo di dimissioni. In conclusione il governo assume un *impegno che può essere considerato solo politico e non giuridico a dimettersi*».

⁵⁵ Cfr. le discussioni parlamentari riportate in M. OLIVETTI, *La questione di fiducia*, cit., 207 ss.

⁵⁶ Cfr. Laconi, A.P., Camera, I legisl., 6.3.1951, 26805; Togliatti, *ibid.*; contra, Leone Marchesano, *ivi*, 26796; Roberti, *ibid.*

⁵⁷ E soprattutto per quanto si approfondirà *infra*, al par. 4.

⁵⁸ L'episodio è riportato criticamente da A. DE VALLES, *Limiti che pone la questione di fiducia*, cit., 614, il quale contesta l'argomento comparatistico allora addotto da Alcide De Gasperi a sostegno della questione di fiducia. Il caso è stato approfonditamente analizzato da molti; cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, M. OLIVETTI, *La questione di fiducia*, cit., 153 ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti*, cit., 87 ss.

⁵⁹ Cfr. L. ELIA, sez. *Documentazione e cronaca costituzionale, Parlamento*, in *Giur. cost.*, 1956, 215 s.

Al di là del dato della prassi, che nulla è in grado di dire circa la compatibilità della medesima con la Costituzione⁶⁰, quel che interessa rilevare è che anche in dottrina è stato da sempre predominante l'indirizzo per cui la razionalizzazione del rapporto di fiducia – operata dall'art. 94 Cost. dal solo versante parlamentare – non pretenda di essere esaustiva, ma lasci ulteriori ipotesi nella disponibilità del Parlamento e del Governo. Secondo tale impostazione, il carattere bilaterale del rapporto di fiducia impone che la razionalizzazione operata dalla Costituzione – preoccupata principalmente di assicurare alle Camere che la pienezza dei poteri governativi e la permanenza in carica dell'Esecutivo sia subordinata al loro voto – venga dall'altro versante compensata da strumenti di garanzia della possibilità per il Governo di svolgere effettivamente la propria funzione di direzione dell'indirizzo politico⁶¹. Si renderebbe infatti indispensabile garantire non solo le attribuzioni parlamentari, ma anche quelle che la Costituzione affida al Governo e che rischiano di venire vanificate in caso di esercizio incontrollato (e incontrollabile) degli strumenti dell'ostruzionismo parlamentare.

A sostegno di questa seconda tesi vale l'argomento che i silenzi costituzionali non possono ritenersi *sic et simpliciter* divieti⁶², dal momento

⁶⁰ Per una impostazione differente, v. però A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia*, cit., 252, il quale, per la verità, ritiene tale prassi fosse divenuta consuetudine costituzionale, con G. BOCCACCINI, *La questione di fiducia*, Milano 1974, 28; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, tomo I, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova 1993, 184, il quale, collocandola fra le prassi "discontinue", ne afferma il mero carattere facoltizzante.

⁶¹ Valorizzano la bilateralità del rapporto di fiducia a questi fini G. ZAGREBELSKY, *La formazione del Governo nelle prime quattro legislature repubblicane*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 843 s.; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano 1973, 300; G. RIZZA, *Questione di fiducia, regolamenti parlamentari e attribuzioni dell'esecutivo*, in *Dir. soc.*, 1981, 150. Critico nei confronti della razionalizzazione "zoppa", perché non contemplante rimedi contro l'instabilità ministeriale sul versante governativo, S. GALEOTTI, *Un governo scelto dal popolo. "Il Governo di legislatura". Contributo per una "grande riforma" istituzionale*, Milano 1984, 18.

⁶² Sulla norma generale inclusivo-integrativa che guida nel nostro ordinamento la soluzione dei problemi di lacuna normativa (questione sulla quale evidentemente non ci si può qui soffermare), v. F. MODUGNO, *La completezza*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto oggettivo*, Torino 1998, 97 ss.; ID., *Ordinamento, diritto, Stato*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino 2012, 34 ss.; per uno studio del problema con specifico riferimento ai silenzi costituzionali, v. Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 267 ss., il quale intende la lacuna dell'art. 94 Cost. sulla questione di fiducia legittimamente colmabile (p. 296) da una consuetudine (così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., 184; S. MERLINI, *Il Governo*, in G.

che la Costituzione si occupa solo di porre norme e principi fondanti, che richiedono di essere integrati ed attuati nel corso del tempo⁶³.

D'altra parte, però, è proprio l'assenza di un'esplicita disciplina costituzionale ad imporre estrema cautela nell'operazione di "riempimento" del "silenzio", ricordando che il disegno costituzionale, pur non riguardando espressamente la questione di fiducia, non per ciò debba ritenersi privo di indicazioni al riguardo: vi sono, da una parte, le sopra ricordate direttive costituzionali circa gli equilibri fra Parlamento e Governo nell'esercizio della funzione normativa e, più in generale, circa il rispetto delle sfere di autonomia assegnate dalla Carta fondamentale⁶⁴; dall'altro lato, disposizioni di maggior dettaglio che costruiscono una cornice nell'ambito della quale occorre inscrivere la questione di fiducia. Queste indicazioni delineano la necessità di procedere ad una doppia verifica di compatibilità della questione di fiducia con il quadro costituzionale: una prima, da svolgersi sul piano sistemico, relativa all'inquadramento dell'istituto nell'ambito della forma di governo ed al rispetto delle autonomie costituzionali; una seconda, dipendente dalla soluzione positiva del primo quesito, da svolgersi sul piano concreto, relativamente all'attuazione ed alla disciplina concreta dell'istituto, agli effetti ad esso collegati nello specifico dai regolamenti e dalle prassi parlamentari.

3.1. I limiti ricavabili dalla Costituzione e i problemi di costituzionalità della disciplina positiva della questione di fiducia

Si è già fatto cenno sopra alla circostanza che, nella trama generale degli equilibri istituzionali e nella scelta di "costituzionalizzare" i soli strumenti posti nelle mani del Parlamento, si può rinvenire l'esplicitazione di un carattere secondario del loro corrispettivo governativo; carattere che, se pure non deve intendersi come un divieto, ne impone quantomeno un uso limitato, rigidamente rispettoso delle competenze parla-

AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, II, *L'organizzazione costituzionale*, Bologna 1984, 203), da convenzioni (così G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, 77 ss.) o dalla prassi (così T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, VIII, Milano 1994, 394).

⁶³ Sia consentito far rinvio su questo punto, che non è questa la sede per esplicitare, a T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli 2014, 11 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶⁴ V. *supra*, par. 1.

mentari e dei conseguenti limiti. Dalla scelta di non dare dignità costituzionale alla questione di fiducia, insomma, può desumersi la necessità di fare ricorso ad essa solo come *extrema ratio*, rimanendo prioritaria l'attività di mediazione e ricerca di sintesi politica da parte della maggioranza, sia nel confronto con i gruppi di minoranza, sia all'interno del proprio gruppo⁶⁵. Già questa, evidentemente, è un'indicazione costituzionale che non trova riscontro nella prassi, ma il cui rispetto si rivela particolarmente delicato accertare se solo si considera l'elevatissimo tasso di discrezionalità politica inerente alla decisione su cosa sia indispensabile per l'attuazione del programma di governo e alla valutazione sull'aver percorso o meno ogni via di mediazione che avrebbe consentito di evitare di porre la questione.

Ma ulteriori indicazioni costituzionali di natura generale e sistemica possono rinvenirsi altresì nelle sfere di autonomia che la Costituzione riserva agli organi costituzionali, il cui ossequio impone che la questione di fiducia non possa essere posta su tutta una serie di atti che di quelle autonomie sono espressione e che sono chiamati a presidiare. E così, la dottrina ha sostenuto che la questione di fiducia non possa vertere sui regolamenti parlamentari, le pregiudiziali di costituzionalità dei decreti legge, le proposte di inchiesta parlamentare, le leggi che disciplinano la posizione giuridica di altri organi costituzionali (Corte costituzionale e Presidente della Repubblica) nonché «tutte quelle competenze parlamentari le quali, pur essendo esercitate con deliberazioni adottate a maggioranza semplice, presuppongono – per le finalità cui sono dirette – una valutazione parlamentare svincolata dalla strumentalità dell'attuazione dell'indirizzo politico canonizzato nella relazione fiduciaria»⁶⁶; altri ancora hanno esteso questa esclusione a tutta l'attività parlamentare di controllo⁶⁷, pur mantenendo sempre una posizione dubitativa circa l'utilizzabilità in sede di delegazione legislativa. L'art. 116, comma 4, del Regolamento della Camera dei deputati ha a tal proposito disposto che «la questione di fiducia non può essere posta su proposte di inchieste parla-

⁶⁵ Si v. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di Governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Milano 1975, 234; A. D'ANDREA, *Accordi di Governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*, Torino 1991, 228, quest'ultimo guardando specialmente ai rischi che il Governo stesso corre nell'eccessivo ricorso alla questione di fiducia.

⁶⁶ M. OLIVETTI, *La questione di fiducia*, cit., 182, ma v. pure A. MANZELLA, *Note sulle questioni di fiducia*, cit., 302 ss.

⁶⁷ Cfr. C. CHIMENTI, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano 1974, 162.

mentari, modificazioni del Regolamento e relative interpretazioni o richiami, autorizzazioni a procedere e verifica delle elezioni, nomine, fatti personali, sanzioni disciplinari ed in generale su quanto attenga alle condizioni di funzionamento interno della Camera e su tutti quegli argomenti per i quali il Regolamento prescrive votazioni per alzata di mano o per scrutinio segreto» e l'art. 161 del reg. Senato ha disposto che il Governo non può porre la questione «sulle proposte di modificazione del Regolamento ed in generale su quanto attenga alle condizioni di funzionamento interno del Senato», dimostrando così di accogliere il principio di fondo, ma contenendo l'ampiezza delle limitazioni proposte in dottrina.

Venendo, infine, ai limiti ricavabili dalle indicazioni costituzionali di maggior dettaglio, assumono rilievo, innanzitutto, le regole di cui all'art. 94 Cost. riferite ai voti fiduciari, contenenti, secondo taluni, principi estensibili anche alla questione di fiducia. In particolare, parte della dottrina ha ritenuto estensibili a quest'ultima il regime del voto palese⁶⁸ ed il regime della motivazione⁶⁹, ma non il regime della dilazione dei termini⁷⁰, né il regime della mozione⁷¹. In secondo luogo, occorre tenere in considerazione le disposizioni minime in tema di procedimento legislativo contenute nell'art. 72 Cost., le quali impongono che i disegni di legge, nell'*iter* ordinario di formazione (imposto in caso di delegazione legislativa), vengano esaminati in Commissione in sede referente e deliberati dall'Assemblea articolo per articolo e nella votazione finale. La verifica della compatibilità della questione di fiducia con queste indicazioni di dettaglio non si muove più dunque sul piano "astratto" o "sistemico", come le precedenti, ma dipende dalle modalità *concrete* nelle quali la questione di fiducia si atteggia e dalle conseguenze che l'ordinamento riconnette alla sua posizione.

⁶⁸ M. OLIVETTI, *La questione di fiducia*, cit., 181.

⁶⁹ La ritiene indispensabile, condivisibilmente, A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia*, cit., 286 ss. Conf. A. GIANNINI, *Sul voto di fiducia*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1954, 383; M. GALIZIA, *Crisi di gabinetto*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 380. Non essendo stata richiesta dai regolamenti parlamentari, non è dato riscontrare una prassi conforme a questa tesi, ma alcune proposte dottrinali volte a contenere gli abusi della questione di fiducia sostengono ancora l'opportunità di inserire l'obbligo di motivazione nei regolamenti parlamentari (cfr. C.F. FERRAJOLI, *L'abuso della questione di fiducia*, cit., 588 ss.).

⁷⁰ Limitato alla mozione di sfiducia perché legato alle peculiari esigenze di tutelare il governo da "assalti alla diligenza".

⁷¹ Che costituirebbe una forzatura del Governo sul Parlamento. Così, A. MANZELLA, *Op. cit.*, 288; *Contra*, F. COLONNA, *La «fiducia»*, cit., 433 ss.

Pertanto l'ammissione in linea generale della compatibilità dell'istituto con la nostra forma di governo non esclude che possano «avanzarsi dubbi sulla congruità costituzionale di certe conseguenze procedurali che la prassi – ma ora anche il regolamento della Camera (...), all'art. 116 – fa discendere dalla posizione della questione di fiducia»⁷².

Tali conseguenze consistono: nella priorità della votazione accordata al suo oggetto rispetto agli altri punti all'ordine del giorno della Camera; nell'indivisibilità dell'oggetto; nella assoluta inemendabilità e nel voto per appello nominale⁷³. Si tratta di conseguenze modellate intorno alla – ed in funzione della – *ratio* giustificatrice dell'introduzione della questione di fiducia nel nostro ordinamento: la regola della priorità trova spiegazione nell'assunto, invalso già nella prassi precedente alla positivizzazione di tali regole, secondo cui non avrebbe senso procedere alla discussione e deliberazione di leggi quando è pendente la questione della persistenza in carica del soggetto che dovrà poi darvi esecuzione⁷⁴; l'indivisibilità e l'inemendabilità trovano spiegazione nella necessità di garantire la coincidenza del testo con quello ritenuto indispensabile dal Governo ai fini dell'attuazione del proprio programma politico; il voto nominale trova spiegazione nella necessità di trasparenza del processo decisionale e di assunzione di responsabilità politica dinnanzi al Governo ed ai cittadini circa una deliberazione dall'importanza cruciale per la vita delle istituzioni.

Se queste conseguenze procedurali sono, per così dire, consustanziali alla funzione svolta dalla questione di fiducia nel rapporto fra Parlamento e Governo, ciò non significa però che affermare l'ammissibilità "sistemica" della questione di fiducia debba tradursi necessariamente in un'accettazione acritica ed incondizionata di tali conseguenze. È possibile, infatti, operare delle distinzioni, sia in relazione al procedimento le-

⁷² In questi termini M. CORSO, *Conversione dei decreti-legge e modifiche regolamentari*, in *St. parl. e di pol. cost.*, 1981, n. 51, 31, nota 12. Nello stesso senso, v. anche A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia*, cit., 308.

⁷³ Manca al Senato una disciplina espressa delle conseguenze procedurali, ma un parere della Giunta per il regolamento, il 19 marzo 1984 si è occupato di svolgere una ricognizione. Le regole ivi individuate consistono, ancora una volta, nella priorità, inemendabilità ed indivisibilità dell'oggetto. Fra gli elementi di maggiore "agilità" del ricorso all'istituto in Senato spiccano la mancanza di un termine dilatorio (alla Camera di 24 ore, salvo diverso accordo fra i gruppi) per avviare la discussione e deliberare e la possibilità di apporre la questione anche sul voto finale del disegno di legge.

⁷⁴ Cfr. M. OLIVETTI, *La questione di fiducia*, cit., 218.

gislativo nel quale si innesta la questione di fiducia, sia in relazione alla concreta strumentalizzazione che di essa si fa nella prassi.

Circa il primo punto⁷⁵, un cruciale problema di compatibilità con la Costituzione della disciplina vigente della questione di fiducia è, agli occhi di chi scrive, la totale assenza di una valutazione casistica che consenta di modulare gli effetti della questione di fiducia a seconda del procedimento normativo nel quale si innesta, di esercitare i debiti *distinguo*, impedendone l'uso, ad esempio, in relazione a quei disegni di legge che richiedono una effettiva e sostanziale deliberazione parlamentare. Se pure possono ritenersi ammissibili, infatti, gli effetti procedurali contemplati dai regolamenti parlamentari nell'ambito di disegni di legge "comuni", ben diverse sono le considerazioni da farsi in merito ai disegni di legge per cui la Costituzione dispone la riserva di Assemblea (fra i quali è compreso il disegno di legge-delega)⁷⁶; diverse, ancora, sono le considerazioni che occorre svolgere con riguardo a quelle deliberazioni che implicano e richiedono la distinzione netta fra Governo e Parlamento, fra le quali sempre rientrano a pieno titolo quelle di delega legislativa. A questo ultimo riguardo le distorsioni del normale *iter legis* causate dall'apposizione della questione di fiducia non possono non evocare alla mente il fondamentale principio per cui «vanno considerate incostituzionali le delegazioni che il Governo disponga nei suoi confronti»⁷⁷.

È sulla base di questo principio che, ad esempio, l'art. 15 della L. n. 400 del 1988 ha vietato la possibilità di conferire deleghe legislative mediante decreto legge, seguendo la copiosa dottrina che sottolineava l'esigenza di distinguere nettamente il soggetto delegante dal delegato⁷⁸, «pena l'azzeramento della funzione di controllo del primo nei confronti del secondo»⁷⁹. Esigenza sottolineata sia avendo riguardo agli atti di

⁷⁵ Al secondo si dedicherà il paragrafo che segue.

⁷⁶ Su cui v. *infra*, par. 4.

⁷⁷ Così L. PALADIN, *Art. 76*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost.*, Bologna-Roma 1985, 6.

⁷⁸ Così, fra gli altri, E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova 1931, 132; L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 551; SCUDIERO, *Caratteri fondamentali della delegazione legislativa del parlamento*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Macerata*, vol. II, 1968, 19; A.A. CERVATI, *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 942 ss.; F. MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, Roma 1988, 11; R. TARCHI, *Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 961 ss.

⁷⁹ In questi termini, S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2007, 274, ma la dottrina a proposito è unanime. Si vedano, oltre agli Autori qui sopra citati, S. STA-

(auto-)delegazione *ex novo*, sia alle proroghe del termine di deleghe già stabilite in leggi formali, sia a modifiche dei principi e criteri direttivi: «se è vero, com'è vero, che altro è conferire e altra cosa è modificare i termini del conferimento, non mi pare che una simile *differentia* sia capace di separare i destini delle due ipotesi circa la loro conformità a Costituzione. Nel senso che, una volta che si affermi l'incompetenza *secundum Constitutionis* del decreto-legge ad attribuire al Governo la potestà di adottare decreti legislativi delegati – o, quantomeno, consentirne l'esercizio – compito cui solo può attendere la legge del Parlamento, allora risulta difficile ammettere che il Governo destinatario di una delega possa diversamente conformarla a suo piacimento»⁸⁰. Sennonché, nella prassi, non sono mancate ipotesi di «forte interrelazione» fra decretazione d'urgenza e delega legislativa⁸¹ che si sono sostanziate anche nella forma della proroga di delega legislativa o della modifica dei termini di precedente delega, che il Governo si è auto-concesse tramite decreto-legge⁸², senza che la giurisprudenza costituzionale intervenisse a sanzionare tali atti⁸³.

Molto discussa è stata altresì la problematica se in sede di conver-

IANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, cit., 38; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 101 s.; A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, *L'ordinazione in sistema*, Torino 1993, 338; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna 2003, 353.

⁸⁰ Così, P. CARNEVALE, *A proposito delle interferenze fra legislazione di delega e decretazione d'urgenza*, in *Giur. cost.*, 2002, 1637, ma sul punto vi è consenso in dottrina: v. L. PALADIN, *Art. 76*, cit., 6; R. TARCHI, *Incompetenza legislativa del Governo*, cit., 961 ss.; A. PACE, *Sull'uso «alternativo» del decreto legge, in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega*, in *Giur. cost.*, 1992, 1789; A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. I. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova 1997, 367 ss.; G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, cit. 120.

⁸¹ Così A. SIMONCINI, *Il rapporti tra delegazione legislativa e decretazione d'urgenza nella prassi più recente*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2001*, Torino 2002, 124, cui si rinvia anche per l'analisi dei relativi casi.

⁸² Cfr. il d.l. n. 202 del 1972, convertito in l. n. 321 del 1972 su cui v. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto legge*, cit., 369.

⁸³ Cfr. ord. n. 339 del 1987, che si esprimeva sul sopra richiamato caso del d.l. 202/1972, dichiarando la questione manifestamente infondata (a commento della decisione, v. R. TARCHI, *Incompetenza legislativa*, cit., 941 ss.). Diverso, quantomeno in un'occasione, l'esito del controllo presidenziale: si v. il rinvio operato dall'ex Presidente della Repubblica Ciampi su un disegno di conversione di un decreto legge in cui si riaprivano i termini di una delega già scaduta. A commento della vicenda, v. A. CELOTTO, *Un rinvio rigoroso ma...laconico. Linee-guida per una riflessione*, in *Rass. parl.*, 2002, 810 ss.; A. SIMONCINI, *Una nuova stagione per i controlli sulla decretazione d'urgenza?*, in *Quad. cost.*, 2002, 613 ss.; P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rass. parl.*, 2003, 385 ss.

sione di decreto-legge sia possibile inserire deleghe legislative⁸⁴. Il punto, che potrebbe apparire peregrino trattare in questa sede, ha invece una rilevanza nell'economia del nostro discorso, poiché per certi versi affine alle questioni che si tenta qui di affrontare, nella misura in cui investe procedure *parlamentari* che, per via delle alterazioni al normale corso del dibattito assembleare (*ratione temporis*), mettono a rischio il principio di libera manifestazione della volontà dei parlamentari in sede di delegazione legislativa. Questa, almeno, è stata la posizione sostenuta dal Comitato per la legislazione alla Camera, con il sostegno della dottrina⁸⁵,

⁸⁴ Su tale prassi, v. N. MACCABIANI, *La conversione dei decreti legge davanti alla Camera dei deputati. La prassi del Comitato per la legislazione*, Brescia 2001, 48 ss.; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano 2003, 406; N. LUPO, *Una delega legislativa può essere inserita nella conversione di un decreto legge?*, in *Iter legis*, 6/2003-1/2004, 43 ss.; D. TEGA, *Gli atti normativi primari del Governo nelle recenti tendenze*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna 2008, 133 ss.; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., 195; G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, cit., 116 ss.; E. ALBANESI, R. ZACCARIA, *La delegazione legislativa tra teoria e prassi*, ivi, 348. Cfr. anche il dossier di documentazione del Servizio studi della Camera, n. 108 del 26.03.2014 ("La decretazione d'urgenza") da quale emergono differenti prassi di inserimento di deleghe legislative nelle leggi di conversione fra i due rami del Parlamento: alla Camera dei deputati si valuta l'omogeneità ai fini del rispetto dell'articolo 15 della legge n. 400 del 1988, mentre al Senato è più agevole approdare alla votazione di emendamenti eterogenei e, dunque, anche di quelli volti ad inserire altrettanto eterogenee norme di delega.

⁸⁵ Per i casi in cui il Comitato per la legislazione ha avuto modo di esprimersi sul punto, si v. N. MACCABIANI, *La conversione dei decreti-legge*, cit., 20. Per alcuni contributi dottrinali in argomento, v. N. LUPO, *Una delega legislativa può essere inserita nella conversione di un decreto-legge?*, in *Iter legis*, 6/2003-1/2004, 43 ss. (con ulteriori riferimenti bibliografici); A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero sia di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010; G. SERGES, *La "tipizzazione" della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti ai regolamenti parlamentari*, in *Consultaonline*, 02.10.2012, 10: «la ristrettezza dei tempi di conversione imposta dalla Costituzione solo per la conversione, la circostanza che l'approvazione è rivolta almeno formalmente ad un articolo solo (quello nel quale si sostanzia il disegno di legge di conversione), l'alterazione, di fatto, del ruolo delle commissioni parlamentari, sovente emarginate quando il decreto attiene a materie diverse, l'ulteriore limitazione del dibattito e del contraddittorio dinanzi agli emendamenti proposti, lo squilibrio del tempo a disposizione di una Camera quando l'altra ha utilizzato una larga parte dei sessanta giorni, fanno di quel procedimento un meccanismo che si discosta non poco dalla ordinarietà cui si ispira la ratio dell'art. 72, comma quarto». Parte della dottrina ha ritenuto fuori fuoco la questione posta dal Comitato per la legislazione, sostenendo che la dualità nel rapporto di delegazione può considerarsi assicurata dalla sede (parlamentare) nell'ambito della quale si svolge l'inserimento della norma di delega, rinvenendo piuttosto problemi

pur non essendo mancata qualche opinione dissenziente⁸⁶. Diversa invece è stata la prassi parlamentare che, nella maggior parte dei casi, non ha dato seguito ai pareri del Comitato per la legislazione, con l'avallo della giurisprudenza costituzionale⁸⁷.

Il caso oggetto del presente studio non appare distante da quelli ora menzionati, poiché le conseguenze procedurali connesse alla questione di fiducia producono l'effetto di sovrapporre (se non talvolta di far coincidere totalmente⁸⁸) il soggetto delegante al soggetto delegato, espropriando il Parlamento del potere delegante e sostituendo ad esso quello del Governo, il quale sottopone o sostiene un progetto di delega e lo vincola al "ricatto" del voto positivo, senza possibilità di discussione o di modifica (sia pure parziale) dello stesso, pena l'apertura di una crisi di governo e la corresponsabilità per una eventuale conseguente necessità di scioglimento anticipato del Parlamento.

Certo, si può sempre sostenere⁸⁹ che le Camere, anche in caso di opposizione della questione di fiducia, rimangono libere di discutere, di votare diversamente e di far cadere il Governo, ma meno vero è che tale libertà sia piena, venendo in tal caso veicolata e ristretta la discussione e

di compatibilità con la prescrizione di procedimento ordinario per le deleghe legislative, ex art. 72, comma 4, Cost. Così, A. SIMONCINI, *Op. cit.*, 140 s.: «In base a questa ricostruzione, dunque, il divieto di disporre deleghe attraverso decreti-legge non opera come *limite di contenuto* nei confronti del Governo in sede di emanazione dei decreti-legge e configura, invece, un *limite procedurale* nei confronti del Parlamento in sede di conversione».

⁸⁶ Cfr. A. SIMONCINI, *Il rapporto tra delegazione legislativa e decretazione d'urgenza*, cit., 138 ss.

⁸⁷ Che ha ritenuto le deleghe «disposizioni del tutto autonome rispetto al decreto-legge e alla sua conversione» (sent. n. 63 del 1998, § 7.3. *Cons. dir.*). Si vedrà più avanti, però, che alcune indicazioni in senso differente possono cogliersi nelle pronunce nn. 22 del 2012 e 32 del 2014 (sulle quali si tornerà nei prossimi paragrafi), salvo fare qualche passo indietro con la sent. n. 237 del 2013 (su cui *infra*, par. 4) e con l'ord. n. 59 del 2014, ove si ammette l'inserimento di deleghe all'interno della legge di conversione, a condizione che sussista omogeneità di contenuto rispetto al decreto. Si v., a tale ultimo proposito, in senso critico, A. RUGGERI, *La impossibile "omogeneità" di decreti-legge e leggi di conversione, per effetto della immissione in queste ultime di norme di delega (a prima lettura di Corte cost. n. 237 del 2013)*, in *Forumcostituzionale.it*, 03.12.2013; A. LO CALZO, *La Corte torna sulla materia dei decreti legge dopo la "svolta" della sentenza n. 22/2012: alcune considerazioni sulla sentenza n. 237 del 2013*, in *Consultaonline*, 31.03.2014.

⁸⁸ È il caso, che si studierà a breve, della questione di fiducia apposta su maxi-emendamenti governativi.

⁸⁹ Come sembra sottintendere la Corte costituzionale, specialmente nella sent. n. 391 del 1995.

legato il voto parlamentare non più alla bontà della proposta normativa, ma a valutazioni politiche di più ampia e *diversa* portata.

Quel che, però, più conta qui (e che invece non viene in considerazione in quest'ultima prospettiva) è che la valutazione sull'*an* della delega, sull'estensione del suo oggetto, sui tempi e, non da ultimo, sui principi e criteri direttivi, non può essere svolta da altri che dai parlamentari, mentre la questione di fiducia impedisce un lavoro sul testo che possa condurre ad un loro pieno convincimento su tutti questi punti e ad una libera espressione del loro voto.

Tali valutazioni possono essere ritenute oramai condivise dalla dottrina maggioritaria, ma rischiano di incontrare il medesimo esito che nella prassi e nella giurisprudenza costituzionale hanno incontrato le questioni, per certi versi affini, poco sopra richiamate. Si tenterà più avanti di valutare qualche alternativa possibile, ma prima di arrivare a questo punto sarà bene completare il quadro dei problemi di costituzionalità riscontrabili nelle prassi in esame, per poter fornire una prospettiva completa delle questioni coinvolte.

3.2. *I problemi di conformità a Costituzione del ricorso alla questione di fiducia nella prassi*

Il diritto parlamentare, come è noto, costituisce un *unicum* nel panorama ordinamentale non solo per via della sua “guarentigiata autonomia”, ma anche per la sua peculiare flessibilità, dovuta in parte alla cedevolezza delle sue norme (giusta la regola del *nemine opponente*), in parte alla sua persistente attitudine a lasciarsi integrare e modellare dalla prassi, in relazione ai mutamenti di sistema (in particolare, per quanto qui ci riguarda, in relazione alle riforme dei regolamenti parlamentari nella parte dedicata al procedimento legislativo e alle riforme elettorali che mutano il rapporto fra maggioranza e minoranze all'interno del Parlamento)⁹⁰. Pertanto, nelle dinamiche parlamentari il diritto positivo costituisce solo una parte (talvolta minima) di ciò che occorre tenere in considerazione per svolgere una corretta e completa valutazione dei relativi istituti. Per verificare, quindi, la compatibilità concreta della questione di fiducia con i limiti costituzionali sopra evidenziati, occorre guardare anche all'evoluzione (altrettanto concreta) dell'istituto nel

⁹⁰ Cfr. G. PICCIRILLI, *I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario*, in *Quad. cost.*, 2008, 789 ss.; C.F. FERRAJOLI, *L'abuso della questione di fiducia*, cit., 588 ss.

corso delle legislature, nell'interazione con l'evoluzione di ulteriori istituti e dinamiche dei rapporti fra Parlamento e Governo.

A partire dagli – e per via degli – effetti normativamente riconosciuti all'apposizione della questione di fiducia è stato infatti avviato il suo più che noto uso strumentale da parte del Governo. Ci si riferisce, ovviamente, alla prassi della cosiddetta “fiducia tecnica”, volta esplicitamente ed *esclusivamente* ad ottenere gli effetti procedurali menzionati e non più a verificare la persistenza del sostegno parlamentare sull'attuazione del programma di governo⁹¹. Già questo primo allontanamento dell'istituto dalla *ratio* che ne aveva giustificato l'inserimento nelle dinamiche della relazione fiduciaria contemplata dalla nostra Costituzione pone serie problematiche di conformità dello stesso (nel suo concreto atteggiarsi) con il medesimo quadro costituzionale, perché se è vero che, nel silenzio della Carta fondamentale, si è sostenuta la compatibilità della questione di fiducia con la forma di governo parlamentare *in quanto* necessario strumento governativo di verifica della persistenza del rapporto bilaterale di fiducia, allora il venir meno di questa condizione, rendendo l'istituto qualcosa di differente, impone quantomeno di avviare *ex novo* la verifica⁹². Di più, se è vero che le conseguenze procedurali ricondotte dai regolamenti parlamentari all'apposizione della questione si modellano sulla *ratio* della verifica del persistente sostegno parlamentare, venuta meno quest'ultima esigenza, viene meno anche la giustificazione di siffatte, rilevantissime, limitazioni del dibattito.

⁹¹ Prassi avviata a partire dal noto caso del “decreto antiterrorismo” (d.l. n. 625 del 1979) nell'ambito della cui conversione l'allora Presidente del Consiglio Cossiga dichiarò espressamente che la questione di fiducia veniva posta al fine di evitare l'ostruzionismo prefigurato dalle minoranze parlamentari. Sull'episodio, per alcune valutazioni critiche e per ulteriori riferimenti bibliografici, v. P. ARMAROLI, *Ostruzionismo e questione di fiducia (a proposito del decreto antiterrorismo)*, in *Dir. soc.*, 1980, 571 ss.; S. TRAVERSA, *Questione di fiducia e ostruzionismo parlamentare*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 585 ss.; S. LABRIOLA, *Questione di fiducia e disegno di legge di conversione: note critiche*, *ivi*, 1379 ss.;

⁹² Cfr. C.F. FERRAJOLI, *L'abuso della questione di fiducia*, cit., 619, che contesta la persistenza del fondamento costituzionale dell'istituto della questione di fiducia nei casi in cui non venga utilizzato per verificare la persistenza del rapporto fiduciario. L'opinione dell'Autore è senza dubbio condivisibile, ma apre a problemi di sindacato di difficile soluzione e sui quali si dovrà tornare *infra* al par. 4. Occorre d'altra parte ricordare che vi è stato chi, non ammettendo la vincolatività giuridica della questione di fiducia, ne ammetteva all'inverso solo una vincolatività politica e limitatamente ai rapporti fra Governo e maggioranza, escludendo che potesse scaturire da essa un'alterazione del meccanismo dell'attività del Parlamento e una compressione della libertà di decisione dell'Assemblea. Così, F. COLONNA, *La «fiducia»*, cit., 436.

Qualche possibile conforto circa l'idea che queste riflessioni non sono peregrine può individuarsi nella sentenza n. 22 del 2012 della Corte costituzionale, la quale, come si accennava anche sopra, ha esteso il principio di omogeneità (che il decreto-legge è tenuto a rispettare per garantire l'integrale corrispondenza ai presupposti di straordinaria necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost., prima ancora che in ossequio all'art. 15 della l. n. 400 del 1988⁹³) alla legge di conversione⁹⁴. Gli innesti etero-

⁹³ Cfr. sentt. nn. 171 del 2007; 128 del 2008; 355 del 2010; 22 del 2012. Non essendo questa la sede per approfondire questo oramai dibattutissimo ed indagatissimo profilo, si fa rinvio, fra i moltissimi, agli studi di P. CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto legge* (sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008). Per un tentativo di lettura combinata, in *Forumcostituzionale.it*, 2008; Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge e le disposizioni "eccentriche" introdotte in sede di conversione*, in *Rass. Parl.*, 2011, 114; D. CHINNI, *Le "convergenze parallele" di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sulla limitata emendabilità della legge di conversione del decreto legge*, in *Giur. it.*, 2012, 2503 ss.; S.M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, *ivi*, 2492 ss.; R. DICKMANN, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto legge inserite con legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?* (Nota a Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22), in *Federalismi.it*, 2012, 6; G. SERGES, *La "tipizzazione" della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in *Giur. it.*, 2012, 2497 ss.; R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. cost.*, 2012, 288; A. RUGGERI, *La impossibile "omogeneità" di decreti-legge e leggi di conversione, per effetto della immissione in queste ultime di norme di delega (a prima lettura di Corte cost. n. 237 del 2013)*, in *Forumcostituzionale.it*, 03.12.2013; A. LO CALZO, *La Corte torna sulla materia dei decreti legge dopo la "svolta" della sentenza n. 22/2012: alcune considerazioni sulla sentenza n. 237/2013*, in *Consultaonline.it*, 31.03.2014.

⁹⁴ Sanzionando gli innesti eterogenei nella legge di conversione del cd. "decreto mil-leproroghe". A commento della pronuncia, sui profili di interesse per il presente contributo, v. C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto legge*, in *Rivistaaic*, 3/2012, 25.09.2012; S.M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto legge e della legge di conversione?*, in *Consultaonline*, 01.10.2012; D. CHINNI, *Le "convergenze parallele" di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, *cit.*; R. DICKMANN, *La Corte sanziona la "evidente estraneità"*, *cit.*; C. DOMENICALI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale sanziona «l'abuso dei mezzi di conversione»*, in *Quad. cost.*, 2012, 398 ss.; G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivistaaic*, n. 4/2012, 18.01.2013; G. SERGES, *La "tipizzazione" della legge di conversione*, *cit.*; M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Giur. cost.*, 2012, 292 ss.; V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come "male" da elusione delle fonti sulla produzione sul decreto legge*, in *Forumcostituzionale.it*; A. SPERTI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale «chiude il cerchio»*, in *Quad. cost.*, 2012, 395 ss.; R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, *cit.*, 283 ss. La vicenda aveva conosciuto anche un intervento presidenziale, sul quale si v. P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del presidente Napolitano in-*

genei, infatti, a detta della Corte, non meritano sanzione perché posti in violazione dei presupposti di necessità ed urgenza – ciò che si valuta nel controllo del decreto-legge e che non può traspirarsi *sic et simpliciter* alla legge di conversione⁹⁵ – quanto «per l'uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge». È dunque l'utilizzo strumentale, per fini diversi da quelli previsti in Costituzione per «una legge tipizzata e funzionalizzata» ad essere sanzionato, nell'idea che l'*iter* semplificato, caratterizzato dal rispetto di tempi particolarmente rapidi, si giustifichi «alla luce della sua natura di legge funzionalizzata alla stabilizzazione di un provvedimento avente forza di legge, emanato provvisoriamente dal Governo e valido per un lasso temporale breve e circoscritto»⁹⁶. Ove non si perseguano quei fini, dunque, cadono le ragioni giustificatrici delle specialità procedurali e, conseguentemente, si violano le norme con cui «la Costituzione italiana disciplina, nelle loro grandi linee, i diversi procedimenti legislativi e pone limiti e regole, da specificarsi nei regolamenti parlamentari. Il rispetto delle norme costituzionali, che dettano tali limiti e regole, è condizione di legittimità costituzionale degli atti approvati, come questa Corte ha già affermato a partire dalla sentenza n. 9 del 1959, nella quale ha stabilito la propria “competenza di controllare se il processo formativo di una legge si è compiuto in conformità alle norme con le quali la Costituzione direttamente regola tale procedimento”»⁹⁷.

Il punto è stato ulteriormente precisato nella sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale⁹⁸, ove si afferma: «dalla sua connotazione di legge a competenza tipica derivano i limiti alla emendabilità del decreto-legge. La legge di conversione non può, quindi, aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore, come del resto prescrivono anche i regolamenti parlamentari (art. 96-*bis* del Regolamento della Camera dei Deputati e art. 97 del

viata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe, in *Rivista*, n. 2/2011 19/04/2011; D. GALLIANI, *La sentenza n. 22 del 2012: il Capo dello Stato parla ai Presidenti delle Camere*, in *Quad. cost.*, 2012, 401 ss.

⁹⁵ Sul punto, v. P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione*, cit., 408 ss. e 418 ss.

⁹⁶ § 4.1. *Cons. dir.*

⁹⁷ § 4.2. *Cons. dir.*

⁹⁸ Sulla quale v. il fascicolo monografico del Focus *Fonti del diritto*, in *Federalismi.it*, n. 1 dell'11.07.2014, e, con particolare riferimento ai profili di presente interesse, E. FRONTONI, *Sono ancora legittime le disposizioni di delega inserite in sede di conversione?*, *ivi*.

Regolamento del Senato della Repubblica, come interpretato dalla Giunta per il regolamento con il parere dell'8 novembre 1984). Diversamente, l'*iter* semplificato potrebbe essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare. Pertanto, l'inclusione di emendamenti e articoli aggiuntivi che non siano attinenti alla materia oggetto del decreto-legge, o alle finalità di quest'ultimo, determina un vizio della legge di conversione *in parte qua*⁹⁹.

Non v'è chi non colga il parallelo con quanto si sta tentando qui di dimostrare con riguardo al corretto uso della questione di fiducia e delle conseguenze procedurali ad essa attribuite: in tanto quelle conseguenze possono ritenersi ammissibili in quanto siano legate al fine cui il quadro costituzionale le riconnette (quello della verifica della persistenza del rapporto fiduciario). In mancanza di questa corrispondenza, si assiste ad una violazione delle regole *costituzionali* sul procedimento legislativo; violazione sanzionabile, dunque, dalla Corte costituzionale.

Si tratta, ancora una volta, di un *distinguo* molto difficile da operare, perché la valutazione circa la necessità di approvazione di un disegno normativo per l'attuazione del programma di governo è sicuramente caratterizzata da altissima discrezionalità e mal si presta ad un sindacato esterno. Tuttavia tale impostazione consente di aprire alcune brecce nel *self restraint* che ha dominato la giurisprudenza costituzionale in tema di procedimento legislativo.

Prima di affrontare quest'ultimo punto si vuole però rendere conto di alcuni ulteriori profili di criticità delle prassi in atto e, per poter far ciò, si deve ricordare che questo primo allontanamento dell'istituto dal modello astratto (sostanziatosi nella cd. "fiducia tecnica") ha prodotto ulteriori conseguenze, altrettanto problematiche: per ovviare al ricordato uso distorsivo della questione di fiducia sono state infatti apprestate alcune modifiche regolamentari, la cui limitatezza ed incapacità di rispondere al prospettato fine si sono subito palesate. In primo luogo, si è trattato di modifiche che hanno avuto luogo esclusivamente alla Camera¹⁰⁰, dando

⁹⁹ § 4.1. *Cons. dir.*

¹⁰⁰ Solo alla Camera dei Deputati e non al Senato della Repubblica è stato previsto un intervallo di almeno 24 ore fra la posizione della questione e la relativa votazione (salvo che i gruppi non si accordino diversamente); solo alla Camera è stata esclusa la votazione finale nel caso in cui la fiducia venga posta su un progetto di legge che consista in un solo articolo; solo alla Camera è stata assicurata una discussione e l'eventuale votazione degli ordini del giorno presentati prima dell'apposizione della questione di fiducia;

così vita ad un regime procedurale facilmente eludibile tramite la proposizione della questione in prima battuta al Senato e solo in seconda battuta alla Camera, su un testo già bloccato e riscritto¹⁰¹.

Anche altre modifiche ai regolamenti parlamentari degli anni 1997-1998, volte ad eliminare i problemi procedurali che avevano suggerito agli esecutivi di fare ricorso alla questione di fiducia per aggirare le lunghezze procedimentali e l'uso degli emendamenti a fini ostruzionistici, non sono riuscite a diradare l'uso dell'istituto. A nulla sono servite, in tal senso, le previsioni di forte contingentamento dei tempi, i limiti all'ammissibilità degli emendamenti e le tecniche di voto volte a snellirne notevolmente l'impatto sui tempi, né l'introduzione diffusa del voto palese. Ciò perché, a partire dall'avvento del maggioritario, la questione di fiducia ha conosciuto un'ulteriore utilizzazione strumentale, volta non solo o non più ad eludere o impedire le tattiche ostruzionistiche della minoranza, ma anche – sempre più – al fine di compattare la maggioranza stessa e di superare i dissensi esistenti al suo interno¹⁰².

solo alla Camera, infine, è stato previsto un controllo presidenziale di ammissibilità dei maxi-emendamenti sui quali il Governo voglia apporre la questione di fiducia, vaglio che può risolversi in un veto inappellabile del Presidente dell'Assemblea. Chiamato a verificare la possibilità di estendere tale controllo al Senato, l'ex Presidente del Senato Pera ha negato di poter incidere in alcun modo sulla scelta governativa di porre la questione di fiducia (cfr. A.S., XIV Legislatura, res. sten., 2 febbraio 2006), confermando così un risalente parere della Giunta per il regolamento del Senato del 19 marzo 1984 secondo cui «la fiducia prevale sulle disposizioni regolamentari che disciplinano l'ordinario procedimento legislativo».

¹⁰¹ Come è dimostrato dalle prassi riportate al par. 2, che non a caso hanno preso le mosse dal Senato, per poi approdare alla Camera dei Deputati in un testo sostanzialmente già alterato ed intaccato dalle procedure menzionate. Di qui, anche a sostegno delle esigenze di natura generale e costituzionale che avevano suggerito le modifiche regolamentari, l'appello della dottrina, purtroppo inascoltato, ad uniformare i regimi di Camera e Senato (cfr. N. LUPO, *Per l'armonizzazione delle regole di Camera e Senato*, in A. MANZELLA, F. BASSANINI (a cura di), *Per far funzionare il Parlamento. Quarantaquattro modeste proposte*, Bologna 2007, 53 ss.).

¹⁰² Per la verità, già nel 1966 in dottrina non sono mancati osservatori critici di questa strumentalizzazione. Cfr. F. COLONNA, *La «fiducia»*, cit., 430, il quale registra come, già nella «primissima» repubblica la questione di fiducia venisse utilizzata anche al fine di «creare non una maggioranza *parlamentare* che sostenga il governo, autonoma ed indipendente nelle sue azioni, ma una maggioranza *governativa* strettamente legata al governo ed assolutamente dipendente da esso» (*Op. ult. cit.*, 431), ma le preoccupazioni della dottrina in tal senso permangono inalterate nel corso degli anni, tanto da poter essere riproposte negli stessi toni anche recentissimamente (v. A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro*, cit.). Anzi, si tratta senz'altro di fenomeno esploso con l'avvento del maggioritario e, ancor più, con la legge elettorale che ha incentivato alla formazione

Lo spostamento di fuoco così prodotto ha alterato sostanzialmente i termini del rapporto di cui si tenta qui di verificare la compatibilità con la Costituzione. Ben altra forza e valenza assume il “ricatto” della crisi di governo, infatti, nei confronti degli esponenti di quella medesima maggioranza che vi siede, piuttosto che nei confronti delle minoranze parlamentari: queste ultime sono chiamate dalla questione di fiducia a rispondere solo della destabilizzazione istituzionale e politica che conseguirebbe al voto negativo, la prima invece è chiamata a rispondere anche del proprio “suicidio”, oltre che delle responsabilità assunte in sede di partito o di coalizione. Non può, allora, non considerarsi come ciò allontani ancora l’istituto dalla *ratio* giustificatrice della sua introduzione all’interno del nostro ordinamento e come ciò apra ad ulteriori e ancora diverse problematiche di compatibilità dello stesso con l’assetto costituzionale¹⁰³.

Dinnanzi ad alterazioni procedimentali e funzionalizzazioni di questo tenore, evidente è il totale dominio governativo della discussione (parlamentare e non) conseguente all’apposizione della fiducia, nonché la decisiva influenza del Governo sulla votazione, ottenuta facendo dipendere da essa ulteriori e ben più forti effetti di quelli cui sono normalmente – *costituzionalmente* – collegate le deliberazioni parlamentari (per le quali, non a caso, l’art. 94 Cost. dispone che «il voto contrario di una o d’entrambe le Camere su una proposta del Governo non importa obbligo di dimissioni»). Maggiore diviene la capacità incisiva del Governo, maggiore diviene il suo controllo del procedimento parlamentare tramite l’apposizione della questione di fiducia, più grande e invalicabile diviene il problema della sua sovrapposizione al Parlamento. Nell’ambito del procedimento di delega legislativa tutto ciò acquisisce un rilievo peculiare, poiché diviene *evidente*¹⁰⁴ come questa sovrapposizione (sempre più totale) strida con l’art. 76 Cost.

di coalizioni meramente “elettorali” e non sorrette da una forte e stabile piattaforma politica (cfr. G. PICCIRILLI, *I paradossi*, cit.).

¹⁰³ Occorre ricordare, però, che vi è chi, nella valutazione delle alterazioni dell’istituto nella prassi più recente, ritiene che l’uso della questione al fine di impegnare la maggioranza a prendere posizione chiara sia legittimo, pur essendo critico verso l’uso strumentale della questione di fiducia al fine di blindare la discussione parlamentare: cfr., oltre agli Autori riportati in nota 65, M. VILLONE, *Art. 94*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1994, 297 ss.

¹⁰⁴ L’uso del termine non è casuale, e meriterà di ricordarlo quando si tenterà di mettere insieme queste suggestioni, per dimostrare la possibilità per la Corte costituzionale di sindacare e sanzionare l’uso della questione di fiducia in sede di delega legislativa.

Per di più, in questo quadro di progressiva emersione dell'evidenza della torsione ordinamentale operata dai recenti procedimenti di delega, si è innestata un'ulteriore prassi, cui merita di essere dedicato uno spazio di analisi autonomo poiché in grado di chiudere il cerchio del controllo governativo sulla deliberazione parlamentare, rendendo inoppugnabile la conseguente sostanziale auto-delegazione compiuta dal Governo "in" Parlamento.

3.3. (segue): maxi-emendamenti, questione di fiducia e delega legislativa: ulteriori profili di incostituzionalità

Se già tutto quanto sin qui rilevato potrebbe ritenersi sufficiente per sollecitare interventi volti a sanzionare la prassi dell'uso della questione di fiducia in sede di delega legislativa, oltre che rimedi sistemici volti a disincentivarne un utilizzo distorsivo, si tratta però soltanto dell'avvio di una riflessione sugli effetti che la combinazione di questi due istituti comporta sugli equilibri fra Camere e Governo. Su questa combinazione infatti, lo si vedeva ripercorrendo le prassi recenti di delegazione legislativa, si è operato un ulteriore innesto: quello di porre la questione di fiducia in relazione non già ad articoli o frammenti di articolo del disegno di legge di delega, ma a maxi-emendamenti di iniziativa governativa interamente sostitutivi del testo medesimo. Innesto che il Governo compie giovandosi del regime derogatorio che consente all'esecutivo di presentare emendamenti "di chiusura" (e non più discutibili, se connessi alla questione di fiducia): mentre l'art. 86, comma 1, Reg. Camera e 100, comma 3, Reg. Senato, fissano in linea generale il termine di presentazione degli emendamenti nel giorno antecedente alla seduta nella quale avrà inizio la discussione, i rispettivi commi 5 e 6 prevedono che il Governo possa presentare emendamenti, subemendamenti e articoli aggiuntivi sino a che sia iniziata la votazione dell'articolo o dell'emendamento cui si riferiscono. Applicando questo meccanismo a maxi-emendamenti interamente sostitutivi del testo di legge, questo vantaggio procedurale si traduce quindi non solo in un superamento della discussione svolta sino al giorno della votazione, ma anche in un'impossibilità di discutere l'intero testo rinnovato.

Balza agli occhi il mutamento qualitativo delle distorsioni rilevate nel paragrafo precedente, riferite così non più ad un oggetto di previa discussione parlamentare, ma ad un intero testo di determinazione governativa o, per meglio dire, di *selezione* governativa delle istanze

(anche parlamentari) ritenute meritevoli di essere accolte. Poco si comprenderebbe questa prassi, infatti, se non si tenesse in considerazione che, nella stesura del maxi-emendamento, l'apporto parlamentare non viene del tutto obliterato. Anzi, in sede di formulazione il Governo recepisce emendamenti approvati in Commissione e alcune istanze provenienti sia dalla maggioranza che, in misura evidentemente minore, dalle minoranze¹⁰⁵. L'effetto che si ottiene è dunque quello di svolgere la sintesi politica ed il confronto sul testo normativo nelle poco limpide e trasparenti sedi extraparlamentari, rendendo il Governo esclusivo tessitore della composizione delle istanze politiche. A seguito di questa composizione, svolta "dietro le quinte" della scena parlamentare, il dibattito assembleare viene invece costretto in maniera da non consentire più l'emersione dei dissensi (né interni, né esterni alla maggioranza) e la decisione viene vincolata a quanto concordato fuori dalle Camere, tramite la questione di fiducia. Tale vincolo fiduciario, però, diviene più agilmente sostenibile proprio – paradossalmente – grazie ai maxi-emendamenti, proprio perché poggiano sull'introduzione, nel testo vincolato, di quelle modifiche che assicurano il sostegno parlamentare della proposta e consentono di simulare una condivisione del suo contenuto.

La tendenza, ravvisabile in questa prassi, a recuperare tramite istituti "creativi" un ruolo parlamentare messo altrimenti in discussione dalle alterazioni del modello di cui all'art. 76 Cost., non costituisce una novità nell'evoluzione dell'istituto della delega legislativa. Come si è visto nella premessa a questo studio, analoghe dinamiche sono già ravvisabili nella tendenza ad accompagnare l'"esplosione" delle deleghe a modalità di codeterminazione del contenuto dei decreti legislativi¹⁰⁶. Alla progressiva espansione degli oggetti, dei tempi e degli obiettivi, al progressivo allargamento delle maglie dei principi e criteri direttivi, ha infatti corrisposto l'introduzione di "misure di compensazione" del crescente ruolo del Governo nella decisione normativa, quali ad esempio l'istituzione di Commissioni parlamentari *ad hoc* chiamate a seguire l'attuazione della de-

¹⁰⁵ Cfr. D. RAVENNA, in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento*, III, Pisa 2009, 72 s.; L. GORI, *Problemi di «metodo» per una ricerca sulla decretazione d'urgenza ed il ruolo del Parlamento. A proposito di una ricerca in corso al Sant'Anna*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia 2011, 96.

¹⁰⁶ Cfr. V. DI PORTO, *Deleghe legislative e codecisione Governo-Parlamento*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge?*, cit., 121 ss.

lega¹⁰⁷ o l'introduzione diffusa nelle leggi-delega del "limite ulteriore" dell'obbligo di acquisire il parere delle Commissioni parlamentari competenti¹⁰⁸.

Il mutamento qualitativo operato dalla triplice combinazione tra legge di delega, maxi-emendamento e questione di fiducia consiste però nella circostanza che non ci troviamo più dinnanzi ad una mera distorsione o alterazione del modello di cui all'art. 76 Cost., ma ad un vero e proprio ribaltamento di ambo le fasi di cui si compone la delegazione legislativa: mentre il Governo si appropria della fase della delega (spettante esclusivamente al Parlamento) tramite la questione di fiducia sul maxi-emendamento, si introducono meccanismi di compensazione e di compartecipazione che consentano una "tollerabilità" dell'esproprio (e che assicurino la riuscita dell'impresa) tramite l'inserimento nel maxi-emendamento di istanze della minoranza, garantendo dall'altra parte una compartecipazione anche nella fase di attuazione ed emanazione dei decreti legislativi (spettante esclusivamente al Governo), tramite i pareri parlamentari e l'istituzione delle Commissioni *ad hoc*¹⁰⁹. Se tutto ciò,

¹⁰⁷ Cfr. L. n. 285 del 1971; L. n. 81 del 1987; L. n. 59 del 1997; L. n. 42 del 2009.

¹⁰⁸ È stato sottolineato in dottrina che tale espansione dei pareri parlamentari fa pensare ad un tentativo di recuperare, tramite il ruolo consultivo, parte del controllo sulla legislazione delegata; tentativo che rischia di entrare in collisione con l'art. 72, comma 4 (oltre che con l'art. 76) della Costituzione, poiché si sostanzia in una forma di co-determinazione dei principi e criteri direttivi, da un lato, e dei contenuti del decreto legislativo, dall'altro, che altera gli equilibri fra Parlamento e Governo nell'esercizio della funzione legislativa delegata. Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I. *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1987, 166, il quale già nella previsione dell'affiancamento di commissioni parlamentari consultive nell'esercizio della delega ravvisava il rischio di un illegittimo slittamento della determinazione di parte dei principi e criteri direttivi a questa sede: «conclusione tanto più incontrovertibile ove si consideri che per l'u.c. art. 72 le leggi di delegazione non possono essere approvate dalle commissioni parlamentari»; G. TARLI BARBIERI, *La grande espansione della delega legislativa*, cit., 78 ss., il quale parla, significativamente, di «rischio che [la consulenza parlamentare] possa trasformarsi in una vera e propria attività di colegislazione» (p. 80). Sulla multifunzionalità dei pareri parlamentari in sede di attuazione delle deleghe legislative e per un ampio studio della casistica di specie, v. E. FRONTONI, *Le modifiche agli schemi di decreti legislativi successive al parere o all'intesa con il sistema delle Conferenze*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge?*, cit., 136 ss.; ID., *Pareri e intese*, cit. Sui rischi di superamento della predeterminazione parlamentare dei principi e criteri direttivi, v. L. PALADIN, *Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali*, cit., 1501 ss.

¹⁰⁹ In quest'ottica, il superamento del parere parlamentare di recente compiuto nell'ambito dell'approvazione del decreto legislativo attuativo del "Jobs Act" costituisce una rottura ulteriore ed uno spostamento dell'asse degli equilibri in favore del Governo. Non a caso, ci pare, questa ulteriore rottura ha (finalmente) provocato una reazione della Pre-

come da taluno è stato affermato, potrebbe valere a smentire le preoccupazioni sul rischio di emarginazione del Parlamento¹¹⁰, non può invece, secondo chi scrive, non preoccupare proprio – e ci si scusi il gioco di parole – per via dell’attitudine “rassicurante” degli istituti introdotti.

Il rischio è, infatti, che, rassicurato il Parlamento circa il coinvolgimento delle Camere, si dia la stura ad ulteriori delegazioni trovando in esso un complice nell’alterazione delle (costituzionalmente definite) procedure decisionali e non più un difensore del proprio ruolo costituzionale; un complice nell’elusione delle regole di pubblicità e di confronto parlamentare, ben più garantiste delle istanze delle minoranze e delle opposizioni rispetto alle tecniche di co-determinazione ora menzionate.

Verificare la compatibilità con la Costituzione di queste ulteriori alterazioni è, ancora una volta, affatto semplice: ci troviamo infatti, di nuovo, dinnanzi ad un silenzio costituzionale, colmato solo dai regolamenti e dalle prassi parlamentari. Il silenzio è, per di più, totale, non essendovi in Costituzione alcuna disciplina o menzione del potere di emendamento¹¹¹, né tantomeno, evidentemente, dell’istituto dei maxi-emendamenti¹¹². A differenza di quanto accade con riguardo alla questione di fiducia, però, la dottrina è unanime nel rinvenire un fondamento costituzionale del potere di emendamento, in quanto potere intrinseco all’attività legislativa e in quanto potere implicitamente ricavabile dagli artt. 70 e 72 Cost. (dal primo, ove attribuisce l’esercizio della funzione legislativa «collettivamente» alle due Camere; dal secondo, ove si sottintende la diversità del testo entrante da quello uscente dal dibattito in Commissione o in Assemblea)¹¹³. Ulteriori argomenti in questo senso vengono ravvisati

sidenza della Camera di deputati in difesa del ruolo parlamentare nell’esercizio della funzione normativa primaria.

¹¹⁰ V. DI PORTO, *Deleghe legislative e codecisione*, cit., 122.

¹¹¹ Fatta eccezione per la XVII disposizione transitoria, comma 3, che però si riferisce alla diversa fattispecie per cui alle Commissioni parlamentari è stato offerto il potere di proporre pareri su disegni di iniziativa governativa fra l’entrata in vigore della Costituzione e l’elezione delle nuove Camere.

¹¹² Per le differenze con la Costituzione ed i regolamenti parlamentari francesi, da cui gli studiosi sollecitano di trarre spunto per via dell’attenta disciplina del potere di emendamento, v. G. PICCIRILLI, *I maxi-emendamenti alla prova della giustizia costituzionale in Italia e in Francia*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare*, cit., 366 ss. Di particolare interesse, per quanto si dirà in questo scritto, è l’art. 98 del regolamento dell’*Assemblée Nationale*, secondo cui gli emendamenti devono essere riferiti ad un unico articolo (disposizione evidentemente volta a limitare la possibilità di maxi-emendamenti).

¹¹³ Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Emendamento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 831; A. PI-

nei lavori preparatori alla Costituzione, avendo la stessa Assemblea Costituente, da una parte, adoperato tale istituto e, dall'altra, data per scontata la sussistenza del potere emendativo anche nell'ambito dell'esame della legge – dal contenuto più difficilmente emendabile – di bilancio¹¹⁴.

Sennonché, mentre il potere di emendamento sembra presupposto dalla Costituzione, in quanto naturale strumento della discussione parlamentare, della partecipazione alla composizione del testo di legge, del coinvolgimento di tutti i membri del Parlamento (della minoranza e della maggioranza), in regime di trasparenza e pubblicità, la forma parossistica di questo strumento, consistente nel maxi-emendamento, produce gli effetti esattamente opposti a quelli ora indicati¹¹⁵, sì da condurre, tutto all'opposto, la dottrina a ritenere l'istituto incostituzionale o quantomeno deviante rispetto al modello costituzionale¹¹⁶. Se, infatti, la ragione dell'intrinseca costituzionalità dell'emendamento risiede nella sua attitudine a costituirsi come strumento di dibattito e confronto parlamentare aperto sulle decisioni normative, l'intrinseca incostituzionalità del maxi-emendamento può ricavarsi, *a contrario*, dalla sua attitudine a produrre effetti esattamente opposti.

SANESCHI, *Fondamento costituzionale del potere di emendamento, limiti di coerenza e questione di fiducia*, in *Dir. soc.*, 1988, 217 s. e 221 ss.; G. BERTOLINI, *Emendamento, deliberazione e iniziativa*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. n. 5-Seminario 1994, Torino 1995, 220; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova 2008, 109 ss.; G. PISTORIO, *Emendamento*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Torino 2008, 357 s.; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia*, cit., 54 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. Chi scrive condivide le critiche mosse all'impostazione tradizionale, che rinveniva il fondamento del potere di emendamento nel potere di iniziativa (riferimenti in L. PALADIN, *Emendamento*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino 1960, 510) per via del rischio, da un lato, di assimilazione del potere di proporre emendamenti con quello di emendare e, dall'altro, di estendere tale ultimo potere, qui ritenuto afferente alla fase di discussione, a soggetti ad essa estranei o, ancor peggio, di intenderlo ristretto in caso di iniziativa riservata o vincolata (cfr., fra gli altri, A. AMATUCCI, *Emendamento*, in *Enc. giur.*, Roma 1989, 2).

¹¹⁴ Cfr. ancora N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia*, cit., 59 s.

¹¹⁵ Cfr. E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del governo in parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005, 807 ss.; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit. 259 ss.

¹¹⁶ V., fra gli altri, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, 139 s.; S. LABRIOLA, *Per una breve storia di un lungo decennio*, in *Rass. parl.*, 2004, 828; P. PASSAGLIA, *Art. 72*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 1391 s.; L. CUOCOLO, *I "maxi-emendamenti" tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, 4763 ss.; E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, cit., 813 ss.

Ancora una volta ci troviamo, insomma, dinnanzi ad uno iato fra fondamento costituzionale del potere, disciplina regolamentare del suo esercizio e prassi attuative (che si allontanano dall'uno e dall'altra), che richiede di valutare le dinamiche parlamentari su di un triplice livello per poterne cogliere le reali implicazioni ed il reale impatto sul modello costituzionale. E a tale ultimo proposito, anche in questo caso il silenzio costituzionale non può *sic et simpliciter* essere inteso come un assoluto disinteresse per l'istituto, potendosi invece rinvenire una cornice di indicazioni nell'ambito delle quali è necessario che sia la disciplina, sia la prassi degli emendamenti si inscrivano per poter legittimamente inserirsi nel quadro costituzionale.

Un primo limite risiede allora nella natura stessa degli emendamenti, ritenuti intrinseci all'attività legislativa (e dunque implicitamente considerati dalla Costituzione) se ed in quanto modificazioni *parziali* del disegno di legge volte a svolgere quella difficile e delicatissima opera di confronto e di sintesi politica che porti alla condivisione del testo normativo da parte di un numero sufficiente di membri del Parlamento.

Diversa, invece, è la considerazione da rivolgersi a quegli interventi che, pur modificativi dei singoli articoli, non valgano al fine di addivenire ad un consenso della maggioranza parlamentare sul testo, ma al fine opposto di allungarne i tempi tanto da "ostruire" il dibattito parlamentare; caso che secondo molti, pur non costituendo una violazione formale del potere di emendamento, ne sostanzia un abuso¹¹⁷.

Diversa ancora è la considerazione che meritano quelle proposte di modifica che, riguardando argomenti o materie estranei al progetto legislativo, non abbiano alcuna attitudine modificativa ma meramente "intrusiva", o che, coinvolgendo l'intero testo, si comportano sostanzialmente come novelle iniziative di legge e non più già come *emendamenti*, nel senso ritenuto implicitamente incluso negli artt. 70 e 72 Cost.¹¹⁸.

In particolare, la prassi dei maxi-emendamenti viola quel principio,

¹¹⁷ Cfr. A. AMATUCCI, *Emendamento*, cit., 1. Tale rilievo ha conosciuto una traduzione in norme procedurali nei regolamenti parlamentari, che dispongono l'inammissibilità delle proposte prive di "natura emendativa", ossia delle proposte prive di reale portata modificativa o volte ad apportare mere correzioni di forma.

¹¹⁸ Così, A. PISANESCHI, *Fondamento costituzionale del potere di emendamento*, cit., 227 ss., che definisce questi due limiti come limiti «naturali» del potere di emendamento. Gli artt. 89 reg. Camera e 97 reg. Senato hanno, conformemente alla seconda rilevata indicazione costituzionale, disposto l'inammissibilità degli emendamenti "estranei" all'oggetto della discussione, pur nelle difficoltà del sindacato di tale "estraneità".

costituzionalmente previsto dall'art. 72, per cui il disegno di legge deve strutturarsi in diverse unità (gli articoli), onde consentire una discussione e deliberazione parlamentare consapevole su ciascuno dei punti toccati dal progetto. Di qui si è dedotto in dottrina che l'approvazione in blocco di più articoli senza possibilità di modifica di ciascuno di essi viola l'art. 72 Cost.¹¹⁹ e che identica considerazione meriti l'ipotesi di approvazione in blocco di un emendamento riferibile a più articoli¹²⁰. Ciò deve poi combinarsi con la circostanza che i maxi-emendamenti vengono usualmente accompagnati dall'apposizione della questione di fiducia (onde ottenere in maniera certa e definitiva il controllo del testo di legge) e che quindi si apre la prospettiva di una combinazione delle violazioni costituzionali qui rilevate: mentre si fa evidente, da un lato, l'uso improprio della questione di fiducia¹²¹, dall'altro si acclara la finalità non *emendativa*, ma autoritativamente sostitutiva dell'intero testo di legge.

Appare questa la posizione sostenuta dall'ex Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione del noto messaggio di rinvio alle Camere della legge delega sulla riforma dell'ordinamento giudiziario¹²²; occasione in cui il Presidente ha richiamato l'attenzione del Parlamento «su un modo di legiferare – invalso da tempo – che non appare coerente con la *ratio* delle norme costituzionali che disciplinano il procedimento legislativo e, segnatamente, con l'art. 72 della Costituzione, secondo cui ogni legge deve essere approvata “articolo per articolo e con una votazione finale”»¹²³, muovendosi così sulla scia di quanto ebbe a notare, già

¹¹⁹ Così, A.A. CERVATI, *Art. 72*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1985, 130.

¹²⁰ Così, A. PISANESCHI, *Fondamento costituzionale del potere di emendamento*, cit., 233.

¹²¹ Cfr. L. CUOCOLO, *I “maxi-emendamenti”*, cit., 4765.

¹²² A.C., XIV Legislatura, doc. I, n. 6, 16 dicembre 2004, messaggio di accompagnamento al rinvio di una legge delega suddivisa «in due soli articoli, il secondo dei quali consta di 49 commi ed occupa 38 delle 40 pagine di cui si compone il messaggio legislativo».

¹²³ A commento, si v. L. CUOCOLO, *Le osservazioni del Presidente della Repubblica sul drafting legislativo tra rinvio della legge e messaggio alle Camere*, in *www.associazionedei-costituzionalisti.it*, 7 gennaio 2005; ID., *I “maxi-emendamenti” tra opportunità e legittimità costituzionale*, cit., 4763 ss.; S. SCAGLIARINI, *Il Presidente e la tecnica legislativa*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 264 ss.; L. LORELLO, *Presidente della Repubblica e rinvio della legge: un nuovo “custode” della qualità della legislazione?*, in *Nuove autonomie*, 2005, 327 ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma 2007, 51 s., il quale rileva come (pro-

nel 1988, l'ex Presidentessa della Camera dei Deputati Nilde Iotti con riferimento, in generale, all'istituto del maxi-emendamento: «per quanto riguarda l'ammissibilità dell'emendamento presentato dal Governo, che accorpa, modificandoli parzialmente, numerosi articoli del disegno di legge finanziaria, sorgono certamente delicate questioni, anche in relazione allo spirito dell'art. 72 della Costituzione [...] che richiede l'approvazione articolo per articolo di un disegno di legge»¹²⁴.

Potrebbe aggiungersi a questi rilievi, inoltre, che i maxi-emendamenti, intervenendo a seguito dell'esame in Commissione, eludono anche l'ulteriore richiesta costituzionale di esame in sede referente per tutti quei progetti di legge che richiedono il ricorso al procedimento ordinario¹²⁵ ed impediscono l'esercizio libero del voto parlamentare, mancando la necessaria omogeneità del testo sul quale si è chiamati a rispondere tassativamente con un "sì" o con un "no" onnicomprensivo¹²⁶.

babilmente non a caso) le risposte istituzionali al messaggio si siano soffermate principalmente sui problemi di *drafting* e sulle conseguenze in termini di certezza del diritto, piuttosto che affrontare la questione di costituzionalità posta dal Presidente: cfr. la seduta congiunta della giunta per il regolamento e del Comitato per la legislazione alla Camera (A.C., XIV Legislatura, boll. Giunte e Comm., 21 dicembre 2004) e le sedute della giunta per il regolamento al Senato (A.S., XIV Legislatura, boll. Giunte e Comm., 27 dicembre 2004 e 9 febbraio 2005).

¹²⁴ A.C., X Legislatura, res. Sten. 28 gennaio 1988, 8992. Anche più di recente l'ex Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano è tornato a riferirsi criticamente a tale prassi, in occasione del discorso inaugurale alle Alte Magistrature dello Stato del 20 dicembre 2006, reperibile in www.quirinale.it/Discorsi/Discorso.asp?id=31827. Ma non da meno sembra il monito rivolto alle Camere dal neo-eletto Presidente della Repubblica in sede di giuramento, il quale ha sottolineato l'urgenza di porre un argine al troppo frequente ricorso a procedure che inficiano una corretta dialettica parlamentare (cfr. *Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento nel giorno del giuramento*, Palazzo Montecitorio, 03/02/2015, reperibile in <http://www.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=3>: «vi è anche la necessità di superare la logica della deroga costante alle forme ordinarie del processo legislativo, bilanciando l'esigenza di governo con il rispetto delle garanzie procedurali di una corretta dialettica parlamentare»).

¹²⁵ E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti*, cit., 819. Ma sul punto si tornerà più diffusamente nel paragrafo che viene.

¹²⁶ Per la possibilità di svolgere un parallelo fra quanto sostenuto dalla Corte costituzionale con riguardo alle votazioni referendarie a partire dalla sent. n. 16 del 1978 e la presente ipotesi, v. N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia*, cit., 78 ss.; E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti*, cit., 816. Si può ricordare, in senso conforme a quanto qui sostenuto, anche la circolare dei presidenti del Senato, della Camera e del Consiglio dei ministri del 20 aprile 2001, contenente regole e raccomandazioni sulla formulazione tecnica dei testi legislativi, che richiama alla necessaria omogeneità degli articoli legislativi, o la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri corrispondente

La giurisprudenza costituzionale appare però di diverso avviso, avendo sostenuto a lungo un riserbo volto a garantire, asseritamente, l'autonomia delle Camere¹²⁷ e giungendo invece così al paradosso di ammettere prassi che intaccano proprio quell'autonomia.

Non mancano, anche in questo caso, delle “voci fuori dal coro”. Qualche cenno nel senso qui auspicato è ricavabile ad esempio dalla sentenza n. 262 del 1998, ove la Corte afferma che, pur non potendo sindacare il rispetto dei regolamenti parlamentari, è suo compito verificare il rispetto del requisito procedurale, costituzionalmente previsto, dell'approvazione articolo per articolo e con votazione finale¹²⁸, mentre un atteggiamento maggiormente duro, diretto specificamente ed espressamente alla prassi dei maxi-emendamenti, è rinvenibile nella sopra richiamata pronuncia n. 32 del 2014, ove, pur avendo riguardo alla diversa fattispecie di inserimento di norme eterogenee in legge di conversione, si afferma, significativamente: «si aggiunga che un intervento normativo di simile rilievo – che, non a caso, faceva parte di un autonomo disegno di legge S. 2953 giacente da tre anni in Senato in attesa dell'approvazione – ha finito, invece, per essere frettolosamente inserito in un “maxi-emendamento” del Governo, interamente sostitutivo del testo del disegno di legge di conversione, presentato direttamente nell'Assemblea del Senato e su cui il Governo medesimo ha posto la questione di fiducia (nella seduta del 25 gennaio 2006), così precludendo una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina in tal modo introdotta. Inoltre, per effetto del “voto bloccato” che la questione di fiducia determina ai sensi delle vigenti procedure parlamentari, è stato anche impedito ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo, dal momento che all'oggetto della questione di fiducia, non possono essere riferiti emendamenti, sub-emendamenti o articoli aggiuntivi e che su tale oggetto è altresì vietata la votazione per parti separate. (...) Va inoltre osservato che la presentazione in aula da parte del Governo di un maxi-emendamento al disegno di legge di conversione non ha consen-

(del 2 maggio 2001), contenente la «Guida alla redazione dei testi normativi» che fissa un numero indicativo di 10 commi per articolo di legge come massimo per sostenere l'omogeneità dell'articolo medesimo.

¹²⁷ Per l'applicazione di tale indirizzo ai casi in cui fra i vizi procedurali rilevati figurava anche l'apposizione di questione di fiducia su maxi-emendamenti, v. sent. n. 391 del 1995; 262 del 1998; 148 del 1999.

¹²⁸ Recuperando così la preziosa distinzione delineata a partire dalla sent. n. 9 del 1959, sulla quale si tornerà nel prossimo paragrafo.

tito alle Commissioni di svolgere in Senato l'esame referente richiesto dal primo comma dell'art. 72 Cost.». Da queste considerazioni la Corte ha ricavato non solo, nella specie, l'importanza del rispetto dei requisiti costituzionali dell'omogeneità e dell'interrelazione funzionale fra le disposizioni del decreto-legge e quelle del disegno di conversione per assicurare la compatibilità degli atti con l'art. 77 Cost., ma anche, in un'ottica più generale, l'importanza di «mantenere entro la cornice costituzionale i rapporti istituzionali tra Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica nello svolgimento della funzione legislativa».

Inizia, insomma, ad emergere uno sguardo della Corte maggiormente attento e maggiormente preoccupato per le implicazioni sistemiche delle prassi parlamentari, per i rischi di alterazione dei rapporti, degli equilibri e dei contrappesi insiti nel superamento o nell'elusione delle procedure ordinarie del dibattito assembleare. Può pertanto ritenersi che le statuizioni della sent. n. 32 del 2014 possano costituire un precedente utile anche per il caso delle delegazioni legislative oggetto del nostro attuale interesse¹²⁹, ove per di più il rispetto di quelle procedure è richiesto esplicitamente, in maniera inderogabile, dall'art. 72, ult. co., Cost. (a differenza del caso della legge di conversione, per il quale la riserva di Assemblea è disposta dai regolamenti parlamentari).

4. *L'incompatibilità fra riserva di Assemblea e procedure che limitano il dibattito parlamentare*

Per concludere la panoramica dei problemi di costituzionalità posti dalle recenti prassi di delegazione legislativa occorre infine affrontare una problematica dal taglio più generale, riguardante il procedimento di delega da un punto di vista parzialmente diverso da quello sinora analizzato: la questione se la riserva di Assemblea prevista dall'art. 72, quarto comma, della Costituzione osti ad interventi che vincolano, limitano o costringono il dibattito parlamentare (quali la questione di fiducia ed il voto unico su maxi-emendamento).

Il punto di vista, si diceva, è parzialmente differente perché tocca la distinta problematica se i procedimenti così costretti possano ritenersi speciali o se, invece, pongano in essere delle mere varianti sul procedi-

¹²⁹ In questo senso v. anche A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro*, cit., 8.

mento legislativo ordinario. A lungo si è discusso infatti, anche in quest'ottica, sulla specialità o meno del procedimento legislativo conseguente alla posizione di una questione di fiducia, per via dei numerosi elementi di diversità sopra ricordati¹³⁰, e la Corte costituzionale, nella già richiamata sentenza n. 391 del 1995, ha preso posizione, sostenendo che il procedimento avviato dalla posizione della questione di fiducia, al pari di quello di conversione dei decreti legge, possa ritenersi, sì, speciale, ma rimanga inquadrabile nell'ambito del primo comma dell'art. 72 Cost., per il tramite del rinvio ivi operato ai regolamenti parlamentari. Ragione per cui la Corte ha sostenuto che questo "procedimento speciale" debba ritenersi disciplinato esclusivamente dai regolamenti parlamentari e che, dunque, nel rispetto di questi ultimi si sostanzi anche il rispetto della Costituzione (che ad essi rinvia)¹³¹.

In ulteriori occasioni la Corte ha sostenuto la sufficienza del rispetto dei requisiti formali, dimostrando una scarsa disponibilità a sindacare i disegni di legge sulla base del parametro di cui all'art. 72, comma 4°, se non nei casi (manifesti) di scelta per un procedimento legislativo redigente o deliberante¹³². Si tratta di un approccio confermato anche di re-

¹³⁰ V. par. 3.1.

¹³¹ La Corte sembra qui avvicinarsi alla nota, e da più parti contestata, tesi espositiva per cui la rimessione costituzionale ai regolamenti parlamentari «non trae origine dalla pigrizia dei costituenti, o dalla volontà di non appesantire il testo costituzionale con disposizioni troppo numerose, ma bensì dalla volontà di rispettare, conforme a storia, a tradizione e a natura, guarentigie e prerogative del Parlamento. (...) Corrispondentemente, il significato delle poche disposizioni relative ai procedimenti parlamentari che si leggono nel nostro testo costituzionale non è quello che potrebbe fissarsi in astratto in base alla sola lettera di esse disposizioni, ma va determinato alla luce della prassi parlamentare e delle integrazioni in usi e regolamenti del Parlamento» (così, C. ESPOSITO, *Questioni sulla invalidità della legge per (presunti) vizi del procedimento di approvazione*, in *Giur. cost.*, 1957, 1330). Sul punto, v. il commento di G. GUZZETTA, *Questioni in tema di entrata in vigore, limiti e sindacabilità (per vizi formali) della legge di conversione*, in *Giur. cost.*, 1995, 4493 ss.

¹³² Cfr., ad es., la sopra richiamata sent. n. 32 del 1962, in cui è stata dichiarata incostituzionale la proroga di una delega legislativa approvata dalla Commissione in sede deliberante (insieme al conseguente decreto legislativo) e che la dottrina segnala per sottolineare l'interpretazione "estremamente rigorosa" che la Corte costituzionale ha reso della riserva di Assemblea per le deleghe legislative (cfr. P. PASSAGLIA, *Art. 72, cit.*, 1398). La pronuncia interveniva ad arrestare una prassi che la dottrina aveva già segnalato con preoccupazione: cfr. A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano 1972, 51, nota 19, il quale riporta alcuni esempi di deleghe che, nel corso della prima e della seconda Legislatura, erano state approvate in commissione sulla base dell'opinabile assunto che, trattandosi di deleghe per l'emanazione di testi unici, essi fossero meramente ripetitivi e privi di forza di legge. In ogni caso, l'A. riporta anche episodi di deleghe approvate in commis-

cente con la sentenza n. 237 del 2013¹³³, la quale si è pronunciata sulla questione di legittimità che investiva il comma 2 dell'art. 1 della già menzionata legge n. 148 del 2011 (contenente la delega al Governo per la soppressione di alcuni tribunali a fini di *spending review*) ed il d.lgs. n. 155 del 2012, che su di esso trovava il proprio fondamento legittimante. I giudici rimettenti lamentavano, fra le altre ragioni di sospetta illegittimità, che la delega fosse inserita in legge di conversione di un decreto legge disciplinante tutt'altre materie¹³⁴, rivenendo dunque nella norma un'intrusione disomogenea rispetto all'oggetto del decreto legge convertito e – ciò che più interessa in questo momento – una violazione del procedimento ordinario di approvazione richiesto per le leggi di delega. L'Avvocatura dello Stato opponeva che non fosse ravvisabile alcuna lesione della riserva di Assemblea, dal momento che il disegno di legge di conversione era stato sottoposto alla procedura normale di approvazione, a norma degli artt. 35 del Regolamento del Senato e 96-*bis* del Regolamento della Camera. I ricorrenti ricordavano invece che, non solo la delega era stata adottata in sede di conversione al fine di giovare del termine di 60 giorni entro i quali il procedimento deve chiudersi e della particolare procedura prevista per la conversione stessa¹³⁵, ma anche inserita nell'ambito di un maxi-emendamento sulla cui approvazione il Governo aveva posto la questione di fiducia, impedendo così qualunque discussione sui contenuti del disegno di legge di conversione¹³⁶.

sione in cui era espressamente riconosciuto al governo il potere di modificare le leggi preesistenti (L. n. 120 del 1950; L. n. 590 del 1950; L. n. 621 del 1951, il cui articolo 2 delegava il governo ad emanare un testo unico delle norme legislative riguardanti l'ENPAS, «con facoltà di coordinarle, modificarle ed integrarle»; L. n. 128 del 1952, per l'emanazione di un testo unico delle norme vigenti in materia di tasse sulle concessioni governative, con il potere di apportare «le modifiche e aggiunte che si rendano necessarie per il loro coordinamento e per una più precisa formulazione tecnica; LL. nn. 915 e 4435 del 1952; LL. nn. 409 e 549 del 1954. Per un meno risalente caso di sanzione della violazione della riserva d'assemblea, v. Corte cost., sent. n. 295 del 1984, in cui è stata dichiarata incostituzionale la legge di esecuzione di un trattato internazionale approvata in sede deliberante, interpretando in maniera estensiva e sistematica il riferimento alle sole leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali.

¹³³ V. pure le connesse ordinanze nn. 15 e 59 del 2014.

¹³⁴ D.L. n. 138 del 2011, recante misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo.

¹³⁵ Sulla tipizzazione del procedimento di conversione del decreto legge, v., *supra*, par. 3.1.

¹³⁶ Analoga questione era stata prospettata dalla Regione Friuli Venezia Giulia in sede principale: la Regione ricordava infatti che il testo del maxi-emendamento non è mai stato sottoposto al passaggio in commissione referente e che la procedura deliberativa in

La prima questione, come si è visto, non era nuova¹³⁷. Nella pronuncia in esame, però, il problema viene portato all'attenzione della Corte nella sua dimensione più sconcertante, per cui colpisce la disponibilità a ritenere compatibile con la Costituzione (nella specie, con la riserva di Assemblea) una procedura che, tramite il ricorso al maxi-emendamento, ha superato l'esame della Commissione parlamentare in sede referente; che, tramite il ricorso alla questione di fiducia, non ha consentito l'esame del testo in Assemblea; e che, tramite la combinazione di questi due elementi, ha impedito il voto «articolo per articolo» sul disegno di legge. Il Giudice costituzionale si è limitato infatti, conformemente ai precedenti, a ritenere sufficiente che il procedimento fosse stato formalmente assegnato alla Commissione in sede referente e che la deliberazione – pur se bloccata – fosse formalmente avvenuta in Assemblea, ritenendo che qualunque altra questione afferisca all'autonomia deliberativa delle Camere e che, dunque, sia esclusa dal suo sindacato¹³⁸. Ciò, sulla scorta della ben nota giurisprudenza a norma della quale il Giudice costituzionale si è ritenuto, sì, competente a giudicare il procedimento di approvazione delle leggi in ordine al rispetto dei parametri costituzionali, ma non in ordine al rispetto delle previsioni dei regolamenti della Camera e del Senato¹³⁹.

Si tenterà qui di proporre una diversa impostazione della questione, non ritenendo convincenti gli argomenti sinora sostenuti dal Giudice costituzionale. Se, infatti, è vero che l'«innesto» della questione di fiducia, quando interviene nell'ambito di procedimenti *formalmente* ordinari,

aula è stata distorta ponendo la questione di fiducia. Sulla questione la Corte non si è però pronunciata, ritenendo non riguardasse attribuzioni regionali costituzionalmente garantite e che dunque esulasse dall'ambito del ricorso in via principale regionale (cfr. sent. n. 234 del 2013).

¹³⁷ V. *supra*, par. 3.3, nota 87.

¹³⁸ Cfr. § 9.5. *Cons. dir.*

¹³⁹ Sent. n. 5 del 1959, riguardante proprio una censura di mancato rispetto del procedimento legislativo ordinario, previsto per le leggi tributarie non già dall'art. 72, comma quarto, della Costituzione, bensì dall'art. 40 del Regolamento della Camera allora vigente. Previsione regolamentare che, a detta della Corte, non consentiva un suo controllo, a differenza di quanto accade per le materie espressamente contemplate dalla disposizione costituzionale. Cfr. P. BARILE, *Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giur. cost.*, 1959, 239 ss. Dall'affermazione per cui ogni questione di interpretazione della Costituzione rientra fra le competenze della Corte costituzionale, la dottrina ha sottolineato che «la Corte ha respinto la tesi secondo cui il controllo del rispetto delle norme dettate dalla costituzione in tema di procedimento legislativo sarebbe incompatibile con l'indipendenza delle camere» (così, A.A. CERVATI, *Art. 72*, cit., 115).

non ne altera taluni caratteri – per l'appunto – *formali*, vedendo la discussione e la deliberazione sui disegni di legge svolgersi in sede assembleare, a seguito di un esame della Commissione in sede referente (come richiede la riserva di cui all'art. 72 Cost.), d'altra parte però non può non considerarsi quanto esso incida significativamente sul procedimento, alterando il dibattito parlamentare in maniera tale da inficiare *sostanzialmente* la garanzia costituzionale.

Da tempo la dottrina ricorda che la riserva di Assemblea sulla delega legislativa è volta ad evitare «che sfugga al controllo di ciascuna camera una decisione che potrebbe avere gravi riflessi istituzionali qual è quella sull'opportunità del ricorso alla delega di potestà legislativa a favore del governo»¹⁴⁰ e a «garantire una meditata e in qualche modo “solenne” decisione dell'intera Assemblea prima di spogliarsi, seppure parzialmente e temporaneamente, di una quota del proprio potere legislativo»¹⁴¹, tramite la «serie di garanzie» che caratterizzano le deliberazioni in Assemblea e che vanno dal maggior numero di membri, alla pubblicità delle procedure, alla presenza integrale degli schieramenti politici¹⁴².

Di qui – ed è questo un punto che si vuole sottolineare perché di grande importanza per le riflessioni che seguiranno – si è rinvenuto nell'art. 72, comma 4, della Costituzione un «limite alla discrezionalità dell'autonomia regolamentare delle Camere»¹⁴³. I regolamenti parlamentari però, ancora una volta, non hanno dimostrato adeguata attenzione, né valorizzato queste indicazioni costituzionali: da un lato, le uniche previsioni che si muovono nel senso della “cautela” costituzionale sono rinvenibili nel solo regolamento della Camera, ove si prevede un aumento dei termini di durata massima degli interventi per i procedimenti riservati¹⁴⁴; dall'altro, non vi si esclude, per le materie oggetto di riserva di Assemblea, la possibilità di ricorrere agli strumenti governativi di controllo del procedimento legislativo (quale è il voto di fiducia, specie se apposto su maxi-emendamento interamente modificativo della delega). Quest'ultima condizione, invece, ricavabile dalla disposizione richiamata, oltre

¹⁴⁰ Così, A.A. CERVATI, *Art. 72*, cit., 161.

¹⁴¹ Così, N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, cit., 35.

¹⁴² Così, L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960, 902.

¹⁴³ Cfr. S. TRAVERSA, *La riserva di legge d'Assemblea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 272.

¹⁴⁴ Cfr. artt. 39, comma 5, e 85, comma 2, reg. Camera, così interpretate anche da N. LUPO, *La formazione parlamentare*, cit., 36, il quale però ricorda la perdita sostanziale di significato di tali disposizioni per via della pressoché generalizzata applicazione del contingentamento dei tempi di esame in Parlamento.

che dalle indicazioni implicitamente deducibili dalla Costituzione con riferimento alla questione di fiducia ed agli emendamenti sopra ricordate, dovrebbe essere attuata dai regolamenti parlamentari.

Occorre allora comprendere se il «limite alla discrezionalità dell'autonomia regolamentare delle Camere» di cui discorreva Traversa debba intendersi riferito al solo momento dell'assegnazione all'esame della Commissione (ossia se si esaurisca in un dovere per i regolamenti di imporre al Presidente della Camera di assegnare il progetto all'esame in sede referente) ovvero, come qui si vuole sostenere, se produca degli effetti anche una volta prescelta questa via, imponendo un modello che investa l'intera procedura, dal momento dell'assegnazione sino alla deliberazione finale.

È opinione di chi scrive che la prima opzione non soddisfi la *ratio* della riserva di Assemblea, che consiste nell'assicurare a materie di particolare delicatezza sia una adeguata pubblicità, sia lo spazio di un dibattito composito, che garantisca il confronto fra tutte le istanze e gli interessi rappresentati in Parlamento, grazie ad una presenza degli schieramenti politici che non ha riscontro in altre sedi¹⁴⁵. Confronto che, peraltro, acquisisce un senso peculiare in quelle decisioni (in materia di bilancio e rendiconto, di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e di delega legislativa) in cui le Camere sono chiamate ad esercitare una funzione di controllo e di direzione sul Governo, poiché la partecipazione delle minoranze vale in questi casi anche ad escludere ogni possibilità di sovrapposizione fra il controllato (il Governo) ed il controllore (la maggioranza che lo supporta in Parlamento), tramite la garanzia della possibilità per ogni minoranza di opporsi all'operato del Consiglio dei Ministri.

Esigenze che, lo si deve ribadire anche in questo caso, richiedono oggi un supplemento di attenzione in ragione degli equilibri parlamentari sbilanciati in favore della rappresentanza governativa rispetto al modello (proporzionale e dunque maggiormente articolato) che la Costituente aveva tenuto in considerazione al momento della redazione delle norme minime in tema di garanzie legislative procedurali¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Cfr. A.A. CERVATI, *Art. 72*, cit., 161; P. PASSAGLIA, *Art. 72*, cit., 1397.

¹⁴⁶ Sull'alterazione dei rapporti fra Parlamento e Governo a seguito della riforma elettorale in senso maggioritario, si v. M. CALISE, *Il Governo*, in F. BARBAGALLO (coord.), *Storia dell'Italia repubblicana*, Torino 1997, 368 ss.; S. FABBRINI, *Tra pressioni e veti. Il cambiamento politico in Italia*, Roma-Bari 2000, 63 ss.; A. MANZELLA, *Il percorso delle istituzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Ritratto dell'Italia*, Roma-Bari 2001, 33 ss.

Se si accoglie questa impostazione, si deve allora ritenere che il “limite alla discrezionalità dell'autonomia regolamentare” delle Camere di cui si diceva si espliciti con riferimento tanto alla fase referente, in Commissione, quanto alla fase della discussione e deliberazione, in Assemblea. Appare indispensabile sottolineare questo punto – pur nella consapevolezza dei limiti di sindacabilità opposti dalla Corte – poiché ciò avvia una problematizzazione, sinora (a quanto ci consta) non adeguatamente compiuta, sia in sede dottrinale sia in sede giurisprudenziale, dell'applicabilità degli istituti sopra ricordati, previsti indiscriminatamente dai regolamenti parlamentari, senza esclusione delle materie di cui all'art. 72, quarto comma.

Rilevava bene questo punto sempre il Traversa quando, in uno dei pochissimi studi che sono stati dedicati *ex professo* alla riserva di legge di Assemblea, sollevava il problema dell'individuazione della procedura «normale di esame e approvazione diretta da parte della Camera» cui la disposizione fa riferimento al primo comma, sottolineando come il rinvio generale alle disposizioni regolamentari operato dall'art. 72 Cost., per la disciplina del procedimento ordinario, incontri dei limiti nel quarto comma, il quale fissa uno schema procedurale basato su alcuni momenti essenziali: esame preliminare da parte di una Commissione; esame della Camera con approvazione dei singoli articoli; votazione finale della Camera; «il che sta a significare che è bensì il regolamento la fonte regolatrice del procedimento di formazione della legge – con esclusione quindi di altre fonti normative – ma che esso in tanto può validamente disciplinare tale materia in quanto rispetti i limiti indicati in Costituzione»¹⁴⁷.

Una adeguata considerazione di questa impostazione del problema muterebbe radicalmente la prospettiva adottata dalla Corte costituzionale, costruendo il ruolo dei regolamenti parlamentari nel sindacato del rispetto dell'art. 72, comma quarto, non più tanto dal versante della loro parametricità (interposta), quanto, innanzitutto, come possibile oggetto

¹⁴⁷ Cfr. S. TRAVERSA, *Op. cit.*, 295; analogamente, A.A. CERVATI, *Art. 72*, cit., 118: «Le prescrizioni dell'art. 72, pur diverse nelle loro formulazioni, hanno alla base una comune concezione del procedimento legislativo parlamentare caratterizzata dal riconoscimento di un'ampia autonomia regolamentare alle camere, ma anche dalla indicazione di alcune esigenze ineliminabili che vengono espressamente indicate: il ruolo delle commissioni, il riconoscimento alla minoranza e al governo della potestà di chiedere il rinvio all'assemblea plenaria, la determinazione del modo secondo il quale si deve procedere all'approvazione dei disegni di legge, le ipotesi di riserva di legge di assemblea».

dello scrutinio¹⁴⁸; versante non indagato nell'impostazione sinora sostenuta, pur se l'interposizione parametrica, com'è ben noto, non solo non avrebbe escluso, ma anzi avrebbe implicato la preventiva verifica della conformità con la Costituzione delle norme interposte. Di qui se ne potrebbe dedurre che, se davvero le procedure parlamentari non sono tutte fungibili agli occhi della Costituzione, allora anche gli esiti di quelle procedure, sostanziatisi nelle leggi parlamentari, meritano di essere indagati prioritariamente alla luce delle indicazioni costituzionali, ineludibili nell'ambito di qualsivoglia autonomia, pur guarentigiata, prevista dall'ordinamento.

«Il punto è se i Parlamenti abbiano il diritto di erodere il proprio potere, se questo sia o no un diritto disponibile»¹⁴⁹. Ciò che, agli occhi di chi scrive, evidentemente non è.

5. Alcune osservazioni conclusive

Se tutto quanto sin qui si è visto è vero e se l'impostazione qui adottata può essere accolta, allora si deve ricavare da queste riflessioni che le sempre più frequenti prassi di combinazione della legge di delega con la

¹⁴⁸ Per tale ragione, pur condividendo con P. TORRETTA, *Conversione di decreto-legge e delega legislativa con annessa questione di fiducia: precisazioni sull'ammissibilità di procedure parlamentari "due in uno" con interessanti spunti sull'autonomia regolamentare delle Camere*, in *Rivistaaic*, 4/2013, 20/12/2013, 6, l'idea della necessaria limitazione della discrezionalità dei regolamenti parlamentari sulla base del disposto costituzionale, non si condivide invece l'approccio che vorrebbe la legge sindacabile, per questi aspetti, per il tramite del parametro interposto dei regolamenti. Si può invece rinvenire nella fattispecie una violazione *diretta* della Costituzione da parte della legge, *oltre che* da parte dei regolamenti, nella parte in cui non escludono, per le materie contemplate dall'art. 72, comma 4, Cost., il ricorso a determinati istituti limitativi dell'esame referente o del dibattito assembleare. Detto in altri termini: il rinvio ai regolamenti parlamentari non vale quale "costituzionalizzazione" degli stessi (in questi termini, P. PASSAGLIA, *Art. 72*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Comm. cost.*, Torino 2006, 1383), ma, così come per l'attuazione di numerosi altri istituti contemplati in Costituzione, richiede loro di integrarsi con le indicazioni costituzionali, per poter legittimamente porre le norme di formazione della legge.

¹⁴⁹ In questi termini, M. RUOTOLO, *Replica*, in AA.VV., *La delega legislativa*, cit., 302, il quale così, condivisibilmente, dà seguito alla riflessione: «La risposta è, dal mio punto di vista, scontata, avendo auspicato un irrigidimento del modello della delega legislativa, da favorire proprio attraverso uno scrutinio "stretto" di costituzionalità sulla legge di delega, che sarebbe rivolto, in un certo senso, a tutelare il Parlamento contro gli abusi che eventualmente provengano dalla stessa maggioranza parlamentare».

questione di fiducia e con i maxi-emendamenti governativi entrano in collisione non solo con l'art. 76 Cost., che inequivocabilmente affida la fase della delega legislativa al Parlamento e la fase di attuazione tramite decreti delegati al Governo, in un rapporto di sicura e netta distinzione fra delegante e delegato, ma anche con l'art. 72 Cost., commi 1 e 4, ove si pongono alcuni paletti costituzionali circa lo svolgimento del procedimento legislativo ordinario e si vincola il Parlamento a seguire tale procedimento per i disegni di legge di delega¹⁵⁰.

Si è visto, però, come la Corte non si sia dimostrata sinora disponibile a giungere a tali verifiche, opponendo un *self restraint* sia in sede di controllo delle leggi di delega, sia in sede di controllo dei regolamenti parlamentari, sia in sede di verifica dei requisiti formali imposti alla legge dalla Costituzione (ritenendo tale verifica "trasferibile" su quella di rispetto delle norme dei regolamenti parlamentari). Non occorre ribadire ancora le ragioni, sistemiche oltre che di necessità di rispetto delle sopra riportate disposizioni costituzionali, per le quali si ritiene indispensabile superare questo triplice riserbo e per le quali si auspica che di qui a breve il Giudice costituzionale decida di dare seguito all'approccio già recentemente mutato sul controllo riferito alla decretazione d'urgenza, per avviare un sindacato stretto e scrupoloso di ciascuna delle garanzie che la Costituzione pone a presidio degli equilibri fra Parlamento e Governo.

Alle ragioni del riserbo della Corte potrebbe aggiungersi però anche il timore che una sentenza di annullamento possa produrre effetti "sproporzionati", provocando per "sole" ragioni di forma la caducazione *ex tunc* di disposizioni che non presentino vizi di merito e che *medio tempore* hanno prodotto i loro effetti, consolidandosi nell'ordinamento; ed in effetti tale problema è chiaramente emerso anche in una delle più note sentenze tramite cui si sono sanzionati vizi formali dei decreti-legge, ove si è utilizzata l'accortezza di non travolgere le disposizioni dei decreti-legge viziati che fossero poi state convertite in legge¹⁵¹. Non può, d'altro canto, non considerarsi anche quanto si è già avuto modo di sottolineare; ossia che i vizi formali nascondono insidie anche nella definizione dei

¹⁵⁰ In questo senso, v. pure G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti del governo e di altre autorità statali*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti, La legge parlamentare oggi*, Torino 2010, 80.

¹⁵¹ Cfr., in particolare, la sent. n. 360 del 1996. Sul riserbo a produrre effetti retroattivi si v. D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza tra abusi e controlli. Qualche considerazione dieci anni dopo la sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 2012, 55 ss.; ID., *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, cit., 211 ss.

contenuti e che producono rischi di alterazione della forma di governo di primissimo rilievo. Evitare il loro perpetuarsi è un compito ineludibile della Corte costituzionale.

Il problema di contemperamento fra queste due esigenze non è sfuggito alla dottrina¹⁵², che ha rinvenuto una possibile soluzione nell'“atteggiamento di apertura” mostrato dalla Corte con la recente sent. n. 10 del 2015 circa la modulazione degli effetti temporali delle sentenze, scorrendo in questa modulazione la possibilità di bilanciare le esigenze di dichiarazione di incostituzionalità della disposizione di delega formalmente invalida con quelle del legittimo affidamento e della certezza del diritto, tramite la delimitazione degli effetti *pro futuro*¹⁵³.

¹⁵² Cfr. in particolare T. MARTINES, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 23 e 24 novembre del 1988, Milano 1989, 241, il quale ha utilizzato la distinzione crisafulliana fra atto, disposizione e norma per sostenere la possibilità di giustificare la limitazione *pro futuro* degli effetti temporali delle sentenze di annullamento per vizi di forma; G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in *La delega legislativa*, cit., 319 ss.

¹⁵³ Cfr. M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivistaait.it*, n. 2/2015, 17/04/2015, 25 s., ove si sottolinea proprio come la sentenza «potrebbe avere implicazioni interessanti in altri ambiti, primo fra tutti quello, da sempre problematico, delle modalità con le quali assicurare il rispetto delle regole costituzionali che presidiano i rapporti tra gli atti normativi, specie sul versante del riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie» riferendosi esplicitamente alla ritrosia a compiere uno «scrutinio “stretto” di costituzionalità sulla legge di delega». Sulla pronuncia, che ha già suscitato un considerevole dibattito dottrinale, si v. L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza (sent. 10/2015)*, in *Forumcostituzionale*, 4/2015, 30.04.2015; C. BERGONZINI, *Note a margine di Corte cost. n. 10 del 2015: uno sguardo al merito (e alle fonti)*, *ibid.*; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi (sent. 10/2015)*, *ibid.*; F. COCOZZA, *Un salomonico equilibrio tra “giusta misura” e “decisione” nella sentenza n° 10/2015*, *ibid.*; M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale (sent. 10/2015)*, *ibid.*; D. MESSINEO, *«Accadde domani»: l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla “Robin Tax”*, *ibid.*; A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi (sent. 10/2015)*, *ibid.*; S. PANIZZA, *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, *ibid.*; A. PIN, E. LONGO, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità “in concreto” o realistico?*, *ibid.*; R. PINARDI, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità (sent. 10/2015)*, *ibid.*; M. POLESE, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento (commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015)*, in *Osservatorio co-*

D'altra parte non si vuole qui sostenere che la risposta alle molteplici questioni poste in essere da queste prassi sia da ricercarsi nel solo sindacato di costituzionalità, il quale dovrebbe essere inteso invece come ultima *ratio*, come ultimo presidio di controllo e di rispetto della Carta fondamentale, specie ove entrino in gioco le aree di autonomia e di competenza di altri poteri dello Stato. Diversamente, si rischia di caricare ancora una volta la sola Corte costituzionale della soluzione dei problemi e degli abusi di un sistema politico sempre più debole (e, forse per questa ragione, sempre più incapace di svolgere la propria funzione in maniera seria e rispettosa degli equilibri costituzionali). Ciò che, peraltro, si sostanzierebbe nella (ennesima) esplicitazione della sconfitta del nostro Parlamento, della sua incapacità di tutelare da sé il proprio cruciale e fondamentale ruolo istituzionale.

Bene sarebbe, invece, che fosse quest'ultimo, in ciascuna delle sue Camere, ad avviare una seria riflessione sulla necessità di una riforma dei regolamenti che dia attuazione piena e sostanziale alle indicazioni costituzionali¹⁵⁴, oltre che sulla necessità di prevedere strumenti di controllo interno efficaci ed in grado di arginare, con certezza, prassi abusive o distorsive di un ampio, trasparente e serio dibattito parlamentare.

Ma nulla di simile sembra scorgersi all'orizzonte. Per il momento solo i due organi posti a presidio della tutela della Costituzione sembrano essere in grado di gravarsi del peso del controllo degli equilibri democratici; peso che rischia di schiacciare, però, anche la loro autorevolezza, costringendoli sempre più ad immergersi in *political questions* che meglio sarebbe venissero affidate ad un serio ed effettivo ritorno alla politica.

stituzionale, aprile 2015; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale* (sent. 10/2015), in *Forumcostituzionale*, 4/2015, 30.04.2015; R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti* (sent. 10/2015), *ibid.*; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale* (sent. 10/2015), *ibid.*; S. SCAGLIARINI, *L'incostituzionalità sopravvenuta sfuggita alla Corte* (sent. 10/2015), *ibid.*; P. VERONESI, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, *ibid.*

¹⁵⁴ Per riprendere solo qualche suggestione sopra meglio argomentata, si potrebbe introdurre l'obbligo di motivazione della questione di fiducia, per verificarne la rispondenza ai fini di verifica della persistenza del sostegno parlamentare, ovvero strumenti di garanzia della discussione o un termine dilatorio di tre giorni a fini disincentivanti. Si potrebbe inoltre provvedere ad inserire il divieto di apposizione della questione di fiducia per disegni di legge coperti da riserva di assemblea o una disciplina degli emendamenti che, sulla scorta del modello francese, impedisca la costruzione di un'architettura emendatrice in grado di eccedere l'ambito, omogeneo, di un singolo articolo.

Antonio Iannuzzi

CRISI ECONOMICO-FINANZIARIA E DECRETI-LEGGE “MANIFESTO”

SULLA DUBBIA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE
DELLE NUMEROSE PREVISIONI DICHIARATE SALVIFICHE ED
URGENTI CHE DIFFERISCONO I LORO EFFETTI AL MOMENTO
DELL’ADOZIONE DELLE NORME DI ATTUAZIONE*

SOMMARIO: 1. Il problema delle “riforme” approvate con decreti-legge che contengono misure di non immediata applicazione – 2. Anomalie genetiche: le vicende che hanno portato alla nascita dei governi presieduti da Monti e da Letta. – 3. La larga inattuazione delle riforme anticrisi ovvero della sterilità della legge: le cifre dell’attività normativa del Governo Monti. – 4. Le inattuazioni appesantite dall’effetto trascinamento: le cifre dell’attività normativa del Governo Letta. – 5. Decreti-legge anticrisi ed equilibri politico-costituzionali: nuove scosse al sistema delle fonti del diritto, alla forma di governo e all’effettività della tutela dei diritti.

1. Il problema delle “riforme” approvate con decreti-legge che contengono diverse misure di non immediata applicazione

L’obiettivo di questo contributo è quello di analizzare a posteriori l’esperienza normativa dei due governi che hanno preceduto quello attualmente in carica, non essendo ancora possibile ovviamente considerare l’attività in corso del Governo Renzi (XII Legislatura – dal 22 febbraio 2014): il primo “tecnico”, come qualificato impropriamente in sede giornalistica, e di “larghe intese” a guida Mario Monti (XVI Legislatura – dal 16 novembre 2011 al 27 aprile 2013); il secondo “del Presidente”, secondo alcuni commentatori, e ancora di “large intese” presieduto da Enrico Letta (XVII Legislatura – dal 28 aprile 2013 al 21 febbraio 2014).

* Il saggio costituisce una versione rivista ed integrata dell’intervento tenuto al Seminario “Normatività e dintorni. Riflessioni sull’incertezza delle regole”, organizzato dall’Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC) e dall’Associazione Italia dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), Lecce, Università del Salento, 13 giugno 2014. Il lavoro è stato finito di scrivere nel mese di gennaio 2015 e fotografa i dati a quell’epoca.

Il presente lavoro intende mettere in luce un aspetto particolare del modo in cui si è concretizzata l'attività normativa dei due esecutivi: *il ricorso abusivo alla decretazione d'urgenza*, di cui se n'è fatto, d'altra parte, un (ab)uso coerente con quanto espressamente annunciato in occasione dell'ottenimento dell'iniziale fiducia parlamentare, *specialmente sotto la prospettiva dell'attuazione normativa o amministrativa delle misure generali introdotte*.

Entrambi i governi erano nati sulla scia della spinta della crisi economico-finanziaria, che ha avuto avvio nel 2008 negli USA con la crisi dei *subprime*, ma che in Italia ha raggiunto il punto di maggiore emersione nel corso della seconda metà del 2011. La genesi di questi due governi ha presentato elementi di forte irritualità che si sono ripercossi fatalmente sulle forme della determinazione dell'indirizzo politico, creando condizioni di notevole criticità ai danni dell'ordinamento costituzionale italiano, fino a costringerlo in grave tensione.

La ragione genetica di entrambi i governi è stata quella di fronteggiare la crisi dirompente con l'obiettivo di fare «i compiti a casa»¹ per ben figurare con l'Europa, cioè di approvare “le riforme” come ossessivamente e infelicitamente si continua a ripetere da anni in Italia, magari secondo un percorso segnato da “cronoprogrammi”, neologismo illogico e stilisticamente non apprezzabile, il cui influsso negativo in termini scarantici dovrebbe ormai essere valutato alla luce del fatto che evoca scadenze che finiscono puntualmente per essere disattese.

Questo percorso “riformatore” realizzato a suon di decreti-legge in molti casi non ha introdotto innovazioni definite nel dettaglio e perciò immediatamente applicative ma, anche a causa della fretta con cui è stato portato avanti, ha fatto largo ricorso a tre modelli normativi alternativi: i) decreti-legge che dispongono delegificazioni; ii) decreti-legge che richiedono la loro esecuzione/attuazione per via regolamentare, secondo

¹ Per utilizzare propriamente la formula utilizzata dal Presidente del Consiglio dei ministri, Mario Monti, in diverse occasioni, ma significativamente soprattutto a seguito di incontri intercorsi con i Capi di Stato dei principali Paesi europei: il 24 novembre 2011 davanti al Cancelliere tedesco, Angela Merkel, e al Presidente francese, Nicolas Sarkozy (<http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-11-24/premier-monti-incontra-merkel-103032.shtml?uuiid=AaQIq8NE>), il 2 agosto 2012 lo ha ripetuto al Primo ministro spagnolo, Mariano Rajoy (http://www.repubblica.it/politica/2012/08/02/news/monti_se_lo_spread_resta_alto_rischio_governo_anti_ue-40194653/), il 4 settembre 2012 nella conferenza stampa indetta a seguito del colloquio con il nuovo Presidente francese, François Hollande (<http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2012-09-04/montihollande-vertice-futuro-europa-144748.shtml?uuiid=AbyPlJYG>).

lo schema ordinario; *iii*) decreti-legge che rinviino la loro attuazione a non meglio qualificati decreti “non aventi natura regolamentare”².

Il ricorso congiunto a queste tre tecniche di normazione, nelle dimensioni che il fenomeno ha raggiunto, producono in larga parte il differimento dell’entrata in vigore di molte disposizioni contenute nel decreto-legge ad un momento successivo, concretizzando una nuova forma di catena normativa³ poco ortodossa, soprattutto in virtù del fatto che il decreto-legge dovrebbe recare “misure di immediata applicazione”⁴, come prescrive l’art. 77 Cost. nella specificazione che ne fa l’art. 15, co. 3, della legge n. 400/1988.

Tuttavia, non è solo per lo sconvolgimento che determina nel sistema delle fonti del diritto che i tre fenomeni descritti devono essere denunciati ed analizzati, ma *soprattutto*, mi verrebbe da dire vista la difficilissima congiuntura economica, politica e sociale che stiamo attraversando, in relazione all’efficacia che tali politiche hanno registrato.

In questo momento storico, forse, non è l’ulteriore forte scossone negativo al già fragile equilibrio del sistema delle fonti del diritto il bene più importante che è stato sacrificato sull’altare di un risanamento e di una ripresa economica i cui contorni stentano ancora a farsi intravedere. Il sacrificio è stato più grande perché ha messo in ginocchio la legalità costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali⁵, finendo per im-

² Quest’ultima prassi, che ha accomunato l’azione dei due governi in esame, alimenta con vigore la mole della “fuga dal regolamento”, fenomeno mai sopito nel nostro ordinamento, sia statale che regionale, ma che viene ad essere utilizzato nel più recente periodo per conseguire, come si vedrà, convenienze diverse rispetto a quelle perseguite in passato. Sono numerosissime ormai le previsioni di legge statale che, senza citare l’art. 17, legge n. 400/1988, rinviino la loro attuazione a decreti “di natura non regolamentare”, così come anche di legge regionale che richiedono sviluppo normativo secondario, senza fare almeno formale richiamo alle previsioni statutarie sui regolamenti.

³ È noto che si deve a G.U. RESCIGNO, *L’atto normativo*, Bologna 1998, 178 ss., l’elaborazione concettuale del concetto di «catena normativa».

⁴ Il tema dell’autoapplicatività delle norme è molto scivoloso, ma fa chiarezza sul punto A. GUAZZAROTTI, *L’autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli 2011.

⁵ Com’è stato efficacemente scritto da E. OLIVITO, *Crisi-economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivistaic.it*, 2014, 13, «la crisi scoppiata nel 2008 ha costituito un fortissimo elemento di pressione sugli assetti costituzionali prefigurati nelle carte costituzionali del secondo dopoguerra, alterando l’organizzazione dei poteri, la tutela dei diritti fondamentali, i rapporti tra gli organi costituzionali e le relazioni tra i livelli di governo», che in Italia si è manifestata in una acuta, anche se a dire il vero non nuova, forma «di insofferenza nei riguardi della legalità costituzionale e delle sue garanzie».

pattare negativamente persino sullo spirito e sulla tenuta dell'ordine costituzionale.

Ma una così forte compressione dell'effettività delle garanzie offerte dalla Costituzione⁶ è stata giustificata dalla eccezionale necessità di introdurre innovazioni istituzionali e sociali tangibili per fronteggiare la straordinaria emergenza? L'analisi della mole di decreti-legge che sono stati affannosamente adottati ha prodotto quel lavaggio del sangue che, secondo molti, sarebbe necessario per salvare il nostro Paese?

Purtroppo, anticipando le conclusioni, molte misure presentate, appunto, come salvifiche, indifferibili ed urgenti sono poi rimaste sospese, come mera ostentazione di buona volontà, nel limbo delle intenzioni e delle occasioni mancate.

Si è preferito, com'è evidente, fare ricorso a *leggi-manifesto*⁷, che sono «grida in forma di legge», come già era stato denunciato nel Rapporto Giannini⁸, leggi che restano «una pia intenzione» come una «nuvola di parole mute»⁹. Parole mute ma che evidentemente qualcosa a qualcuno comunicano: agli elettori, illusi da proclami sbandierati, e ai mercati, che si muovono in modo talvolta apparentemente incomprensibile, ma che a volte sembrano in cerca di rassicurazioni e risposte¹⁰. Vengono con frequenza in rilievo, in definitiva, leggi che hanno

⁶ Denuncia il rischio della perdita di normatività della Costituzione, del suo impoverimento, se non del suo smarrimento A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, Relazione conclusiva per l'Italia delle V Giornate italo-ispino-brasiliane di diritto costituzionale su "La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale", Lecce 14-15 settembre 2012, in *Giurcost.it*, 13 s.

⁷ Come le qualificava un importante studio di qualche anno fa R. BETTINI, *Sociologia del diritto*, VII ed., Milano 1998, 55 s. Ma v. anche ID., *Leggi-manifesto e crisi delle istituzioni*, in *Giustizia e Costituzione*, 1978.

⁸ Il Rapporto Giannini si concentrava specificamente sul «problema delle analisi di attuabilità amministrativa delle leggi» e denunciava «l'abbondanza delle gridi in forma di legge del Parlamento o delle Regioni».

⁹ M. AINIS, *Le troppe leggi rimaste vuote*, Corriere della sera, 28 agosto 2013.

¹⁰ G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo. Relazione al XXVIII Convegno Annuale dell'AIC*, in *Rivistaaic.it*, 2013, 4, ha fatto riferimento ad una «doppia fiducia» di cui devono godere gli stati democratici, allorché siano diventati stati-debitori, nei confronti dei cittadini e nei confronti dei mercati finanziari, che esse possono entrare in conflitto perché parametrati ad interessi diversi: «Gli uni hanno di mira il soddisfacimento delle loro aspettative connesse all'incremento o almeno alla stabilità dei loro diritti; i secondi richiedono la solvibilità dello Stato e quindi, nel caso in cui i conti pubblici non sono in ordine, esigono politiche di consolidamento fiscale che implicano la limitazione delle aspettative dei cittadini». Di «doppia fiducia» avevano già parlato A. RUGGERI, *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"*

mera valenza di annuncio e che dunque possono ben essere qualificate come leggi-annuncio o leggi sterili, perché spesso non trovando seguito, regolamentare o amministrativo, restano appunto improduttive di effetti giuridici.

Come si vede, insomma, i compiti a casa non li abbiamo proprio fatti tutti, e in taluni casi forse non è stato neanche un male, ma se davvero ci erano stati assegnati come necessari per il salvataggio del Paese, speriamo che in Europa nessuno se ne accorga¹¹.

2. *Anomalie genetiche: le vicende che hanno portato alla nascita dei governi presieduti da Letta e da Monti*

Prima di analizzare i modi in cui si è manifestata l'azione normativa dei due governi che si sono succeduti, è utile fare un altro passo indietro per soffermarsi sulle circostanze che ne hanno favorito la nascita, al fine di far emergere il filo rosso che lega le contingenze politiche e le difficoltà nel dare effettivo seguito normativo agli obiettivi in agenda con le ragioni e i modi che hanno permesso l'affermazione dei due esecutivi, nel tentativo di far emergere lo stretto legame tra forma di governo e sistema delle fonti del diritto¹².

Se è certa la data di nascita del Governo Monti (16 novembre 2011), meno sicura è la data del suo concepimento. Con un notevole grado di certezza essa può essere fatta risalire alla calda stagione estiva del 2011, allorché l'Italia viene colpita dalla crisi del debito sovrano, con una

(nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in *Federalismi.it*, 2011, e F. MODUGNO, *Appunti sul ruolo del Capo dello Stato nelle crisi dell'ordinamento*, in *St. parl. pol. cost.*, 2011, 146.

¹¹ Forse per evitare il rischio di far passare l'idea di un Paese incapace di produrre decisioni politiche, il Presidente del Consiglio dei ministri Letta, in sede di dichiarazioni programmatiche in occasione del voto sulla mozione di fiducia iniziale in Senato, aveva ammonito che era necessario scrollarsi presto «di dosso l'idea che stare in Europa voglia dire «fare i compiti a casa». L'Europa non è un compito, è un cammino dei popoli, in cui l'Italia non deve mettersi da sola dietro la lavagna, ma agire da guida, perché l'Italia può farlo» (*"Saper cogliere l'attimo". L'intervento di Letta per la fiducia in Senato*, 2 ottobre 2013, in *Governo.it*). Le cose nonostante le intenzioni, come mostreranno i dati, non sono cambiate significativamente.

¹² Sostengono la tesi della stretta connessione tra forma di governo e sistema delle fonti soprattutto B. CARAVITA, M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Pol. dir.*, 1986, 263 ss., ma anche A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1987, 217 ss.

forte fibrillazione dei mercati finanziari, con il rischio di divenire anche bersaglio degli speculatori internazionali¹³. Lo *spread*, ossia il differenziale tra i Btp e gli omologhi Bund tedeschi, assurge all'onore delle cronache politiche tanto da divenire persino oggetto delle chiacchiere sotto l'ombrellone. Nei primi giorni di luglio si colloca a 225 punti, dopo che a gennaio aveva segnato i 173 punti. Alla fine dell'anno, il 30 dicembre, toccherà quota 528, facendo registrare un'impennata di ben 355 punti.

Le agenzie di rating, titolari di un potere anomalo e incontrollato¹⁴, ci degradano e ci penalizzano: il 1° luglio Standard & Poors emette un bollettino in cui critica la manovra finanziaria appena approvata, denuncia la quasi impercettibile crescita economica e manifesta una sfiducia verso il quadro politico italiano. È l'anticipazione di un *downgrade* che arriverà prima nella notte del 20 settembre e poi ancora il 13 gennaio 2012 allorché sarà declassato ancora di due punti il *rating* dell'Italia, accomunando la valutazione ad altri cinque Paesi europei, ma anche di un punto quello della Francia.

L'Italia, alle prese con un debito pubblico endemicamente alto, già oggetto di una procedura di infrazione di disavanzo eccessivo con decisione del Consiglio del 19 gennaio 2010 (2010/286/EU)¹⁵, nell'estate 2011 arriva ad un passo dall'insolvenza per l'impossibilità di rifinanziare il proprio debito.

A questo punto si verifica una costante della storia italiana, ossia l'evento salvifico esterno, un aiuto sovranazionale che stavolta però non ha natura militare: la decisione di agosto della Banca Centrale Europea

¹³ Molto si è discusso riguardo alla tesi avanzata dal giornalista statunitense Alan Friedman secondo cui il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano avrebbe sondato la disponibilità di Mario Monti per la carica di *premier* già nel corso dell'estate del 2011 (A. FRIEDMAN, *Ammazziamo il gattopardo*, Bologna 2014, spec. cap. 3 *Il piano del Presidente*).

¹⁴ Sul tema centrali sono gli studi di C. PINELLI, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in *Costituzionalismo.it*, 2012 e di G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, spec. 27 ss. In argomento si vedano anche F. PARMEGGIANI, *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, in *Giur. comm.*, 2010, 121 ss.; L. PIANESI, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private "geneticamente modificate"*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2011, 179 ss.; A. BENEDETTI, *Le agenzie di rating tra crisi dei modelli di mercato e criticità dei processi di regolamentazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2012.

¹⁵ Per questo aspetto si rinvia a S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, cit., 22.

(BCE) di intervenire per l'acquisto di titoli del debito pubblico degli Stati europei in difficoltà. In coincidenza di questo intervento, lo spread inizia a calare, per un primo periodo.

Ma c'è un prezzo da pagare. E la BCE inesorabilmente presenta il conto.

Il 5 agosto perviene all'allora Presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi, una missiva riservata, indirizzata appunto dalla BCE. È sottoscritta da Jean-Claude Trichet e da Mario Draghi, all'epoca rispettivamente Presidente della BCE e Governatore della Banca d'Italia, ma destinato quest'ultimo a subentrare ben presto al primo, poi resa di pubblico dominio il 29 settembre a seguito di pubblicazioni avvenute su alcuni quotidiani nazionali. Il contenuto è un elenco di riforme da battezzare, che si spinge persino ad indicare lo strumento con cui porle in essere: il decreto-legge¹⁶, nell'ambito di una richiesta di una *complessiva, radicale e credibile*¹⁷ strategia di riforme¹⁸.

Insomma, la temporanea messa in sicurezza del debito pubblico produce una nuova forma di limitazione della sovranità e la richiesta di un ulteriore sacrificio della tutela sociale.

A settembre dopo il taglio del *rating* da parte di Standard & Poors, però, lo spread ricomincia a volare e la risposta dei mercati sui titoli italiani si fa davvero dura con i Credit default swap, strumenti utilizzati come copertura dal rischio di fallimento di uno Stato (*sovereign CDS*).

Il 9 novembre lo spread raggiunge il livello record di 574 punti.

Il pomeriggio del 12 novembre 2011 il Presidente del Consiglio dei ministri, Silvio Berlusconi, rassegna le dimissioni nelle mani del Presidente della Repubblica.

È stato detto che sarebbe «riduttivo attribuire al solo spread sempre più grande fra i titoli di Stato tedeschi e italiani, il motivo che abbia in-

¹⁶ Testualmente: «In view of the severity of the current financial market situation, we regard as crucial that all actions listed in section 1 and 2 above be taken as soon as possible with decree-laws, followed by Parliamentary ratification by end September 2011».

¹⁷ «Comprehensive, far-reaching and credible».

¹⁸ Per un'analisi delle ripercussioni sull'indirizzo politico e sulla produzione normativa della lettera della BCE si v. il brillante contributo di E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali*, cit. Più in generale, sul rapporto tra crisi economica e posizione politico-costituzionale dello Stato è magistrale la riflessione di S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, cit. In tema si vedano anche i contributi di G. RIVOCCHI, *Il Parlamento*, e di D. CODUTI, *Il Governo*, entrambi in AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, a cura F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli 2012, 221 ss. e 263 ss.

dotto Berlusconi a rassegnare le dimissioni»¹⁹, tuttavia la crisi di governo si produce anche per il concorso di cause endogene, ma certamente la sfiducia dei mercati finanziari è decisiva per decretare la fine dell'esperienza di governo.

Solo pochi giorni dopo, al termine di consultazioni-lampo, il Governo presieduto dal neo senatore a vita, Mario Monti, presta giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica per poi ottenere una larghissima fiducia da parte delle Camere. Un Governo che, a dire di molti, presentava tre peculiarità: "presidenziale" per il notevole ruolo di impulso e di scelta svolto dal Presidente della Repubblica, assunto schmittianamente ed espositivamente a reggitore dello Stato nella crisi; "parlamentare" o "di grande coalizione" per l'amplissima maggioranza politica che lo sosteneva e che abbattava lo steccato bipolare consolidatosi negli ultimi due decenni; "tecnico" per la sua composizione rappresentativa di professionalità della società civile²⁰.

Tralasciando in questa sede gli aspetti teorici relativi alla triplice connotazione del Governo Monti²¹, ma solo rilevando che soprattutto sulla qualificazione di governo "tecnico" la dottrina ha espresso forti contrarietà, essendo tutti i governi, in realtà, politici, quello che ai fini di questo scritto è utile mettere in rilievo è, da una parte, la stretta aderenza fra le richieste dei principali Paesi europei, emerse nella lettera sottoscritta dalla BCE, e l'indirizzo politico governativo e dall'altra, che la garanzia di questa saldatura è stata offerta dal Presidente della Repubblica, come d'altronde si mostra in tutta la sua evidenza nel comunicato diramato dalla Presidenza della Repubblica l'8 novembre 2011, a seguito di un col-

¹⁹ Cfr. T.E. FROSINI, *Anatomia e anomalia di un governo tecnico*, in *Ianus*, 2012, 269 a cui si rinvia per un'analisi dei fattori politici interni che hanno determinato la crisi. Primo fra tutti la sconfitta incassata dal governo per via della mancata approvazione, l'11 ottobre 2011 alla Camera dei deputati, dell'articolo 1 del disegno di legge che recava l'approvazione del "Rendiconto generale dello Stato", fatto mai accaduto prima nella storia costituzionale italiana.

Sulle vicende che hanno portato alla nascita del Governo Monti si vedano l'esauriente dossier di N. MACCABIANI, M. FRAU, E. TIRA, *Dalla crisi del IV Governo Berlusconi alla formazione del I Governo Monti*, in *Rivistaiaic.it*, 1/2012 e la ricostruzione di D. PICCIONE, *Anatomia di una crisi di governo*, in *Rass. parl.*, 2011, 925 ss.

²⁰ Secondo lo schema proposto da M. OLIVETTI, *Governare con l'aiuto del Presidente*, ne *Il Mulino*, 2012, 235.

²¹ In questo senso A. RUGGERI, *Art. 94 della Costituzione vivente*, cit., 2011, 6 s.; I. NICOTRA, *Il Governo Monti (Napolitano): l'Unione Europea e i mercati finanziari spingono l'Italia verso un semipresidenzialismo mite*, 2011, in *Federalismi.it*, 5 s.; T.E. FROSINI, *Anatomia e anomalia*, cit., 274 s.

loquio avuto con l'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi, in cui il Capo dello Stato dà garanzia della consapevolezza del Presidente del Consiglio dell'«urgente necessità di dare puntuali risposte alle attese dei partner europei con l'approvazione della Legge di Stabilità, opportunamente emendata alla luce del più recente contributo di osservazioni e proposte della Commissione europea»²². La stessa scelta del Presidente del Consiglio incaricato, ancora, segue questa logica, com'è palese nell'invito alle forze politiche presenti in Parlamento a «largamente incoraggiare nell'incarico di formare il nuovo governo il sen. prof. Mario Monti, personalità indipendente, rimasta sempre estranea alla mischia politica ed al tempo stesso dotata di competenze ed esperienze che ne fanno una figura altamente conosciuta e rispettata in Europa e nei più larghi ambienti internazionali»²³.

La successione dei comunicati presidenziali rivela che la causa dell'acuirsi della crisi italiana per via della sfiducia dei mercati finanziari e degli altri Paesi europei è percepita principalmente come deficit di credibilità internazionale verso la capacità decisionale della politica in Italia.

Ci si soffermerà nel prossimo paragrafo sui modi in cui il Governo Monti ha cercato di rispondere alla crisi e di recuperare la fiducia internazionale. Nell'economia di questo lavoro è, però, prima necessario esaminare le analogie che hanno caratterizzato la formazione del Governo successivo²⁴.

Le elezioni politiche del 24 e 25 febbraio 2013 fanno registrare un risultato inatteso. Il sorprendente successo della lista *Movimento Cinque Stelle* sia alla Camera dei deputati (25,55% dei voti) sia al Senato della Repubblica (23,79%) incrina l'asse bipolare della politica italiana. Se alla Camera il sistema elettorale produce una maggioranza artificiale grazie all'effetto aberrante del premio di maggioranza assicurato da una legge elettorale che sarà poi dichiarata incostituzionale²⁵, nonostante la coalizione di centro-sinistra avesse conseguito solo il 29,55% dei consensi (a fronte del 29,18% ottenuto dalla coalizione di centro-destra), al Senato

²² I comunicati del Presidente della Repubblica, com'è ampiamente noto, sono disponibili sul sito internet istituzionale del Quirinale.

²³ Dichiarazione del Presidente Napolitano al termine delle Consultazioni, 13 novembre 2011.

²⁴ Un'amplessissima analisi estremamente documentata dei fatti che hanno condotto alla nascita del Governo Letta è stata presentata da M. OLIVETTI, *Il tormentato avvio della XVII legislatura: le elezioni politiche, la rielezione del Presidente Napolitano e la formazione del Governo Letta*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2014.

²⁵ Corte cost., sent. n. 1/2014.

si produce uno «*hung Parliament*»²⁶ perché nessuna delle coalizioni presentatesi né la Lista del Movimento Cinque Stelle ottengono i numeri per dare vita ad una maggioranza di governo. Questa situazione di stallo politico-istituzionale produce dapprima il fallimento del pre-incarico all'On. Bersani, segretario del *Partito democratico* e indicato come candidato alla Presidenza del Consiglio dalla coalizione di centro-sinistra, quindi una sospensione del procedimento di formazione del governo e la nomina di un Comitato di dieci «saggi». Dopo l'eccezionale rielezione di Napolitano alla Presidenza della Repubblica (20 aprile 2013) viene ad essere ripreso l'iter di formazione del governo, che il 24 aprile 2013 finalmente registra un passo in avanti con il conferimento dell'incarico all'On. Enrico Letta.

Il governo Letta presenta diversi elementi di connessione con l'esecutivo precedente.

In primo luogo, perché si qualifica anch'esso come di “grande coalizione”, godendo della fiducia dei principali gruppi parlamentari, con l'eccezione dei gruppi del *Movimento Cinque Stelle*, di *Sinistra Ecologia e Libertà*, di *Fratelli d'Italia* e della *Lega Nord*, anche se viene meno la connotazione pseudo-“tecnica”, per il fatto che i ministri vengono ad essere espressi dai partiti della singolare maggioranza politica.

In secondo luogo, pure questo esecutivo in qualche modo può essere definito «del Presidente», sia per la forza predominante esercitata dal Presidente della Repubblica in occasione della sua formazione, sia per l'influenza esercitata nel corso dell'esercizio di governo. Chiarissime, al riguardo, le parole pronunciate il 19 agosto 2013 dal Presidente Letta nel corso di un'intervista rilasciata ad una televisione austriaca: «Il mio è un governo parlamentare di grande coalizione e deve la sua fiducia al Presidente della Repubblica e al Parlamento. Lavorerò finché avrà la fiducia del Presidente della Repubblica e del Parlamento»²⁷.

Anche questo governo, infine, affonda le radici nella palude della crisi e la necessità di un governo di grande coalizione viene giustificata dal Presidente Letta in ragione del fatto che «L'Italia corre un rischio che potrebbe essere fatale, irrimediabile». Il punto centrale, ancora una volta, è la credibilità internazionale: «L'Italia può arrivare forte e credibile al 2014 quando guideremo l'Europa per costruirla (e raccontarla)

²⁶ Così M. OLIVETTI, *op. ult. cit.*, 10.

²⁷ L'intervista è documentata in un articolo di E. PATTA, *Letta su Berlusconi: il Pdl si assumerà le sue responsabilità*, *Il Sole 24 Ore*, 21 agosto 2013.

più unita, più solidale e più vicina ai cittadini. Ma non c'è influenza senza credibilità. Credibilità vuol dire conti in ordine, stabilità politica, obiettivi politici chiari».

Ma da soli gli obiettivi politici chiari non sarebbero potuti essere sufficienti. Il Governo che stava nascendo avrebbe potuto «continuare a vivere e a fare bene solo se» fosse stato «convincente nella definizione del programma e nella sua *attuazione*»²⁸ (corsivo aggiunto).

Ma così non è stato.

Come vedremo, proprio sul piano dell'attuazione delle leggi l'azione dei due governi in esame è stata deficitaria. Ai due governi che sono sotto la lente non solo è mancata una chiara ed autonoma definizione del programma di governo, ma anche una strategia efficace e corretta per individuare gli strumenti costituzionalmente più idonei per realizzare gli obiettivi.

3. *La larga inattuazione delle riforme anticrisi ovvero della sterilità della legge: le cifre dell'attività normativa del Governo Monti*

Il governo Monti si era presentato annunciando che avrebbe governato a colpi di decreti-legge, assecondando le richieste della BCE.

Ed in effetti, almeno per ciò che concerne la scelta dello strumento normativo, la “promessa” è stata mantenuta. Anzi, il numero di decreti adottati è stato probabilmente persino superiore alle intenzioni: l'esecutivo Monti ha fatto registrare una media mensile di 2,66 decreti legge al mese con una media mensile di commi originari pari a 203,70²⁹.

Anche per avere un'idea delle dimensioni del fenomeno dei decreti-legge adottati dal Governo Monti che rinviando a regolamenti o a decreti “non aventi natura regolamentare”, è bene partire dalle cifre ufficiali pubblicate nel Rapporto dell'Ufficio per il Programma di Governo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri³⁰.

²⁸ Le citazioni sono ricavate dal discorso del Presidente del Consiglio al Senato, in occasione dell'ottenimento della fiducia iniziale.

²⁹ Il dato si ricava dal Rapporto n. 2 del Servizio Studi, Osservatorio sulla legislazione, Camera dei deputati, La produzione normativa nella XVII Legislatura. Aggiornamento al 31 maggio 2014, n.2. L'incremento è particolarmente significativo se si considera che la media mensile dei decreti-legge adottati dal Governo Berlusconi IV era di 1,89, con una media mensile di commi originari pari a 91,46.

³⁰ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio per il programma di Governo, *Il mo-*

Nei quindici mesi in cui il Governo è rimasto in carica (16 novembre 2011 – 27 aprile 2013) sono stati adottati 69 atti normativi primari: 45 tra leggi e decreti legge convertiti e 24 decreti delegati derivanti da leggi delega. Tutti questi atti contengono previsioni che rinviavano a ben 832 provvedimenti normativi secondari di attuazione.

Ebbene, a fronte di questa enorme mole di norme da attuare, si ricavano dal Rapporto, aggiornato al 15 febbraio 2013, i seguenti dati:

a) per ben 208 atti secondari su 832, che corrispondono esattamente al 25%, non è stato previsto un termine. Il rapporto istituzionale predisposto dall'Ufficio per il programma di Governo, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri chiarisce che «non rivestendo requisiti essenziali per l'operatività del provvedimento, la loro adozione è stata rinviata a tempi successivi», infatti «allo stato attuale non è in corso un *iter* attuativo»;

b) l'adozione di altri provvedimenti (55) è stata tralasciata poiché sarebbero venuti a scadere dopo la fine della legislatura (sic!);

c) altri (56), infine, sono misure *eventuali* o sono stati resi irrilevanti da interventi legislativi successivi che hanno elevato al livello primario specificazioni che originariamente erano affidate alla normativa secondaria.

Oltre il 38% degli atti secondari da adottare, dunque, non viene adottato o perché lasciato spontaneamente in carico al governo successivo o perché oggetto di un processo successivo di legificazione.

Restano quindi 513 provvedimenti da adottare che evidentemente sono necessari per l'attuazione delle norme primarie. Di questi:

i) meno della metà (227) sono stati effettivamente adottati tempestivamente o tardivamente rispetto ai termini eventualmente fissati;

ii) alcuni provvedimenti (82) «sono stati definiti nei loro contenuti sostanziali dal Ministero estensore e sono ora presso i Ministeri che devono esprimere il concerto, presso istituzioni esterne che devono esprimere un parere, in attesa di essere inviati alle Camere per l'acquisizione del relativo parere».

iii) altri (90) «pur in corso di elaborazione, hanno già visto scadere (alla data del 15 febbraio 2013) il termine per la loro predisposizione»;

iv) ulteriori provvedimenti secondari (84) «sono in corso di elabora-

nitoraggio dei provvedimenti di attuazione delle leggi approvate durante il Governo Monti, febbraio 2013 reperibile al seguente indirizzo: http://www.governo.it/Presidenza/ufficio_statistica/documenti/rapporto_amministrativo.pdf.

zione, senza che la legge preveda un termine entro il quale devono essere predisposti»;

v) infine, 30 atti secondari pur in scadenza, non sono ancora stati adottati.

Se si vuole misurare, in percentuali, lo stato di attuazione dei 513 provvedimenti si può dire che: il 44,2% è stato adottato, mentre nel 55,8% è mancata l'attuazione

Ma queste percentuali hanno come parametro il numero ridotto preso in considerazione come urgente dal governo. Se guardiamo al totale delle misure da adottare il dato statistico si fa ancora più impietoso segnalando solo il 27,3% di attuazioni concluse a fronte evidentemente del 72,7% di non attuazioni³¹. Tra questi, si dichiara che «gli atti di materia finanziaria vengono generalmente adottati con più urgenza di altri».

Questi dati segnalano dunque che quasi i tre quarti della produzione normativa secondaria di attuazione non è stata poi effettivamente adottata dal Governo Monti³² e suscitano diverse riflessioni.

Occorre anche ricordare che i termini previsti dalla legge per l'adozione dei regolamenti sono considerati dalla giurisprudenza amministrativa come ordinatori. Dalla mancata adozione in genere non deriva alcuna conseguenza giuridica, se non l'efficacia differita del provvedimento.

La ritardata adozione dei provvedimenti attuativi ha provocato nel 6,73% dei casi una legificazione (56 su 832).

In altrettanti casi (6,61% corrispondente a 55 su 832) l'attuazione è stata ritardata perché il termine di scadenza era stimato successivo alla data di cessazione (allora presunta) del mandato del Governo Monti.

Se solo poco più di un quarto di queste misure è stato effettivamente adottato (27,28% vale a dire 227 su 832) è anche da valutare che più della metà (il 54%, pari a 451 provvedimenti) dei provvedimenti secondari da adottare erano previsti dalle 8 leggi di riforma economico-finanziaria e che 7 di queste fonti primarie sono decreti-legge³³! Inoltre si

³¹ Il rapporto governativo citato indica nel 44,2% la percentuale di atti positivamente adottati. In realtà, si perviene a questa percentuale scomputando gli atti che pur autorizzati dalla legge tuttavia non precludono l'efficacia delle misure ivi previste.

³² Una documentata indagine sulla produzione normativa secondaria del Governo Monti è stata presentata da E. TIRA, *L'attività normativa secondaria del Governo Monti*, all'interno del dossier *Dalla crisi del IV Governo Berlusconi alla formazione dei I Governo Monti*, cit.

³³ Salva Italia (L. 214/2011 – D.L. 201/2011); Cresci Italia (L. 27/2012 – D.L.

legge che «Dall'analisi di tali provvedimenti, risulta che la quota più ingente di provvedimenti è prevista dalla *Spending review* II (107 provvedimenti, pari al 24% del totale dei 451 provvedimenti previsti), dal Salva Italia e dal Decreto Sviluppo II (entrambi con 84 provvedimenti, pari al 19% ciascuno)». La percentuale di attuazione delle norme contenute in questi tre decreti-legge dichiarati fondamentali e di straordinaria necessità e di urgenza, al 15 febbraio 2013, risulta attestarsi al 37,2%, essendo stati adottati solo 168 provvedimenti, con una mancata attuazione del 63,8%, residuando a quella data 283 provvedimenti da approvare³⁴.

Come si vede, il risultato non è affatto incoraggiante: i provvedimenti previsti, nella gran parte dei casi, in atti adottati in circostanze di straordinaria necessità e urgenza non vengono poi effettivamente attuati.

È facile pervenire alla conclusione che le “riforme” pur nei casi in cui vengono portate almeno a termine dal punto di vista dell'adozione dell'atto normativo primario, in larga parte restano inattuate e, dunque, in molti casi improduttive di effetti giuridici sostanziali.

Inoltre, sempre analizzando la fotografia dei dati, si evince che una condizione di aggravamento dello stock attuativo è costituita da un fenomeno che può essere definito come “effetto trascinamento”, che si verifica per via del fatto che i governi precedenti lasciano in carico, lasciano appunto, un considerevole numero di norme da attuare, solo in parte inevitabile, ai governi successivi³⁵.

1/2012); Semplifica Italia (L. 35/2012 – D.L. 5/2012); Semplificazione Fiscale (L. 44/2012 – D.L. 16/2012); Riforma del Lavoro (L. 92/2012); *Spending review* I (L. 94/2012 – D.L. 52/2012); Decreto Sviluppo II (L. 134/2012 – D.L. 83/2012); *Spending review* II (L. 135/2012 – D.L. 95/2012)

³⁴ Di cui: «127 sono quelli senza un termine stabilito per l'adozione, 56 provvedimenti che, seppur non ancora adottati, sono stati comunque definiti dall'Amministrazione competente, 46 provvedimenti il cui termine di adozione è scaduto, 35 provvedimenti eventuali o non più necessari o subordinati al verificarsi di altre condizioni/fasi/eventi; gli altri 19 sono provvedimenti il cui termine è successivo al 15 febbraio 2013 e quindi non ancora scaduti».

³⁵ «Del complesso di provvedimenti attuativi pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale nel 2012, solo il 31 per cento riguarda leggi approvate in vigenza del governo Monti, mentre il 53 per cento riguarda leggi approvate in vigenza del governo Berlusconi-IV, l'8 per cento è relativo a leggi approvate durante il mandato del governo Prodi-II, il restante 8 per cento concerne infine leggi approvate durante l'esperienza dei governi della XIII e XIV legislatura». È già stato evidenziato nel testo, invece, come il Governo Monti abbia fatto scivolare verso il governo successivo una cospicua mole di norme da attuare.

4. *Le inattuazioni appesantite dall'effetto trascinamento: le cifre dell'attività normativa del Governo Letta*

Non meno significativi i numeri relativi del Governo presieduto da Enrico Letta, benché la esigua durata del mandato non consenta analisi altrettanto ricche di dati e di considerazioni specifiche, essendo l'esecutivo rimasto in carica per poco meno di nove mesi dal 28 aprile 2013 fino al 22 febbraio 2014.

Assai copiosi, anche in questo caso, i decreti-legge adottati, a fronte di una media mensile pari a 2,55 e con 149,69 commi originari al mese³⁶.

I dati istituzionali forniti dall'Ufficio per il Programma di Governo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri fotografano l'attività normativa fino al 31 dicembre 2013³⁷.

Tra i numerosi decreti-legge adottati 13 risultano positivamente convertiti in legge, mentre degli altri 9, a quella data, 7 risultavano in attesa di conversione e 2 decaduti. Per completezza di analisi, sempre alla stessa data, risultavano adottati anche 3 decreti-legislativi, mentre 5 leggi di iniziativa governativa, di cui una di ratifica, erano state approvate dal Parlamento.

Il complesso delle norme da attuare deve tenere conto anche di 11 provvedimenti normativi venuti alla luce in vigenza del Governo Monti, ma pubblicati successivamente (3 Leggi di conversione di decreti-legge; 7 leggi di iniziativa governativa, di cui 5 di ratifica; 1 decreto legislativo delegato).

In totale questi atti normativi primari avrebbero richiesto complessivamente 435 provvedimenti di attuazione³⁸. Tuttavia, l'ultimo monitoraggio

³⁶ Questa rilevazione è mutuata dal già citato Rapporto n. 2 del Servizio Studi presso l'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati.

³⁷ I numeri dell'attività normativa del Governo Letta sono ricavati in particolare dai seguenti rapporti: Presidenza del Consiglio dei ministri, Ufficio per il Programma di Governo, *Il monitoraggio dell'attività di Governo. Seconda rilevazione*, 30 novembre 2013, *Il monitoraggio dell'attività di governo. Terza rilevazione*, 31 dicembre 2013, reperibili sui siti archeologici del Governo (<http://www.sitiarcheologici.palazzochigi.it>), nella sezione dell'Ufficio per il Programma di Governo, nonché il primo in http://www.publicpolicy.it/wp-content/uploads/2014/01/LEGNINI_Attuazione-30-novembre-2013-DEF.pdf.

³⁸ Gli atti normativi secondari di attuazione sono in larga parte previsti da d.l.: a) 89 provvedimenti (pari al 20% dei 435 provvedimenti previsti) sono previsti dal “Decreto del Fare” (Legge 98/13 di conversione del D.L. 69/13); b) 84 provvedimenti (pari circa al 19%) dalla Legge di stabilità per il 2014 (Legge 147/13); c) 37 provvedimenti (pari circa al 9%) dal D.L. istruzione, università e ricerca (Legge 128/13 di conversione del D.L. 104/13); d) 34 provvedimenti (pari all'8%) sono previsti dal Decreto razionalizza-

dello stato di attuazione disponibile dà conto di soli 313 provvedimenti, perché esclude 122 provvedimenti attuativi previsti da provvedimenti legislativi pubblicati su Gazzetta Ufficiale dopo il 20 dicembre 2013.

Ebbene, al 31 dicembre 2013 il Governo dava conto che soltanto 48 provvedimenti risultavano adottati, corrispondente ad un tasso di attuazione del 15,3, che solo in parte si giustifica per via della temporalmente limitata esperienza dell'esecutivo in esame.

Tuttavia, a partire da questa esperienza di governo, è stato posto l'accento sulla questione dell'attuazione delle norme primarie. Questa considerazione è suffragata da due argomenti.

In primo luogo, va considerato che si ricava dal rapporto predisposto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri già citato una maggiore propensione ad adottare decreti-legge immediatamente applicativi, poiché si legge «che le norme direttamente efficaci costituiscano in media quasi l'80% delle disposizioni complessivamente adottate dal governo Letta», ed ancora che «Uno dei provvedimenti più complessi, come il “Decreto del Fare”, è risultato contenere ben il 77% di disposizioni “autoapplicative” e, a poche settimane dalla sua conversione in legge, sono risultati adottati 8 degli 89 provvedimenti attuativi previsti, portando ad oltre l'80% il grado effettivo di attuazione (dinamicamente rilevato)».

In secondo luogo, è stato affrontato il problema derivante dal trascinarsi del carico pendente delle norme da attuare previste dalle misure adottate dall'esecutivo precedente portandola al 45%, a fronte del 27% circa registrato nel febbraio 2013.

5. *Decreti-legge anticrisi ed equilibri politico-costituzionali: nuove scosse al sistema delle fonti del diritto, alla forma di governo e all'effettività della tutela dei diritti*

Il problema della difficile attuabilità delle norme recate dai decreti-legge solleva una serie di questioni relativamente a quattro profili gene-

zione P.A. (Legge 125/13 di conversione del D.L. 101/13); e) 27 provvedimenti (pari al 6%) dal Decreto “Destinazione Italia” (D.L. 145/13); f) 24 provvedimenti (pari a circa il 6%) previsti dal Decreto in materia di attività culturali e turismo (L. 112/13 di conversione del D.L. 91/13); g) 23 provvedimenti (pari al 5%) dal Decreto “Debiti scaduti P.A.” (L. 64/13 di conversione del D.L. 35/13); h) 21 provvedimenti (pari circa al 5%) dal “Decreto Lavoro” (Legge 99/13 di conversione del D.L. 76/13); i) gli altri atti legislativi prevedono nel complesso meno di 20 provvedimenti attuativi.

rali: in primo luogo ovviamente rispetto al sistema delle fonti; in secondo luogo relativamente all'efficacia che le politiche emergenziali, poste in essere secondo queste forme, registrano rispetto all'obiettivo di contrastare efficacemente la crisi economica; in terzo luogo circa i riflessi sulla forma di governo; infine, ma non da ultimo, in riferimento agli effetti che tali politiche innescano sul piano della tutela dei diritti fondamentali.

Sul versante del sistema delle fonti, è agevole osservare come il rapporto tra il numero degli atti primari adottati e le misure di attuazione richieste sia, *ictu oculi*, davvero troppo alto e altrettanto alto si rivela il rapporto, meno facilmente misurabile ma parimenti evidente, fra misure immediatamente esecutive e quelle da attuare, con un pesante sbilanciamento a favore di queste ultime.

Il ricorso alle leggi-manifesto è un fatto risalente che si ripresenta sotto sembianze nuove.

Negli studi del Bettini si trovano tracce davvero molto interessanti che testimoniano che quella in esame sia una patologia risalente e ricorrente³⁹.

Scriveva, in particolare, G. Negri su *Il Corriere della Sera* del 1978 «che è perfettamente inutile chiedersi se la colpa sia del legislatore che legifera in maniera incompleta sotto il profilo organizzativo oppure della burocrazia che si trincerava dietro la scarsa strumentazione delle leggi per non applicarle. (...) la complessità della società contemporanea, la tecnicità degli interventi, il rilievo del fattore economico, il complicarsi dello stesso ordinamento giuridico con il livello regionale e quello comunitario rendono fin troppo evidente l'esigenza di una elaborazione culturale rapida e incisiva. Che permetta una legislazione diversa e più attendibile. Allora non bastano né le leggi manifesto né le nomenclature modernizzanti (...)»⁴⁰.

Ancora, G. De Rita l'anno successivo, dalle colonne dello stesso quotidiano, avanzava l'idea dell'introduzione del principio di «copertura di responsabilità» come necessità di individuare, per ciascuna legge, il responsabile della sua esecuzione⁴¹.

Infine, in un editoriale successivo di N. D'Amico, apparso ancora sul quotidiano milanese, si denunciavano le leggi «che restano parole»⁴².

³⁹ R. BETTINI, *Il circolo vizioso legislativo*, Milano 1983, 39 s.

⁴⁰ G. NEGRI, *Si moltiplicano le riforme senza mezzi per attuarle. Il caso degli enti lirici e le leggi a metà*, *Il Corriere della Sera*, 3 giugno 1978.

⁴¹ G. DE RITA, *I frutti avvelenati delle non riforme*, *Il Corriere della Sera*, 29 marzo 1979.

⁴² N. D'AMICO, *Quando le leggi restano parole*, *Il Corriere della Sera*, 12 maggio 1979.

Sembrano parole riferite all'oggi che dimostrano come l'esigenza di una nuova elaborazione culturale nel nostro ordinamento non sia stata, ad oggi, né rapida né incisiva.

A partire dal 1976 si inizia a parlare, invece, soprattutto negli ambienti della sociologia del diritto, del problema della «copertura amministrativa» delle leggi⁴³. Prendendo atto del non infrequente caso di «leggi amministrativamente inapplicabili» e rimarcando che l'inattuazione o l'inattuabilità delle leggi è una questione che impatta negativamente sul principio di buon andamento della Pubblica amministrazione ricavabile dall'art. 97 Cost. si arriva a proporre «finalmente di interpretare l'efficienza e l'efficacia dell'esecutivo come condizione necessaria ma non sufficiente per il raggiungimento dei fini delle leggi»⁴⁴.

L'aspetto più rilevante di questi studi è rappresentato dalla proposta di rendere necessaria per ogni provvedimento legislativo una «copertura amministrativa», a cui avrebbe potuto dare fondamento costituzionale l'introduzione di un comma aggiuntivo all'art. 81 Cost. con l'affiancamento di siffatto obbligo all'altro già disposto della necessaria copertura finanziaria delle leggi.

Merita una sottolineatura e richiederà una riflessione aggiuntiva e più approfondita la seconda proposta di prevedere l'individuazione del responsabile dell'adozione delle norme secondarie di attuazione, sulla falsariga del responsabile del procedimento, che sarà poi istituito dalla legge n. 241/1990.

Il problema dell'attuabilità delle leggi ha registrato poi anche l'interesse di talune pubbliche istituzioni.

Dopo una mozione presentata dal Consiglio superiore della pubblica amministrazione il 14 luglio 1978 ed indirizzata alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed agli altri organi istituzionalmente competenti, molto rilevante è l'attenzione riservata dal *Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato*, presentato nel novembre 1979 dall'allora Ministro per la Funzione pubblica, Massimo Severo Giannini, al Consiglio dei ministri e al Parlamento, di cui si è parlato in premessa.

Ma è stato il *Rapporto Barettoni Arleri sulla fattibilità delle leggi* del 1981 che ha esaminato in modo più approfondito la questione della fattibilità e dell'applicabilità delle leggi. È stato messo in luce, tra le altre

⁴³ R. BETTINI, *Inapplicabilità amministrativa del diritto e necessità di una copertura amministrativa delle leggi*, in *Riv. trim. di scienza dell'amministrazione*, 1976, 199 ss.

⁴⁴ R. BETTINI, *Il circolo vizioso legislativo*, cit., spec. 36

cose, come il problema riguarda prevalentemente la capacità di carico di lavoro delle strutture amministrative, che dovrebbe essere valutata. Molto importante sembra, ai nostri fini, l'avvertenza cui perviene il Rapporto secondo cui la dimensione del fenomeno è alimentata più da problemi riconducibili all'area di validità della legge piuttosto che allo spazio di efficacia dell'atto normativo secondario o dell'atto amministrativo.

Si tratta, come si vede, di un problema risalente che non è sfuggito neppure all'attenzione di alcuni importanti gruppi di lavoro istituzionali. Tuttavia, esso assume una veste nuova per il fatto che nell'ultimo periodo, il numero preponderante di rinvii a norme attuative è contenuto non in leggi, ma in decreti-legge⁴⁵. Com'è stato detto, la novità è data dal fatto che il rapporto tra decreti-legge e delegificazioni è divenuta un dato "strutturale", poiché «la fonte di delegificazione oggi è *normalmente* un decreto-legge⁴⁶. Questa ormai diffusa tendenza si arricchisce di un ulteriore "male da elusione"⁴⁷ rappresentato appunto dai decreti-legge che rinviano in modo quantitativamente eccessivo la loro applicazione a regolamenti o a decreti "non aventi natura regolamentare".

Se il decreto-legge è stato utilizzato ordinariamente per reagire al morso della crisi economica, occorre prendere atto che nell'attuale contesto di "riforme", questo strumento ha scontato difficoltà applicative ricorrenti, poiché si rinvencono con frequenza decreti che non solo non indicano i mezzi finanziari per fare fronte alle innovazioni normative ricorrendo con eloquente frequenza alla clausola di stile dell'invarianza di spesa, ma che non si pongono neanche il problema della loro fattibilità attuativa, a causa dell'enorme mole di rinvii.

⁴⁵ Il fenomeno è stato denunciato anche da R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *Rivistaaia.it*, 2014. M. MAZZARELLA, *Decretazione d'urgenza e atti "post-legislativi" del Governo: spunti dall'esperienza della XVI Legislatura*. «I'll think about that tomorrow. After all...tomorrow... Frankly, my dear, I don't give a damn», in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011 riporta ed analizza i numeri del fenomeno nella legislatura precedente.

⁴⁶ Così A. SIMONCINI, *Decreti-legge e delegificazione: la "fine della storia"? Alcune riflessioni dalla XVI Legislatura*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D'Elia, G. Tiberi, M.P. Viviani Schlein, Milano 2012, 678 ss.

⁴⁷ Per usare un'espressione mutuata dal ricco volume AA.VV., *Il libro delle leggi strappato e la sua manutenzione*, a cura di M. Dogliani, Torino 2012, all'interno del quale, per aderenza all'oggetto di questo saggio, si segnala specialmente il contributo di A. MASTROPAOLO, *Delegificazione mediante procedure atipiche e mediante atti diversi dalla legge formale*, 99 ss., ma anche quelli di L. GENINATTI SATÈ, *Frantumazione della forma regolamentare; d.P.C.M. a contenuto regolamentare, ordinanze e circolari a contenuto normativo*, 108 ss. e di V. MARCENÒ, *Decreti di contenuto regolamentare qualificati dalla legge come di natura non regolamentare*, 117 ss.

In queste ipotesi si può verificare l'impossibilità materiale per le pubbliche amministrazioni di assicurare l'efficienza, per via del carico eccessivo delle misure da adottare.

Le dimensioni di questa prassi, come si è mostrato, sono talmente ampie da permettere di dire che si apre oggi il problema dello studio del "seguito" dei decreti-legge contenenti anche norme non immediatamente applicative, con ciò parafrasando concettualmente la questione del "seguito" delle sentenze additive di principio adottate dalla Corte costituzionale.

Si tratta di una preoccupazione che ha avvertito anche il Consiglio dell'Unione europea, che ha inserito il problema al secondo dei sei punti di cui si compongono le Raccomandazioni sul "Programma nazionale di riforma" (PNR) 2013 dell'Italia, segnalando la necessità di "dare tempestivamente attuazione alle riforme in atto adottando in tempi rapidi le disposizioni attuative necessarie, dandovi seguito con risultati concreti a tutti i livelli amministrativi e con tutti i portatori d'interesse e monitorandone l'impatto"⁴⁸.

È evidente che quando la buona parte delle norme primarie da attuare è contenuta in decreti-legge la necessità di una correzione di rotta si fa ancora più urgente, non potendosi neppure invocare l'ausilio di strumenti ormai consolidati come l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) o l'analisi tecnico-normativa (ATN) per la ristrettezza dei tempi procedurali.

In queste circostanze, però, il problema deve essere individuato a monte ed attiene proprio al modo di legiferare che appare in stridente contrasto con il dettato costituzionale: specialmente allorché il decreto-legge faccia abbondante ricorso a norme non immediatamente applicative, anzi richiedendo decisivi sviluppi regolamentari successivi, si smentisce in radice la ragionevole ricorrenza dei presupposti costituzionali della straordinaria necessità e urgenza. Come mai si potrà sostenere la tesi della sussistenza della straordinaria necessità e urgenza nei confronti di norme che sono destinate ad entrare in vigore solo diverse settimane, se non diversi mesi dopo la pubblicazione del decreto-legge o alternativamente a non entrare affatto in vigore, se il presupposto del ricorso al decreto-legge è unicamente la necessità di fronteggiare la crisi con misure che dovrebbero essere immediate? D'altra parte, quale può essere la

⁴⁸ Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2013 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità dell'Italia 2012-2017, formulata il 29 maggio 2013.

ratio del ricorso ad un decreto-legge se numerose sue disposizioni tardano o mancano l'attuazione?

Per non parlare poi dei casi, diversi ma che possono sollevare dubbi analoghi in talune circostanze, in cui le norme contenute in un decreto-legge, seppur dettagliate, differiscono dichiaratamente la loro entrata in vigore ad un momento successivo alla conversione⁴⁹, come il caso dell'art. 3, comma 8, d.l. n. 132/2014 recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per definizione dell'arretrato in materia di processo civile", convertito con legge n. 162/2014, secondo cui «Le disposizioni di cui al presente articolo acquistano efficacia decorsi novanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto»⁵⁰. Di per sé un decreto-legge non sembra essere affetto dal vizio di incostituzionale per la sola ragione di rinviare l'efficacia di alcune sue disposizioni ad un momento successivo rispetto alla sua entrata in vigore o alla sua conversione in legge⁵¹, perché possono immaginarsi astrattamente esigenze di disciplinare una fattispecie con urgenza per reagire ad una situazione che richiede risposte urgenti, magari differendo l'entrata in vigore di talune norme realisticamente ad un momento successivo. Viene in soccorso, al riguardo, la magistrale lezione espositiva tra l'urgenza del provvedimento e urgenza del provvedere⁵², tuttavia come bene ha espresso più volte il Comitato per la legislazione proprio in riferimento a numerosi decreti-legge anticrisi, in questi casi «la rispondenza al requisito, previsto dall'articolo 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988, della «immediata applicabilità» delle misure disposte dal decreto,

⁴⁹ Contrariamente A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme*, cit., 11, postula il canone della «necessaria autoapplicabilità» delle norme recate da un decreto-legge discendente dalla lettera dell'art. 15, legge n. 400/1988, inteso come corollario dell'art. 77 Cost.

⁵⁰ Il tema dei decreti-legge ad efficacia differita è stato affrontato da A. GHIRIBELLI, *Decretazione d'urgenza e qualità della produzione normativa*, Milano 2011, 31 ss. e L. DE BERNARDIN, *Il problematico vizio di illegittimità dei decreti-legge ad efficacia differita*, in *Giur. cost.*, 2002, 264 ss. Qualche spunto anche in GIU. SERGES, *Per un superamento delle 'decisioni rinneganti' in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Focus – Fonti del diritto, Federalismi.it*, 2014, 26.

⁵¹ Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano 2003, 362 ss. secondo cui esattamente il decreto-legge ad efficacia differita può creare da subito delle fattispecie che saranno applicate successivamente, ponendo in essere aspettative giuridiche anziché situazioni giuridiche perfette.

⁵² C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, 1962, 219 ss. Si può approfondire la ricostruzione del dibattito dottrinario su questo profilo in A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova 1997, 436 ss.

va (...) valutata anche con riguardo ad eventuali effetti intermedi ed alla tempistica degli adempimenti previsti»⁵³.

Come è stato esattamente osservato, quando un decreto-legge contiene una delegificazione, «*in re ipsa*, non è un “provvedimento” (come prescriverebbe la Costituzione), non producendo di per sé nessuna modificazione immediata», ma allo stesso modo «non si vede come si possa considerare straordinariamente necessario ed urgente un intervento che non è auto-applicativo, bensì per essere attuato richiede quantomeno sessanta giorni oltre la sua entrata in vigore ed una ulteriore attività di natura regolativa»⁵⁴. D'altra parte, coerentemente con il dettato costituzionale e in contrasto con la prassi in esame, l'art. 15, co. 3, della legge n. 400/1988 richiede che i decreti-legge contengano “misure di immediata applicazione” oltre che un contenuto “specifico, omogeneo e corrispondente al titolo”⁵⁵.

Se l'art 15, co. 3, è stato valorizzato dalla Corte costituzionale sotto il profilo del rispetto del requisito dell'omogeneità⁵⁶, l'auspicio è che la Corte giunga presto a sanzionare l'elusione anche del primo periodo dello stesso comma, seguendo con maggiore decisione il percorso già intrapreso con la sentenza n. 220/2013 avente ad oggetto la riforma delle Province.

⁵³ Comitato per la legislazione, Resoconti Martedì 21 febbraio 2012, Martedì 13 marzo 2012, Mercoledì 29 febbraio 2012, Giovedì 16 febbraio 2012, Camera dei deputati, XVI Legislatura, che riportano rispettivamente i pareri espressi nei confronti dei disegni di legge per la conversione dei decreti-legge nn. 216/2011, 1/2012, 2/2012, 5/2012.

I pareri, citati nel presente lavoro, resi dal Comitato per la legislazione ai sensi dell'articolo 96-bis, comma 1, del regolamento della Camera sulla conversione in legge dei decreti presentati nelle ultime due legislature (XVI e XVII) sono raccolti e consultabili in *Focus – Fonti del diritto, Federalismi.it*, n. 1/2014, all'interno della sezione normativa curata da E. Frontoni e C. Aliberti.

⁵⁴ A. SIMONCINI, *Decreti-legge e delegificazione*, cit., 679.

⁵⁵ Sul difetto di precettività di questa specifica norma disposta dall'art. 15, legge n. 400/1988 v. A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, II, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006, 1519 ss., i quali onde evitare di denunciare in modo sterile «il requisito più violato della prassi costituzionale, che conosce stabilmente decreti-legge recanti norme generali, astratte e ripetibili quali ad es., i decreti di riforma strutturale, quelli di interpretazione autentica e, più in generale, i decreti-legge che fanno da surrogato all'iniziativa legislativa ordinaria» propongono di intendere la provvedimentalità del decreto come fondamento della omogeneità.

⁵⁶ V. specialmente Corte cost., sentt. nn. 171/2007, 128/2008, 355/2010; 22/2012; 32/2014. La letteratura sul tema è abbondante, da ultimo v. P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della “omogeneità normativa”*, in *Focus – Fonti del diritto, Federalismi.it*, 2014.

Già in tempi meno recenti la dottrina ha aspramente espresso contrarietà rispetto all'ipotesi che un decreto-legge potesse disporre delegificazioni in favore dell'esecutivo⁵⁷, ma oggi il fenomeno si manifesta in modo quantitativamente più ampio e qualitativamente non limitato alle sole delegificazioni previste, finendo per investire un numero spropositato di atti attuativi spesso neppure formalmente qualificati⁵⁸.

A proposito, la Corte costituzionale, nella sentenza appena citata, ha avuto modo di affermare che i «decreti-legge traggono la loro legittimazione generale da casi straordinari e sono destinati ad operare immediatamente, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità. Per questo motivo, il legislatore ordinario, con una norma di portata generale, ha previsto che il decreto-legge debba contenere «misure di immediata applicazione» (art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri»). La norma citata, pur non avendo, sul piano formale, rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco alla natura stessa del decreto-legge (sentenza n. 22 del 2012), che entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo, in quanto recanti, come nel caso di specie, discipline mirate alla costruzione di nuove strutture istituzionali, senza peraltro che i perseguiti risparmi di spesa siano, allo stato, concretamente valutabili né quantificabili, seppur in via approssimativa». Il giudice costituzionale ha ancora aggiunto che, nel caso di specie, «lo stesso legislatore ha implicitamente confermato la contraddizione sopra rilevata quando, con l'art. 1, comma 115, della legge n. 228 del 2012, ha sospeso per un anno – fino al 31 dicembre 2013 – l'efficacia delle norme del d.l. n. 201 del 2011, con

⁵⁷ Si vedano soprattutto L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 551; F. CERRONE, *La delegificazione che viene dal decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 1996, 2078 ss.; G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino 1995, 186; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Torino 1996, 105 ss.

⁵⁸ La Corte costituzionale, in un *obiter dictum* della sentenza n. 149 del 2012, si è riservata la possibilità di pronunciarsi sulla «correttezza della prassi di autorizzare l'emanazione di regolamenti di delegificazione tramite decreto-legge», nonché «ogni valutazione sulle procedure di delegificazione non conformi al modello previsto dall'articolo 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, quale è quella prevista dalla disposizione impugnata, che non determina «le norme generali regolatrici della materia», né indica espressamente le norme di rango primario da ritenersi abrogate con effetto dalla data di entrata in vigore dei regolamenti di delegificazione».

la seguente formula: “Al fine di consentire la riforma organica della rappresentanza locale ed al fine di garantire il conseguimento dei risparmi previsti dal decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, nonché quelli derivanti dal processo di riorganizzazione dell’Amministrazione periferica dello Stato, fino al 31 dicembre 2013 è sospesa l’applicazione delle disposizioni di cui ai commi 18 e 19 dell’art. 23 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214”».

La decisione ha una funzione pedagogica perché mostra come non si devono realizzare le riforme, ovvero «come non si deve usare il decreto-legge»⁵⁹, poiché, come aggiunge la Corte costituzionale nella stessa decisione «non risulta chiaro se l’urgenza del provvedere – anche e soprattutto in relazione alla finalità di risparmio, esplicitamente posta a base del decreto-legge, come pure del rinvio – sia meglio soddisfatta dall’immediata applicazione delle norme dello stesso decreto oppure, al contrario, dal differimento nel tempo della loro efficacia operativa. Tale ambiguità conferma la palese inadeguatezza dello strumento del decreto-legge a realizzare una riforma organica e di sistema, che non solo trova le sue motivazioni in esigenze manifestatesi da non breve periodo, ma richiede processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, rinvii e sistematizzazioni progressive, che mal si conciliano con l’immediatezza di effetti connaturata al decreto-legge, secondo il disegno costituzionale».

L’auspicio è che si tratti di una pronuncia propedeutica di un orientamento in via di consolidamento, che preluda ad un intervento più determinato e continuo.

Nel caso di decreti-legge contenenti norme non immediatamente produttive di effetti giuridici si potrebbe incorrere anche in un vizio di incompetenza, che si concretizzerebbe ogni volta che il Governo dovesse adottare provvedimenti aventi forza di legge che presentano contenuto non idoneo a far fronte a quanto effettivamente richiesto⁶⁰.

Eppure dovrà esservi un vantaggio in questo modo di legiferare, seppur non è immediato afferrare le ragioni per cui un decreto-legge formuli

⁵⁹ Utilizzando il titolo felice del commento alla sentenza di G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto-legge*, in *Le Reg.*, 2013, 1163 ss. Per un ulteriore commento alla sentenza, per il profilo che qui interessa, v. R. DICKMANN, *La Corte costituzionale si pronuncia sul modo d’uso del decreto-legge*, in *Giurcost.org*, 2013.

⁶⁰ Secondo quanto sostenuto da F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, II, Milano 1970, 281.

norme “manifesto” destinate ad entrare in vigore solo in un momento successivo.

La ragione politica principale sembra risiedere nell’ansia di legiferare con urgenza in risposta ad una crisi che sta diventando strutturale, rinviando però a tempi successivi lo scioglimento di nodi tecnici di particolare complessità.

Certamente poi anche, com’è stato ben messo in luce, tale prassi permette un’elusione dei controlli legati al regime giuridico dell’atto oltreché un aggiramento delle competenze regionali⁶¹.

Più agevole è individuare le cause della mancata attuazione normativa.

È probabile che la ragione della mancata definizione delle norme contenute nel decreto-legge possa dipendere anche dalla mancanza di tempi per svolgere in maniera adeguata l’istruttoria normativa, ma proprio questa considerazione che apparentemente potrebbe essere addotta per giustificare simili prassi, finisce in realtà per suffragare la denuncia dell’inutilità del ricorso al decreto-legge e per spingere l’esecutivo (e si spera anche il legislatore) a legiferare in modo più avveduto.

Possono poi incorrere difetti di redazione o di coordinamento fra le diverse parti che compongono il testo del d.l. o ancora si può verificare una incoerenza del testo derivante da rilevanti attività emendative subite dal decreto in sede di conversione⁶², che ostacolano la comprensione esatta dei compiti attuativi.

Inoltre, può verificarsi che il decreto non sia poi emanato perché l’autorità adottante manifesta perplessità sostanziali o tecniche relativamente all’opportunità di porlo in essere. Si pensi alla risposta del Sottosegretario per l’Ambiente e la Tutela del territorio e del mare circa l’inopportunità di delegare a soggetti privati una serie di controlli che la normativa europea affida alle amministrazioni pubbliche relative alla verifica di conformità alla legislazione ambientale. La vicenda dimostra non solo come venga in rilievo un potere che su stessa ammissione del Governo sia difficilmente utilizzabile o da ridimensionare⁶³, ma allo stesso tempo come in talune ipotesi la procedura attuativa apra una partita nuova e di-

⁶¹ Da R. CALVANO, *La crisi e la produzione normativa del Governo nel periodo 2011-2013. Riflessioni critiche*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2013, 20 s. e ID., *La decretazione d’urgenza nella stagione delle larghe intese*, cit., 20.

⁶² Come segnala G. MOBILIO, *Le delegificazioni autorizzate mediante decretazione d’urgenza quale fenomeno foriero di rilevanti spunti ricostruttivi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, ma prima ancora tali argomenti erano stati esposti dagli stessi uffici dell’Ufficio per il Programma di Governo all’interno dei rapporti già citati.

versa che comporta sì una valutazione formale della legittimità del potere autorizzato, ma anche una valutazione nel merito o politica della previsione legislativa. In questi casi, non essendo l'attuazione vincolata né ad un termine né relativamente all'effettivo avalimento, il ministro o l'amministrazione sono nella disponibilità di decidere che una disposizione che non si condivide, o che non si condivide più, possa restare improduttiva di effetti giuridici.

Altre volte il ritardo è dovuto alla complessità dei procedimenti, soprattutto quando è necessario coinvolgere le Regioni o comunque diverse amministrazioni, dovendosi in queste situazioni acquisire intese, pareri o concerti, soprattutto allorché si presentino difficoltà a raggiungere tali accordi. La necessaria interlocuzione che avviene fra lo Stato, le Regioni e gli enti locali nelle diverse sedi delle Conferenze, come anche l'esame da parte delle Commissioni parlamentari competenti, possono dilatare i tempi di adozione di un atto⁶⁴.

⁶³ G. MOBILIO, *op. ult. cit.*, il quale non manca di far notare come le disposizioni contenute nel decreto-legge abilitante erano state peraltro oggetto del sindacato di costituzionalità (Corte cost., sent. n. 322/2009).

⁶⁴ Alcuni esempi sono indicati ancora nei rapporti predisposti dall'Ufficio per il Programma di Governo: 1) Il provvedimento per la definizione delle modalità di determinazione dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE), previsto nel d.l. "Salva Italia" (art. 5, co. 1): lo schema di D.P.C.M. predisposto dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali è stato inviato il 21 dicembre 2012 all'esame della Conferenza Stato-Regioni che, nella seduta del 24 gennaio 2013, ha espresso parere negativo; la conseguente mancata intesa ha comportato la momentanea fase di stallo del provvedimento. 2) La definizione dei principi per la redazione dei piani regionali di sviluppo della rete degli impianti di distribuzione del metano, previsto dal d.l. "Cresci Italia" (art. 17, co. 8): il Ministero dello Sviluppo economico ha segnalato che manca l'accordo in sede di Conferenza Unificata per problemi inerenti le competenze delle Regioni. 3) L'individuazione delle modalità in base alle quali si tiene conto del *rating* di legalità attribuito alle imprese ai fini della concessione di finanziamenti da parte delle PP. AA. e di accesso al credito bancario (d.l. "Cresci Italia", art. 5 *ter*, co. 1): i ministeri competenti (Economia e finanze e Sviluppo economico) hanno comunicato che per la predisposizione del relativo provvedimento è stato necessario attendere la definizione dei criteri e delle modalità di attribuzione del *rating* di legalità stabiliti con un regolamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. 4) Il decreto per il trasferimento all'estero della residenza fiscale dei soggetti che esercitano imprese commerciali previsto sempre dal d.l. "Cresci Italia" (art. 91, co. 1): lo schema di decreto, predisposto dal Ministero dell'Economia ed inviato alla Commissione dell'Unione Europea, è stato riformulato a seguito delle osservazioni della Commissione stessa; la nuova stesura ha richiesto ulteriori contatti con l'organo comunitario. 5) La definizione delle modalità applicative delle disposizioni in materia di contributi alle imprese tramite credito di imposta per le nuove assunzioni di

Un ulteriore fattore di rallentamento è rappresentato dalla sopravvenienza di nuovi interventi legislativi, che modificano nuovamente la disciplina preesistente e vanificano il lavoro già svolto dalle amministrazioni, anche perché è invalsa una diffusa prassi tendente a modificare con decreto-legge quanto disposto da un decreto precedente, che avvalorata ulteriormente l'idea che, in certi casi, l'emergenza produca una legislazione caotica e alluvionale, che sembra procedere per strappi, tentativi, ripensamenti, battute d'arresto e correzioni, magari facendo ricorso ad una sorta di decreto-legge correttivo.

Può mancare, ancora, in sede di progettazione legislativa l'esatta ponderazione delle difficoltà del procedimento attuativo nel momento in cui si individuano i termini richiesti, specialmente quando l'adozione di regolamenti o comunque di decreti debba coinvolgere un numero elevato di amministrazioni interessate⁶⁵.

Manca, più in generale, un'adeguata valutazione preventiva dei potenziali carichi di lavoro tollerabili dalle amministrazioni coinvolte, nel caso in cui vengano in rilievo centinaia di atti normativi o amministrativi da predisporre. In quest'ottica, potrebbe garantire risultati migliori e maggiore celerità la decisione di rafforzare, *ad hoc*, gli uffici più aggravati con personale aggiuntivo e qualificato.

Una proposta importante potrebbe essere quella di migliorare i coordinamenti fra i ministeri, forse trasformando l'Ufficio per il Programma di Governo, già istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, in un Dipartimento⁶⁶ e dotandolo di maggiori poteri sollecitatori e di vigilanza, come anche di inedite funzioni di assegnazione di incentivi, per

profili altamente qualificati, prevista dal d.l. "Sviluppo II" (art. 24, co. 11): il testo del provvedimento, che risulta definito dal Ministero dello Sviluppo economico il 30 novembre 2012, è stato modificato in conseguenza della riserva in favore delle *start-up* innovative introdotte con alcune disposizioni del "Decreto Crescita" (Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio per il programma di Governo, *Il monitoraggio dei provvedimenti di attuazione delle leggi approvate durante il Governo Monti*, cit.).

⁶⁵ Un esempio è dato dal decreto interministeriale da produrre per definire le modalità per l'istituzione presso ogni Prefettura dell'elenco dei fornitori ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazioni mafiose, autorizzato dall'art. 1, comma 56, legge n. 190/2012, laddove è previsto un termine di 60 giorni a fronte del fatto, invece, che le amministrazioni interessate risultano diverse: Pubblica Amministrazione, Interno, Giustizia, Infrastrutture e Trasporti, Sviluppo Economico.

⁶⁶ Per un'evoluzione storica dell'esperienza amministrativa relativa all'attuazione del programma di governo si rinvia a G. VARRIALE, *I processi di programmazione strategica nello Stato*, Liuc Papers n. 191, Serie Economia e Istituzioni 20, giugno 2006, 30 ss.

premiare le *best practices*, e di promovimento di sanzioni, per punire le inefficienze e i ritardi.

Si potrebbe, poi, procedere ad effettuare una standardizzazione dei tempi procedurali per ogni diversa categoria di atti. Questa attività sarebbe utile sia al legislatore in sede di individuazione dei termini da assegnare ai provvedimenti attuativi, sia ai ministeri per parametrare a dati oggettivi l'attività di predisposizione dei provvedimenti.

Questi standard, infine, potrebbero essere utilizzati come indicatori nell'attività di valutazione delle *performance* degli uffici e dei dirigenti responsabili del procedimento.

Tale proposta riceve ora significativo riconoscimento da un documento predisposto dalla Ragioneria dello Stato in cui si propone di utilizzare i tassi di attuazione come indicatori di spesa e di bilancio ("indicatori associati ai programmi del bilancio dello Stato, previste dall'articolo 39 della legge 196 del 2009")⁶⁷.

D'altra parte, anche pensando all'efficacia sostanziale che questi modi di produzione normativa registrano, è facile osservare come non sia pensabile fronteggiare una crisi economico-finanziaria così acuta con

⁶⁷ Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, *Garantire la corretta programmazione e la rigorosa gestione delle risorse pubbliche. Proposte di indicatori per i programmi di spesa* 32.2 "Indirizzo politico" e 32.3 "Servizi e affari generali per le amministrazioni di competenza" e nota metodologica, gennaio 2015. Questi i quattro indicatori proposti:

- Grado di adozione dei provvedimenti attuativi previsti dalle disposizioni legislative che non richiedono concerti e/o pareri definito come rapporto percentuale tra il numero di provvedimenti attuativi adottati nell'anno di riferimento e il totale dei provvedimenti previsti per l'amministrazione in qualità di proponente – (Unità di misura: %);

- Grado di adozione dei provvedimenti attuativi previsti dalle disposizioni legislative che richiedono concerti e/o pareri definito come rapporto percentuale tra il numero di provvedimenti attuativi adottati nell'anno di riferimento e il totale dei provvedimenti previsti per l'amministrazione in qualità di proponente – (Unità di misura: %);

- Tempo medio oltre il termine di scadenza dei provvedimenti attuativi previsti dalle disposizioni legislative che non richiedono concerti e/o pareri definito come somma del numero di giorni effettivi tra la data di adozione e la data di scadenza stabilita dalla disposizione legislativa e del numero di giorni oltre i termini di scadenza dei provvedimenti non adottati, rapportato al numero dei provvedimenti previsti nell'anno di riferimento per l'amministrazione in qualità di proponente – (Unità di misura: numero di giorni);

- Tempo medio oltre il termine di scadenza dei provvedimenti attuativi previsti dalle disposizioni legislative che richiedono concerti e/o pareri definito come somma del numero di giorni effettivi tra la data di adozione e la data di scadenza stabilita dalla disposizione legislativa e del numero di giorni oltre i termini di scadenza dei provvedimenti non adottati, rapportato al numero dei provvedimenti previsti nell'anno di riferimento – per l'amministrazione in qualità di proponente – (Unità di misura: numero di giorni).

una valanga di norme inutili immesse in un ordinamento già appesantito endemicamente e cronicamente da problemi di elefantiasi legislativa e da un sistema delle fonti sempre più caotico.

La gran mole di atti secondari da predisporre, poi, produce la recente tendenza del Governo a trascurare totalmente l'adozione di quei numerosi regolamenti di esecuzione o di atti amministrativi che sono richiesti per specificare e dettagliare ulteriormente una norma contenuta in una legge o in un atto avente forza di legge con conseguenze ulteriormente negative sul piano della chiarezza delle leggi e, in definitiva, della certezza del diritto.

Se da più parti, e soprattutto dai settori produttivi, si continua ad invocare la necessità di una semplificazione dei procedimenti amministrativi che in primo luogo impone una semplificazione delle norme e dei modi di produzione delle norme, la risposta non può essere quella di affastellare altre decine di atti normativi che producono centinaia di norme primarie destinate in larga parte a restare sospese in attesa di una tardiva attuazione o a restare improduttive di effetti giuridici perché mai attuate. Questo percorso non offre alcun contributo positivo alla competitività invocata, ma se mai produce e stratifica altre complicazioni.

A ben vedere, l'inefficacia concreta di queste politiche trasmette all'Europa e ai mercati un messaggio ancora negativo potenzialmente capace di danneggiare ulteriormente l'immagine del Paese, aggrava lo scetticismo e la sfiducia dei cittadini italiani, già provati da una sensibile riduzione della tutela sociale e dall'affiorare di una dilagante e intollerabile corruzione dell'agire politico, e rappresenta un campanello d'allarme anche per il costituzionalismo democratico, perché diviene inquietante chiedersi quali rimedi residuino se non riesce neanche il decreto-legge ad essere uno strumento per fronteggiare con efficacia e risolutezza situazioni di speciale necessità e urgenza.

Anche la forma di governo finisce per snaturarsi. Se da tempo è in atto un processo (irreversibile?) di sostituzione del governo nei confronti del legislatore, se non certo da oggi il Parlamento appare ormai annichilito al cospetto del ruolo predominante ed esorbitante del Governo nonché dell'emersione di poteri extra statuali (ed in taluni casi extra giuridici⁶⁸) non sempre visibili, si profila ora anche la difficoltà di dare esecu-

⁶⁸ Cfr. S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, cit., 2: «di fronte alla crisi economica, la debolezza principale è derivata dalla gestione delle quote di sovranità cedute verso l'alto che hanno risentito della scarsa capacità alla negoziazione dei governi nazionali e che hanno permesso a soggetti estranei a essi, che

zione e attuazione alle norme, che rappresenta una delle funzioni ordinarie del governo.

Il problema che si pone è quello di valutare se alla luce del fatto che ormai il Governo da «colegislatore»⁶⁹ è divenuto organo ordinario di legislazione, in vece del Parlamento, non ne resti trascurata la funzione tradizionale e fondamentale di organo esecutivo, titolare del potere di dare attuazione alle norme primarie.

Nello Stato contemporaneo sempre di più si avverte la «tendenza a sollevare il governo dalle attività strettamente amministrative ed esecutive della legge, non già per indebolirlo, quanto piuttosto per rafforzarlo nelle funzioni di indirizzo politico», così che i governi sempre più coinvolti nelle «nelle scelte di direzione politica», abdicano i «compiti di amministrazione e di esecuzione delle leggi» nei confronti prevalentemente dei «vertici dei singoli rami della pubblica amministrazione»⁷⁰. In questo senso, dunque, si spiegano anche l'enorme successo dei decreti ministeriali e degli altri atti attuativi atipici, come i decreti dei sottosegretari⁷¹, nonché, come rilevato dal Comitato per la legislazione, la «prassi invalsa nei più recenti provvedimenti di urgenza», che «demanda l'attuazione di talune disposizioni piuttosto che ai soggetti politici responsabili dei singoli rami dell'amministrazione, ai rispettivi vertici burocratici»⁷².

non perseguono gli interessi nazionali e non hanno ricevuto alcuna legittimazione democratica, di assumere decisioni i cui effetti hanno condizionato le vicende interne».

⁶⁹ A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano 1975, IX ss.

⁷⁰ Il fenomeno è acutamente descritto in questi termini da M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 72 s.

⁷¹ Nel caso dei decreti-legge adottati dai Governi Monti e Letta un esempio significativo è rappresentato dal d.l. n. 63/2012 che, come rileva il Comitato per la legislazione nel parere espresso nei confronti della legge di conversione demanda a taluni decreti del Presidente del Consiglio dei ministri o a decreti del Sottosegretario di Stato delegato (nella specie il Sottosegretario di Stato con delega all'informazione, alla comunicazione, all'editoria e al coordinamento amministrativo (art. 2, co. 2, lett. a) e b); art. 3, co. 5; art. 4, co. 1; art. 4, co. 3 (che prevede l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, in alternativa, del Sottosegretario di Stato delegato). È ben vero, evidenzia il Comitato, che l'art. 17, co. 3, legge n. 400/1988, contempla l'ipotesi che possano «essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere», resta ferma, tuttavia, la necessità che tali atti rivestano natura regolamentare (Comitato per la legislazione, Resoconto Giovedì 5 luglio 2012, Camera dei deputati, XVI Legislatura).

⁷² Comitato per la legislazione, Resoconto Martedì 24 luglio 2012, Camera dei deputati, XVI Legislatura, che contiene il parere espresso nei confronti del disegno di legge per la conversione del d.l. n. 79/2012: ciò si riscontra esemplarmente all'art. 2-ter, che, che al co. 1 e al co. 2, prevede l'adozione di un decreto del Capo della Polizia – Direttore

Quando vengono in rilievo i decreti-legge non immediatamente applicativi che rinviando in numerosi casi la loro effettività ad atti successivi si verifica un'importante apertura di competenza in vantaggio di atti normativi, nella migliore ipotesi di natura regolamentare, di fonte governativa, con il riconoscimento di un margine di apprezzamento politico molto significativo. In queste ipotesi, il decreto-legge finisce per fungere da norma di delega adottata dall'esecutivo che trasferisce una competenza a se stesso, in pianta stabile, poiché è noto che il termine fissato nell'atto primario finisce per avere natura ordinatoria e sollecitatoria. Al riguardo, si è parlato molto efficacemente di «signoria procedurale del Governo», che fa e disfa, anche gli «argini procedurali», a seconda delle esigenze del momento e che, in definitiva, dispone a proprio «piacimento del sistema delle fonti»⁷³.

Un governo, dunque, che acquista una posizione politico-costituzionale molto forte, grazie anche alla «spirale perversa tra debolezza dei partiti e debolezza del parlamentarismo», che si trova ad essere contro-bilanciato, all'interno, unicamente dal ruolo del Presidente della Repubblica. Le decisioni assunte dal Capo dello Stato negli anni della crisi eco-

generale della pubblica sicurezza, al quale demanda l'attuazione delle disposizioni introdotte in materia di formazione per allievi agenti della Polizia di Stato. In una seconda occasione, il Comitato per la legislazione, relativamente al disegno di legge di conversione del d.l. n. 43/2013, ha segnalato che «il decreto-legge demanda la sua attuazione a numerosi provvedimenti, non sempre riconducibili al sistema delle fonti del diritto, di cui andrebbe valutata la coerenza con l'ordinamento, soprattutto allorché incidono su materie coperte da riserva di legge, limitandosi a tratteggiare una cornice molto ampia entro la quale la discrezionalità amministrativa può essere esercitata», come per es. l'art. 5, co. 1, lett. e), che laddove demanda ad un d.P.C.M., da adottarsi su proposta del Ministro per lo sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, l'individuazione di sanzioni amministrative «comprese tra un minimo ed un massimo molto distanti tra di loro (...), interviene sul sistema delle fonti, attribuendo ad una fonte atipica del diritto potestà normative che dovrebbero essere regolate da una fonte di rango primario». O ancora l'art. 6, co. 4, che demanda ad un decreto del Direttore dell'Agenzia delle entrate l'attuazione di quanto stabilito dai commi 1 e 3 del medesimo articolo, in relazione al terremoto che ha colpito le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto nel maggio 2012, «reca una disposizione che non appare coerente con le esigenze di un appropriato utilizzo delle fonti normative, in quanto affida ad un atto non facilmente inquadrabile nell'ambito del sistema delle fonti del diritto, la definizione di una disciplina che dovrebbe essere oggetto di (...) un regolamento di attuazione» (Comitato per legislazione, Resoconto Giovedì 13 giugno 2013, Camera dei deputati, XVI Legislatura).

⁷³ In tal senso ancora M. CARTABIA, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in AA. Vv., *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, a cura di M. Cartabia, E. Lamarque e P. Tanzarella, Torino 2011, spec. XIII.

nomico-finanziaria, pur se «difficilmente possono essere circoscritte nell'alveo della funzione di garanzia»⁷⁴, testimoniano di un sempre maggiore coinvolgimento nella sfera della determinazione dell'indirizzo politico, secondo la nota tesi di Paolo Barile⁷⁵, ma nel solco di una «presidenza rafforzata»⁷⁶, d'altra parte compatibile con l'elasticità delle prerogative tratteggiate dalla Costituzione⁷⁷. Tuttavia, in un quadro politico-costituzionale in cui la reale determinazione dell'indirizzo politico finisce per essere mutuata da decisioni assunte dalle istituzioni europee, il Presidente della Repubblica è apparso non capace di vincolare gli organi costituzionali a seguire una sua propria linea programmatica, ma piuttosto è sembrato porsi come garante verso i nostri *partners* europei del rispetto degli obiettivi politici stabiliti per il nostro Paese dall'Unione europea. Ma quella del ruolo del Capo dello Stato nella gestione della crisi è un'altra storia, la cui trattazione porterebbe lontano dal tema principale oggetto di questo lavoro. Per quanto, tornando all'oggetto specifico del saggio, il Presidente della Repubblica potrebbe esercitare un ruolo più incisivo in sede di emanazione di disposizioni contenute in decreti-legge che autorizzino delegificazioni, in deroga al modello generale indicato dall'art. 17, co. 2, della legge n. 400/1998⁷⁸, così come anche al cospetto di decreti-legge che contengono un numero irragionevolmente elevato di disposizioni non immediatamente applica-

⁷⁴ G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, cit., 10.

⁷⁵ Recentemente sostenuta e aggiornata da O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli 2010.

⁷⁶ V. LIPPOLIS, G. SALERNO, *La Repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna 2013, 169 ss.

⁷⁷ È condivisibile, dunque, la tesi che sostiene che l'ultima «presidenza sia l'espressione più chiara della forma di governo parlamentare», sostenuta da M. LUCIANI, *La parabola della presidenza della Repubblica*, in *Rivistaaic.it*, 2014, 6 e da F. MODUGNO, *Apunti sul ruolo del Capo dello Stato*, cit., 147 s. A mio avviso, Napolitano ha esercitato in modo molto tirato, eppur senza strappi, le funzioni assegnate al Capo dello Stato in una forma di governo parlamentare, il che avvalora la straordinaria tenuta della nostra forma di governo. Parte dagli stessi assunti A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivistaaic.it*, 2013, 15, per arrivare però alla conclusione che il modello parlamentare italiano è arrivato al tramonto, «anche per il ruolo assunto dal Presidente della Repubblica».

⁷⁸ Come ricorda G. TARLI BARBIERI, *Delegificazione e decreti di natura non regolamentare nella "brace" del sistema delle fonti normative*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, 12, l'unico rinvio di un disegno di legge in materia di lavoro è stato motivato, tra l'altro, per via di una delegificazione anomala verso un decreto ministeriale, neanche qualificato formalmente come regolamento, senza predeterminazione delle «norme generali regolatrici della materia».

tive, demandando troppe volte la loro entrata in vigore all’adozione di ulteriori misure attuative.

La prassi sin qui esaminata, infine, conduce a porsi interrogativi anche sul piano dell’effettività della tutela dei diritti fondamentali.

È indubbio che i decreti-legge adottati per fronteggiare la crisi abbiano avuto come obiettivo principale il contenimento della spesa pubblica, operazione che ha innescato dei tagli dolorosi soprattutto alle politiche sociali. La tutela sociale, perciò, è stata pesantemente oggetto di questi decreti. Viene da chiedersi, allora, quanto sia dannoso toccare materie socialmente sensibili (la povertà, il lavoro, gli esodati, la tossicodipendenza, la disabilità, per dirne qualcuna...) attraverso l’impiego di misure urgenti spesso poi non tempestivamente attuate.

In materia di tutela dei diritti occorre, piuttosto, far proprio «l’invito rivolto dalla Consulta agli organi di indirizzo politico ad abbandonare il sistematico ricorso a frettolosi e “brutali” interventi d’urgenza, o comunque tali da sacrificare rigidamente all’efficienza economica «l’equilibrio tra le situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»⁷⁹, come ripreso da un passaggio della decisione sul c.d. “caso Ilva” (sent. n. 85/2013). Si tratta di un ammonimento da tenere in considerazione ancor di più quando tali interventi d’urgenza siano poi destinati a restare a lungo sospesi nel purgatorio delle intenzioni.

Il ricorso al decreto-legge contenente misure non immediatamente applicative in materia di tutela dei diritti, civili o sociali, può poi in taluni casi rivelarsi illegittimo in violazione delle numerose riserve di legge imposte dal testo costituzionale, le cui istanze garantistiche non possono ritenersi soddisfatte da norme ad efficacia differita o sospesa.

Last but not least, una considerazione merita la circostanza che il massiccio ricorso a rinvii a norme secondarie o a non meglio qualificati atti amministrativi generali, in ambiti che lambiscono o che incidono sui diritti, può far lamentare una latente tendenza a condannare indebita-

⁷⁹ Così C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell’AIC*, in *Rivistaaic.it*, 2013, 30. Su come la legislazione emergenziale degli ultimi anni ha prodotto, in nome della scarsità di risorse, una limitazione dei diritti, cfr. I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in AA. VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, cit., spec. 93 ss. Sull’esigenza di un ragionevole bilanciamento tra valori costituzionali come “cifra” della Costituzione economica, v. L. D’ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, in *Giurcost.it*, 2014, 15 ss.

mente i diritti sociali sotto la tutela ministeriale⁸⁰, con un'accentuazione di preoccupazione nella circostanza in cui un provvedimento attuativo intervenga in un ambito socialmente rilevante, ma non tempestivamente, producendo di fatto una sospensione della tutela sociale nei confronti dei cittadini interessati. Tristemente esemplare è la vicenda «paradossale e sconcertante» dei c.d. esodati che, per effetto dell'art. 24, co. 14, d.l. n. 201/2011, c.d. "Salva-Italia", hanno subito retroattivamente la perdita di diritti acquisiti e che per alcuni mesi sono rimasti senza stipendio né pensione per effetto di una legge «espressione di un potere ingiusto e soprattutto 'inaffidabile'»⁸¹. Ebbene, anche in questo caso, il regolamento interministeriale che avrebbe dovuto essere adottato entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione (avvenuta il 6 dicembre 2011), chiamato a definire le modalità di attuazione della novella legislativa, si è fatto attendere per l'adozione fino al 1° giugno 2012, dunque per quasi ben 120 giorni, con un ritardo del 25% rispetto al termine massimo previsto dal decreto-legge, e al 24 luglio 2012 per la pubblicazione in Gazzetta ufficiale e l'entrata in vigore, con un ulteriore ritardo che in questo caso non è difficile definire intollerabile⁸².

⁸⁰ Hanno riflettuto sulla tendenza a delegificare in favore di decreti ministeriali C. PADULA, *Fonti statali e competenze regionali*, in *Le Reg.*, 2011, 414 che in particolare riguardo alla tendenza ad aggirare le competenze regolamentari in favore proprio di decreti ministeriali ha parlato di "ministerializzazione" dei rapporti fra Stato e Regioni, e M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ministeriali in delegificazione*, in *Osservatorio-sullefonti.it*, 2012, che ha fatto emergere numerosi profili che farebbero dubitare della legittimità costituzionale di detta prassi.

⁸¹ Esattamente A. D'ALOIA, *Istituzioni e politiche al tempo della crisi*, in *Giustamm.it*, 15.

⁸² Senza considerare che il decreto interministeriale poi prevedeva che a partire dalla pubblicazione del decreto in Gazzetta Ufficiale avrebbero cominciato a decorrere i termini (120 giorni) entro i quali i c.d. esodati avrebbero dovuto presentare una richiesta di accesso alla salvaguardia presso le direzioni territoriali del lavoro competenti, il che ha richiesto anche un intervento esplicativo da parte dell'INPS.

Flaminia Aperio Bella

STUDIO SULL'ATTUALE CONSISTENZA DELLE NOZIONI DI IMPRESA PUBBLICA E ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il contesto normativo di riferimento. – 2. La differenziazione soggettiva tra impresa pubblica e di o.d.p.: caratteri distintivi e relative ricadute applicative. – 3. L'estensione applicativa delle regole dell'evidenza pubblica alle imprese pubbliche e private titolari di diritti speciali o esclusivi: la rilevanza dell'elemento oggettivo. – 4. Segue. La rilevanza del profilo oggettivo: la riferibilità dell'affidamento all'attività speciale (o "strumentalità"). – 5. Segue. La rilevanza del profilo oggettivo: l'ipotesi di attività promiscue (l'o.d.p. in parte qua). – 6. Conclusioni.

Premessa

L'esame delle più recenti pronunce del giudice amministrativo invitano ad interrogarsi sull'attuale consistenza delle nozioni di "impresa pubblica" e "organismo di diritto pubblico" (di seguito "*o.d.p.*") e, più in generale, a parametrare la logica sottesa all'elaborazione di tali nozioni con l'odierno panorama normativo e giurisprudenziale.

L'enunciata riflessione impone una delimitazione preliminare del campo di indagine: le riferite nozioni, insieme a quelle ad esse affini, verranno prese in considerazione in relazione al concetto di "pubblica amministrazione" eurounitariamente rilevate nel sistema dell'affidamento di commesse pubbliche¹, con ciò che ne discende in termini di incisività del

¹ Come la dottrina interna ed europea non ha mancato di rilevare, la costruzione di una nozione di pubblica Amministrazione autonoma da quella vigente negli Stati membri rappresenta uno dei tratti peculiari del diritto amministrativo europeo e uno degli strumenti che ne garantiscono la tenuta. La letteratura sul tema è vastissima, cfr., *ex multis*, M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Annuario AIPDA 1999-2000*, Milano 2000, 7 ss.; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo*

regime “ad evidenza pubblica” ad esse relativo (e, per l’effetto, di espansione dell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²).

Come riconosciuto dalla dottrina che ha analizzato le figure che si intende esaminare³, il riferito profilo è strettamente legato alla norma-

generale, II, Milano 2003, 196 ss.; ID. *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di) *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano 2004, 31; G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2011; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2007, 431 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *L’atto amministrativo nell’ordinamento comunitario*, Torino 2006; D. SORACE, *L’ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. dir. pub. com.*, 1992, 372. Tra la letteratura extra nazionale, per tutti, si veda già J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Köln 1986, nonché ID., *Droit administratif européen*, 2 ed. tr. franc., Bruxelles 2009; A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, Paris 1994, tra le opere più recenti M. LOMBARD, *L’impact du droit communautaire sur les entreprises publiques*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (diretto da) *Droit Administratif Européen*, Bruxelles 2007; F. LICHÈRE, *L’influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics*, *ivi*; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford 2012. Al contempo l’utilizzo del “virgolettato” è d’obbligo in quanto non può obliterarsi che “l’amministrazione aggiudicatrice non coincide più con la nozione di pubblica amministrazione, alla quale è inscindibilmente connesso l’esercizio di “quelle attività che, considerata in se stesse, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all’esercizio dei pubblici poteri”, ma si estende a comprendere soggetti privi della potestà dell’esercizio dell’autorità e, tuttavia, incaricati di gestire, attraverso i più duttili strumenti offerti dal diritto privato, bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale” (B. MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano 2003, 13 ss.).

² Il comma 1 dell’art. 133 del d.lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo) include infatti, alla lett. l), tra le materie riservate alla giurisdizione esclusiva del g.a. quelle “relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ...”.

³ *Ex multis*, si vedano, G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, 3-4, 839; nonché già ID., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1998, 733 ss. e ID. *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese disilluse*, *ivi*, 1999, 184 ss.; F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2000, 255 ss.; D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli 2003; ID. *L’organismo di diritto pubblico, l’impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 12, 3827 ss.; B. MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit.; L. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio d’impresa*, in *Foro amm. CdS*, 9, 2003, 2498 ss.; ID. *L’organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi e obblighi di gara*, *ivi*, 3, 2004, 870 ss.; M.A. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Suppl. n. 4 a

tiva sovranazionale e, in particolare, alle valutazioni operate dal legislatore dell'Unione (già comunitario) sull'estensione delle regole procedurali trasparenti di affidamento dei contratti, tipiche dell'evidenza pubblica, a soggetti formalmente "privati" (quanto alla personalità giuridica), ma attratti nella sfera pubblicistica per l'esercizio di determinate attività. Sotto tale profilo si cercherà di analizzare anche l'incidenza sull'analisi proposta dell'imminente recepimento del nuovo pacchetto di direttive in materia di affidamento di contratti pubblici nei settori ordinari (2014/24/UE) e speciali (2014/25/UE) (oltre che le concessioni – 2014/23/UE –), a fronte dell'inesorabile "tramonto"⁴ delle direttive 2004.

Delimitato il campo di indagine, giova preliminarmente individuare le nozioni che nel presente lavoro si cercherà di approfondire.

Mentre la locuzione generica di "impresa pubblica" (comprensiva delle declinazioni di "impresa di diritto pubblico" o "impresa pubblica di diritto comune"⁵) nasce a livello nazionale per descrivere un fenomeno di intervento diretto dei poteri pubblici nell'economia, a mezzo del quale lo Stato e gli altri enti pubblici (regioni ed enti locali) assumono la veste di imprenditori, diventando essi stessi produttori di beni e servizi

Serv. pubbl. app., 2004, 5 ss.; ID. *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008, V, 3150; ID. *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, Relazione al Convegno su "Il regime giuridico dell'impresa pubblica", svoltosi il 24 gennaio 2008 presso l'Università degli Studi di Roma Tre, in *www.federalismi.it*, 2008; R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.* 2004, 2415; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 447 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 401; M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2007, 1205 ss.; M.G. DELLA SCALA, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg., Torino 2010, 342 ss.; G. IANNINI, Art. 32, in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano 2011, 342 ss.

⁴ L'espressione evoca il concetto di "sunset provision" nato in ambito statunitense per indicare le disposizioni normative che, sin dalla loro emanazione, prevedono la cessazione dei propri effetti allo scadere di una certa data salvo che un'ulteriore disposizione legislativa ne estenda la durata.

⁵ Elaborate, rispettivamente, per descrivere organismi diversi dagli enti di erogazione, operanti, tendenzialmente, con criteri di "economicità", e dunque istituiti non per rendere un servizio alla società (un servizio sociale), bensì per agevolare i cittadini – ammessi *singulatim* a fruire delle prestazioni – unicamente mediante l'offerta di queste e per individuare i casi in cui compiti dello stesso genere siano assolti da pp.AA. in regime di diritto comune (cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II vol., Napoli 1989, 1147).

destinati al mercato⁶, per poi assumere, nel diritto sovranazionale, un significato autonomo⁷, quella di o.d.p. è il frutto del recepimento a livello nazionale dell'*organisme de droit public* elaborato a livello comunitario.

È noto che la normativa dell'Unione in materia di affidamento di pubbliche commesse persegue la libera circolazione e il libero confronto concorrenziale nell'ambito del mercato unico anche, e soprattutto, tra-

⁶ S. CASSESE, *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano 1985; C. LACAVA, *L'impresa pubblica*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano 2003, 3901. In dottrina, fino alla metà del secolo scorso, la nozione di impresa pubblica non era stata neppure delineata, è solo nel secondo dopoguerra che si affaccia tale nozione, con l'opera M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 931, e R. COLTELLI, *La nozione di impresa pubblica in relazione alla competenza del ministero delle partecipazioni statali*, in *Corr. amm.*, 1958, 1590. Successivamente, si veda G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauro nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Milano 1968, 3 ss. L'istituto, costituzionalmente collocabile nell'ambito delle norme relative all'iniziativa economica (in particolare, artt. 41-43 Cost.) che, ai sensi dell'art. 41, co. 3, può essere pubblica o privata, così come pubblica e privata è l'attività d'impresa (cfr. F. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, I, Bologna 1982, 17), è stato tradizionalmente ricostruito a partire dalle nozioni-base del diritto civile al fine di individuare un modello compatibile, valevole nei casi in cui l'attività di produzione e scambio tipica dell'impresa di diritto comune fosse svolta da un soggetto pubblico (cfr. V. OTTAVIANO, *L'impresa pubblica*, *Enc. dir.* Milano XX, 1970, 669 in cui l'A., indagando la nozione di impresa pubblica, individuava i suoi elementi fondamentali: (i) nella natura economica dell'attività svolta dall'amministrazione, cioè avente ad oggetto prestazioni fornite tenendo conto dei costi incontrati per produrle; (ii) nell'intento di coprire almeno i costi incontrati per produrre i beni e i servizi, oggetto dello scambio, con quanto ottenuto, appunto, dallo scambio; (iii) nel perseguimento di interessi pubblici). Come è noto, le mutevoli evoluzioni delle forme di intervento dello Stato nell'economia, hanno condotto alla prevalenza dell'impresa-società con partecipazione pubblica (nazionale, regionale o locale), che, a partire dal *referendum* del 1993, ha a sua volta subito un progressivo smantellamento a seguito della soppressione del Ministero competente e la dismissione dell'azionariato statale. Con le leggi sulla privatizzazione degli anni '90, il modello dell'ente pubblico economico diviene del tutto recessivo e, in genere, transitorio in vista della successiva trasformazione in società per azioni con relativa dismissione (c.d. fase calda della privatizzazione).

⁷ Il TFUE si limita a menzionare le imprese pubbliche e private titolari di diritti speciali o esclusivi all'art. 106 (ex art. 86 TCE), che al primo paragrafo ne impone la soggezione alle regole generali sulla concorrenza e al secondo ne limita l'applicazione ai casi in cui tale regime non osti all'adempimento della specifica missione specificamente affidata, nonché agli artt. 123-125 (ex artt. 101-103 TCE) vietando concessioni di scoperti di conto o altre agevolazioni creditizie o finanziarie e assunzioni di garanzie finanziarie privilegiate per tali soggetti, senza tuttavia delinearne i tratti distintivi che devono piuttosto ricavarsi dalla normativa speciale in materia di affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture. In dottrina, per tutti AA.VV. *Organismi e imprese pubbliche*, M.A. SANDULLI (a cura di), cit.; M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2006, 5, 747 ss.

mite una preliminare opera di uniformazione del linguaggio giuridico, attraverso “definizioni” necessarie per evitare che la “babele delle lingue” possa, in sede di attuazione da parte dei singoli Stati membri, pregiudicare l’efficacia del diritto sovranazionale⁸. Proprio il descritto fenomeno ha portato all’elaborazione delle definizioni di impresa pubblica e o.d.p., che rivestono la funzione di autonomi centri semantici di individuazione e selezione delle fattispecie concrete cui possano (o non possano) correttamente imputarsi le regole comunitarie⁹. La *primate* delle nozioni elaborate a livello eurounitario sulle definizioni (eventualmente) contrastanti elaborate dalle tradizioni giuridiche nazionali, impone di condurre la relativa analisi con la massima attenzione¹⁰.

La nozione di impresa pubblica fa la sua comparsa nelle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE, relative alle procedure di appalti nei settori esclusi, recepite con d.lgs. n. 158/1995. Il legislatore comunitario aveva in una prima fase escluso dalla disciplina di armonizzazione i settori speciali (acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni, gas, poi poste), in quanto “*gli enti che gestiscono tali servizi sono in alcuni casi disciplinati dal diritto pubblico, mentre in altri sono disciplinati dal diritto privato*”¹¹. La necessità di assicurare una effettiva liberalizzazione dei mercati ex esclusi e di garantire “*un giusto equilibrio nell’applicazione delle norme sull’aggiudicazione degli appalti in questi settori*”¹² ha imposto l’introduzione di

⁸ I problemi connessi alle alterazioni di senso dovute alla trasposizione nelle lingue proprie dei singoli Stati membri delle nozioni giuridiche elaborate (prevalentemente in lingua francese) a livello europeo sono tutt’altro che secondari. L’attualità del problema è dimostrata dalla recente pubblicazione, da parte Corte dei Conti europea nel settembre 2013, di un catalogo della terminologia giuridica utilizzata dalle istituzioni dell’Unione quando operano in lingua inglese con corrispondenti (non sempre prevedibili) significati, reperibile all’indirizzo http://ec.europa.eu/translation/english/guidelines/documents/misused_english_terminology_eu_publications_en.pdf.

⁹ M. MONTEDURO, *L’affidamento a terzi dei “servizi aggiuntivi” negli istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 247 ss.

¹⁰ È significativo che il 3° considerando della direttiva 2014/24 affermi proprio la necessità di “*chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell’Unione europea in materia*”, confermando l’esigenza di assegnare alle definizioni elaborate in ambito europeo la massima rilevanza. Anche le direttive 2014 (come già quelle del 2004), promuovono peraltro l’utilizzo del “*Vocabolario comune per gli appalti pubblici*” (CPV) adottato dal regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 novembre 2002, in GU L. 340 del 16 dicembre 2002 (cfr. 125° considerando con specifico riferimento alla nozione di servizio pubblico).

¹¹ Cfr. considerando 8° direttiva 93/38.

¹² Cfr. considerando 9° direttiva 93 cit.

un regime “speciale” a evidenzialità attenuata e l’inclusione delle “imprese pubbliche” nella relativa sfera di operatività¹³.

L’impresa pubblica di diritto comunitario costituisce, pertanto, espressione della nuova configurazione dei servizi pubblici come prestazioni rese ai cittadini anche in forma economica, attraverso operatori esterni alla p.A., sottoposti ad obblighi di servizio imposti e regolati dai pubblici poteri, che tornano, quindi, al loro ruolo originario di esercenti funzioni pubbliche piuttosto che gestori diretti di servizi¹⁴.

L’evoluzione delle forme di intervento pubblico nell’economia¹⁵ spiega parimenti l’emersione della nozione di o.d.p.¹⁶.

La prima direttiva in materia di appalti pubblici di lavori, la 71/305/CEE¹⁷, circoscriveva il proprio ambito di applicazione alle sole amministrazioni aggiudicatrici, individuate nello Stato, negli enti pubblici territoriali e nelle persone giuridiche indicate nell’allegato I, con elencazione avente carattere tassativo. Tale delimitazione soggettiva si dimostrò insoddisfacente in quanto inadatta ad abbracciare l’ampia congerie di soggetti, che, proprio a fronte dell’evoluzione morfologica dell’intervento dello Stato nell’economia, pur avendo connotazioni pubblicistiche (in quanto partecipati con risorse pubbliche o controllati o sovvenzionati dallo Stato o da altro ente pubblico), non erano formalmente qualificabili come pubblici¹⁸. L’esigenza di “*svelare la pubblicità*”

¹³ R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in www.altalex.it, 2005.

¹⁴ Cfr. M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 2. In tale ordine di idee risulta ancora valida la definizione di “imprese pubbliche” come “*imprese – di pertinenza di soggetti pubblici o privati – ad agire regolato; da ciò deriva che – per esse – v’è interesse pubblico all’attività, nel senso che questo assume rilievo giuridico complessivo*” (S. CASSESE, *L’impresa pubblica: storia di un concetto*, cit., 169).

¹⁵ E quindi, in breve, il passaggio da un intervento diretto dello Stato nell’economia tramite enti pubblici economici, alla privatizzazione degli enti stessi in via formale (trasformazione in s.p.a.) e sostanziale (effettiva dismissione di pacchetti azionari a soggetti privati) imposta dalle inefficienze generate dal sistema precedente.

¹⁶ È stato condivisibilmente osservato che il mutamento di logica che ha condotto all’elaborazione della figura dell’o.d.p. corrisponde alla rinnovata percezione del concetto di mercato, da strumento cui l’amministrazione può ricorrere per poter perseguire meglio i suoi fini istituzionali, a limite che la vincola anche in questa sua funzione imponendole regole capaci di preservare gli interessi delle imprese in esso concorrenti (M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli 2010).

¹⁷ Recante disposizioni di “*Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*”.

¹⁸ R. GAROFOLI, *L’organismo di diritto pubblico*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., I, 568.

reale che si nasconde sotto diverse forme”¹⁹ guidò l'introduzione del nuovo criterio di individuazione delle amministrazioni aggiudicatrici inaugurato dalla direttiva 89/440/CE (non modificata dalla successiva 93/73), che, privilegiando la verifica sostanziale dei caratteri dell'ente rispetto al dato meramente formale, introdusse la nozione di o.d.p. enunciando, al contempo, il carattere non tassativo dell'elencazione ivi allegata²⁰.

Merita sin da ora evidenziare che l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia con riferimento alle elencazioni di soggetti “di diritto pubblico” allegate alle direttive è significativamente passata dal negarne la tassatività a negarne la stessa inderogabilità, attribuendo alle stesse il ruolo di meri indici presuntivi della natura pubblicistica dei soggetti contemplati²¹, peraltro “relativi”, in quanto superabili dalla dimostrazione dell'assenza degli elementi necessari alla qualifica di o.d.p.²².

In termini più generali, mentre la direzione inizialmente assunta dagli interpreti²³ e, dalla fine degli anni '80, dallo stesso legislatore comunita-

¹⁹ Cfr. M.G. DELLA SCALA, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubb.*, *Agg.*, cit. 343. In punto, sembrano particolarmente significative le conclusioni dell'avv. gen. Lèger, 16 settembre 1997, in causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, ove si legge che “L'effettiva concorrenza tra imprese comunitarie passa, nell'ottica del legislatore sovranazionale, altresì per lo “svelamento” della “sostanziale” pubblicità del soggetto o almeno dell'attività dal medesimo svolta, al di là delle forme giuridiche assunte e dei meccanismi di operatività, onde evitare facili elusioni agli obblighi di selezione competitiva gravanti sulle pubbliche autorità”. In tema, cfr. PATALUCCI, *Il punto sugli organismi di diritto pubblico alla luce della giurisprudenza comunitaria*, GC, 2002, 6, 1713 ss.; G. TORREGROSSA, *I principi fondamentali dell'appalto comunitario*, in M.O. NOBILI (a cura di) *Gli appalti nel settore energetico: Atti del Convegno di Studi tenuto a Capri nell'autunno del 1992*, Milano 1994, 3 ss.

²⁰ Nella legislazione italiana la nozione di o.d.p. è stata per la prima volta riprodotta negli artt. 2 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, sugli appalti di lavori pubblici (attuativa della citata direttiva 89/440/CEE, modificata dalla direttiva 93/37/CE), 2 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, sugli appalti pubblici di servizi (attuativo della direttiva 92/50/CE), 1, co. 3, del d.lgs. n. 358/1992, sugli appalti di forniture (attuativo della direttiva 93/36/CE), 2 del d.lgs. n. 158/1995, relativo agli appalti nei “settori speciali” (attuativo della direttiva 93/38/CE).

²¹ CGCE, 27 febbraio 2003, in causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*. In termini D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 33.

²² Sul punto, da ultimo, si veda CGUE, 12 settembre 2013, C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG c. Ärztekammer Westfalen-Lippe*, in cui si afferma che: “la menzione di un dato organismo in tale allegato rappresenta soltanto l'attuazione della norma sostanziale enunciata all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18, senza che da tale menzione derivi una presunzione assoluta del fatto che detto organismo costituisce un «organismo di diritto pubblico» ai sensi di tale disposizione”.

²³ Già nella prima giurisprudenza comunitaria si coglie il tentativo di estendere in via

rio²⁴, è stata quella dell'“espansione” della nozione di “amministrazione aggiudicatrice” comunitariamente rilevante, al fine di garantire la massima estensione applicativa al principio generale di “*assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza*” evitando, in particolare, il rischio che i soggetti aggiudicatori con veste privatistica potessero essere guidati da logiche diverse da quelle economiche e di mercato nella scelta del contraente, sembra rintracciabile, nell'attuale contesto, un moto di progressiva inversione della riferita ottica “espansiva”, sostituita da un ap-

interpretativa le categorie di organismi tenuti, per la scelta del contraente, ad osservare i procedimenti di aggiudicazione disciplinati nella direttiva. Come anticipato, la prima direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici di opere (71/305/CEE), definiva “amministrazioni aggiudicatrici”, sottoposte alla disciplina dalla medesima recata, lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico enumerate nell'allegato n. 1. L'elencazione tassativa, nonostante i periodici aggiornamenti, si palesò ben presto inidonea a ricomprendere i soggetti che, in qualità di committenti suscettibili di essere guidati da logiche diverse da quelle economiche, rischiavano di alterare la concorrenza, imponendo la sottoposizione alle regole evidenziali degli affidamenti da essi disposti (con tecnica legislativa simile la direttiva 71/62/CEE sugli appalti pubblici di forniture menzionava lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico oppure, “negli Stati membri che non conoscono tale concetto, gli enti equivalenti, enumerati nell'allegato I”). Nella logica “espansiva” descritta, la Corte di Giustizia ritenne, ad esempio, riconducibili alla nozione di “Stato” soggetti privi di personalità giuridica, la cui funzione e la cui composizione fossero legislativamente disciplinate, i cui organi fossero composti da membri di nomina pubblica e i cui obblighi fossero garantiti dallo Stato anche in qualità di finanziatore diretto dei lavori dai medesimi affidati a terzi (CGCE 20 settembre 1998, in causa C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Paesi Bassi*, in www.eur-lex.europa.eu).

²⁴ La direttiva 89/440/CE, (come la successiva 93/37), ha introdotto un criterio oggettivo e funzionale di individuazione dei soggetti tenuti al rispetto delle regole dell'evvidenza pubblica: oggettivo perché svincolato dalla natura giuridica pubblicistica o privatistica del soggetto agente, funzionale perché diretto a valorizzare aspetti “concreti” come la dominanza pubblica. Tra gli Autori che hanno letto nella riferita evoluzione l'esigenza di contrastare l'elusione delle norme e dei principi comunitari in materia di libertà di iniziativa economica e concorrenza, mediante la creazione di organismi che, in quanto formalmente privati, fossero sottratti dall'ambito di applicazione delle direttive, S. PONZIO, *Gli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie come organismi di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2007, 11, 1353; R. PROIETTI, *Anche gli enti previdenziali dei liberi professionisti sono organismi di diritto pubblico*, *ivi*, 2008, 730; R. DIDONNA, *Le imprese e gli organismi di diritto pubblico nel più recente diritto giurisprudenziale interno*, in *Corr. mer.*, 2005, 1085. Parla di vero e proprio “svelamento” della “sostanziale” pubblicità del soggetto o almeno dell'attività dal medesimo svolta, al di là delle forme giuridiche assunte e dei meccanismi di operatività M.G. DELLA SCALA, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg., cit. 343. Per una lettura più generale del fenomeno della “fuga nel diritto privato” e dei rimedi escogitati dalle legislazioni italiane, si veda R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2010, 176.

proccio più ponderato nella verifica della concreta sussistenza di indici di “pubblicità” del soggetto affidante²⁵.

Nelle pagine che seguono si cercherà di dimostrare come l'attuale panorama normativo ed ermeneutico imponga all'interprete di rifuggire da semplicistici riferimenti alla nozione eurounitaria di “pubblica amministrazione”, che, come gran parte delle nozioni elaborate a livello sovranazionale, è strettamente “funzionalizzata” all'obiettivo che il legislatore intende perseguire nel singolo ambito, imponendo che l'esame delle singole figure da ascrivere a tale nozione sia condotto proprio nel prisma dell'obiettivo “caso per caso” perseguito²⁶. L'analisi della definizione di pubblica amministrazione ha dimostrato che essa non solo assume, nei vari campi in cui viene in gioco, significati assolutamente diversi, ma talora viene ricostruita sulla base di criteri del tutto opposti a seconda del risultato da raggiungere, potendo subire mutamenti di estensione in ragione del mutare di quegli stessi risultati²⁷.

²⁵ Auspicavano il riferito approccio “ponderato”, in particolare, M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., *passim* nonché ID. *Le concessioni aeroportuali di gestione totale tra tradizione e prospettive*, in www.federalismi.it, 13, 2014; G. MARI, *Natura giuridica della RAI: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?*, in *Foro amm.*, CdS, 2008, 9, 2335 e ss.; F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Suppl. n. 4 a *Serv. pubbl. app.*, 2004, 80 ss.; CGCE, 16 ottobre 2003, in causa C-283/00, Commissione c. Regno di Spagna (pt. 81), *ivi*, 99, con nota di M. LOTTINI, *Bisogni non economici o attività non economiche? Sulla controversa nozione comunitaria di “organismo di diritto pubblico”*, nonché CGUE, 10 aprile 2008, n. 393, sez. IV, con nota di B. RINALDI, *Sull'applicazione della “teoria del contagio” alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2-4, 2008, 975.

²⁶ Il principio appare già significativamente racchiuso nell'affermazione dell'avvocato generale La Pergola, nella causa C-360/96 – *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*, cit., al punto 42 delle conclusioni in data 9 febbraio 1998, in cui, con riferimento alla nozione di o.d.p., si afferma che non si possono “stabilire indici generali d'interpretazione della norma in questione che non prendono in considerazione il caso concreto”, trattandosi di “una disposizione che male si presta a ricevere interpretazioni generali ed astratte, proprio perché il legislatore comunitario ha inteso dare alla norma quel carattere schiettamente funzionale”.

²⁷ A. ROMANO-TASSONE, *Il diritto amministrativo comunitario. Prospettive attuali e compiti della dottrina*, in R. FERRARA, S. SICARDI (a cura di) *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministratori e costituzionalisti a confronto*, Padova 1998, 108 ss. Sulla nozione comunitaria di pubblica amministrazione S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 920; A. MASSERA, *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in J. FERRET, E. MALARET (a cura di) *El desarrollo de un derecho administrativo europeo*, Barcellona 1993, 5 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione in Italia*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pub-*

Con specifico riferimento al sistema dell'affidamento di commesse pubbliche, si tenterà di verificare se le coordinate ermeneutiche elaborate con riferimento alle nozioni di impresa pubblica e o.d.p. attestino una tendenza evolutiva comune, utile a delimitare entro i propri giusti confini la nozione di “pubblica amministrazione” rilevante per il diritto eurounitario²⁸.

Nelle pagine che seguono si procederà, in primo luogo, ad analizzare le nozioni di “o.d.p.”, “impresa pubblica” e le figure ad esse affini, individuando gli elementi che le distinguono in termini strutturali, alla luce della disciplina applicabile con riferimento alle procedure di affidamento. Esaurito il profilo prettamente soggettivo, particolare attenzione sarà dedicata alla delimitazione delle regole dell'evidenza pubblica applicabili a tali figure anche sul piano oggettivo, nell'ambito dei settori speciali, tanto in relazione alla riferibilità del servizio all'attività speciale, quanto all'ipotesi di svolgimento di attività promiscue.

Ciascun livello dell'analisi sarà condotto parametrando i fenomeni registrati con la lettura evolutiva proposta, alla ricerca di elementi che ne confermino l'attualità.

1. *Il contesto normativo di riferimento*

Le definizioni di impresa pubblica e o.d.p. sono oggi contenute, rispettivamente ai commi 26 e 28 dell'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006, che

blico, Milano 2006, vol. V, 471 ss.; ID., *Pubblica amministrazione in Italia*, in *www.trecani.it*, 2009, in cui si evidenzia come, a fronte di definizioni “estensive” di pubblica amministrazione, come quelle inizialmente elaborate in materia di affidamento di commesse pubbliche, è possibile riscontrare definizioni “restrittive”, come quella elaborata dalla giurisprudenza comunitaria in materia di libera circolazione dei lavoratori al fine di circoscrivere la portata derogatoria dell' art. 39, co. 4, Trattato CE – oggi art. 45 TFUE –, a norma del quale la libertà di circolazione non vige per gli impieghi nella pubblica amministrazione.

²⁸ In tale approccio ermeneutico sembra possibile ritrovare, a opinione di chi scrive, l'eco dell'analisi “caso per caso” dell'estensione soggettiva e oggettiva della disciplina dell'evidenza pubblica propugnata da parte della giurisprudenza (e, già prima, dalla dottrina, tra cui, oltre agli A. citati nelle pagine che precedono, si v. F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, cit.; M.G. DELLA SCALA, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg., cit., 347) nonché una riprova dell'inattualità delle soluzioni interpretative svincolate dall'esame dei singoli soggetti e delle loro caratteristiche teleologiche e funzionali, di cui meglio si dirà nelle pagine che seguono.

recepiscono il contenuto delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali²⁹. Il legislatore italiano, ricalcando le nozioni imposte a livello sovranazionale e la stessa tecnica legislativa ivi adottata, definisce partitamente le due figure.

L'o.d.p. è il soggetto, anche in forma societaria:

- *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- *dotato di personalità giuridica;*
- *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.*

Si tratta dei tre requisiti, teleologico³⁰, di personalità³¹, e di dominan-

²⁹ La quasi integrale sovrapponibilità tra le disposizioni di cui alle direttive del 2004 e quelle di cui al Codice dei contratti, consente, nella prima fase dell'analisi, di prendere in considerazione la legislazione nazionale (con i dovuti richiami alle relative disposizioni sovranazionali recepite) per poi raffrontarla con le nuove direttive 2014 cui si è fatto riferimento in premessa.

³⁰ Di cui *amplius infra*.

³¹ Per chiarire l'ambito di applicazione del requisito della personalità giuridica, occorre premettere che la giurisprudenza europea e interna concordano nell'affermare l'indifferenza della forma giuridica di diritto privato ai fini della ricostruzione della nozione di organismo di diritto pubblico (c.d. tesi funzionale, sostenuta, *ex multis*, da Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393, in cui, con riferimento alla Fondazione Carnevale di Viareggio, si afferma che "*Quanto al profilo della personalità giuridica, esso è ravvisabile con riguardo alla Fondazione in esame alla luce dell'interpretazione estensiva fornita, in conformità al principio dell'effetto utile, dalla giurisprudenza comunitaria che valorizza all'uopo la sussistenza di una soggettività giuridica in senso lato, anche di matrice privatistica*"), pertanto ciò che rileva è la sussistenza di una soggettività giuridica, a prescindere dalla sua natura pubblicistica o privatistica. Ciò posto, nonostante l'apparente linearità della norma, sono individuabili alcune questioni problematiche emergenti dalla combinazione del requisito *de quo* con altre definizioni codicistiche. Un primo tema è quello relativo all'estensione da dare alle nozioni di "Stato", "enti territoriali" e loro "associazioni" che, insieme agli o.d.p. compongono la categoria delle "amministrazioni aggiudicatrici" (cfr. art. 1 par. 9 dir. 2004/18) in quanto la riconduzione di soggetti privi di personalità giuridica (sottoposti a influenza dominante, dello Stato o delle altre amministrazioni territoriali) alla categoria di "amministrazioni aggiudicatrici", pur esulando da quella di o.d.p., determinerebbe l'estensione dell'ambito di applicazione delle regole dell'evidenza pubblica a prescindere da ogni indagine sul carattere "non indu-

za pubblica (deducibile, a sua volta, dagli indici³², alternativi tra loro³³,

striale o commerciale” degli interessi deputati a soddisfare (cfr. D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli 2003, 23). Per risolvere l'impasse non è mancato chi abbia proposto (M.G. DELLA SCALA, *Organismo di diritto pubblico*, cit., nota 50), aderendo ad una nozione ampia di soggettività giuridica, di ricondurre all'o.d.p. i soggetti che, benché strumentalmente legati alle pubbliche amministrazioni a legittimazione democratica, siano dalle medesime distinte dal punto di vista organizzativo, pur senza assurgere al rango di autonoma persona giuridica, con conseguente preservazione dell'indagine “tripartita” tipica dell'o.d.p. (M. BASILE, A. FALZEA, *Persona giuridica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1983, 234 ss.; G.L. PELLIZZI, *Soggettività giuridica*, in *Enc. giur.* XXIX, Roma 1993; P. GALLO, *Soggetto di diritto*, in *Digesto disc. civ.*, XVIII, Torino 1998, 576; A. FALZEA, *Il soggetto nei fenomeni giuridici*, Milano 1939). In giurisprudenza, il dibattito sembra concentrato sulle associazioni non riconosciute. In punto, mentre il parere Cons. Stato, sez. II, 30 giugno 2004, n. 2957, ha affermato, tramite l'adesione a una nozione elastica di personalità giuridica, che questa dovrebbe essere imputata anche alle associazioni non riconosciute in quanto operanti in regime di separazione dai loro associati, quali soggetti di diritto distinti e pertanto sottoposti, in via analogica, alle previsioni dettate per le persone giuridiche, in termini opposti è stata recisamente negata la qualificabilità come o.d.p. dell'associazione costituita nella forma giuridica dell'associazione non riconosciuta dal TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 25 ottobre 2005, n. 6309, in cui si è affermato che, in tali casi, “difetta, quindi, il fondamentale presupposto della personalità giuridica, di cui è tale soggetto è privo” stante l'ontologica assenza di un'autonomia patrimoniale perfetta per tale tipologia di associazioni.

³² Già Ranalletti individuava tra gli indici di “pubblicità” di soggetti svolgenti attività imprenditoriale e operanti secondo le regole del diritto privato, la circostanza che la relativa attività fosse posta “a servizio dello Stato”, “sulla base di un particolare rapporto di diritto pubblico”, ravvisabile in poteri d'ingerenza di quest'ultimo, espressa, tra l'altro, in potestà di direttiva, controllo, nomina degli organi direttivi, sostituzione degli organi stessi in caso di irregolarità nella gestione, possibilità di introdurre modificazioni nell'ordinamento dell'ente, ecc., quindi, in incidenza significativa “sulla gestione” del medesimo (O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pub.*, 1916, VIII, I, 337, anche in *Scritti scelti*, Napoli 1992, V, 102).

³³ È principio pacifico che gli indici della dominanza pubblica sono tra loro in rapporto di alternatività, in quanto integrano “tre varianti di “stretta dipendenza” nei confronti di un'altra amministrazione aggiudicatrice” (CGCE, 3 ottobre 2000, in causa C-380/98, *The Queen c. The University of Cambridge*). Costituisce parimenti un principio pacifico quello per cui il requisito della dominanza pubblica non coincide con il “controllo analogo” cui sono sottoposte le società *in house*, infatti quest'ultimo deve essere inteso nella forma più pregnante di controllo di tipo strutturale, ossia esercitato mediante poteri di ingerenza nell'organizzazione dell'ente. La Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza *Stadt Halle* (CGCE, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, parr. 48, 49 e 52) ha escluso, a fronte di una partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società cui partecipasse anche un'amministrazione aggiudicatrice, che quest'ultima potesse esercitare su detta impresa un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi.

del finanziamento maggioritario³⁴ e del controllo delle nomine³⁵ o di ge-

³⁴ Per “finanziamento” si intende ogni prestazione economica che abbia per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza, tale da indicare la non autosufficienza economica dell’ente beneficiario, o comunque da produrre in capo ad esso una certa “serenità” nel soccorso pubblico a fronte di eventuali perdite di gestione (CGCE, 3 ottobre 2000, in causa C-380/98, *University of Cambridge*, cit.). Pertanto non tutti i finanziamenti erogati da un’amministrazione hanno l’effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza, imponendosi un’indagine sulla non sinallagmaticità del finanziamento (“*soltanto le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanzino o sostengano le attività dell’ente interessato possono essere qualificate come ‘finanziamento pubblico’*”, CGCE, 3 ottobre 2000, in causa C-380/98, cit.). Neppure rileva l’identità tra soggetto erogante il finanziamento e i beneficiari ultimi delle prestazioni (CGCE, 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *Geemente Arnhem e Geemente Rheden c. BFI Holding BV*), mentre sono considerati finanziamenti pubblici anche le contribuzioni dovute *ex lege* da parte dei membri iscritti, altrettanto obbligatoriamente, all’organismo, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite e tali da assicurarli le risorse finanziarie necessarie per la relativa operatività (CGCE, 11 giugno 2009, in causa C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik c. AOK Rheinland/Hamburg*). Ricorre, pertanto, l’ipotesi di finanziamento pubblico maggioritario anche a fronte di forme di contribuzione obbligatoria imposte dalla legge, tramite meccanismi di finanziamento *ex post* (cfr. CGCE, 13 dicembre 2007, in causa C-337/06, *Bayrischer Rundfunk e altri c. GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, Conclusioni dell’Avvocato Generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, § 63, come nei casi degli enti radiotelevisivi (Cass., sez. Un., 23 aprile 2008, n. 10443) e degli enti previdenziali (Cass., sez. Trib., 9 agosto 2007, n. 17526; Cass., sez. Un., 8 giugno 2007, n. 13398; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2006, n. 182), ossia casi in cui le contribuzioni all’ente sono previste *iure imperii* e versate senza una controprestazione specifica (in punto Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2007, n. 4060, ove si è concluso per la natura di o.d.p. dell’E.n.p.a.m., ente di previdenza trasformato in fondazione a norma dell’art. 1 del d.lgs. n. 509 del 1994, in considerazione del fatto che “*Le risorse della Fondazione sono quindi assicurate ‘jure imperii’ dall’ordinamento generale in base ad obblighi imposti da norme di diritto pubblico. Il dato formale del finanziamento a carico di un soggetto pubblico [...] non va, quindi, ristretto ai soli casi di erogazioni, contribuzioni, trasferimenti, attraverso gli ordinari strumenti della contabilità pubblica, ma si realizza anche nei casi in cui, a mezzo di atti aventi forza di legge, si convogliano risorse economiche in favore dell’ente in adempimento di obbligazioni ‘ex lege’ cui i soggetti interessati non possono liberamente sottrarsi*”). Il requisito della non sinallagmaticità delle risorse assegnate ai soggetti qualificabili come o.d.p. assume, pertanto, una rilevanza dirimente. In punto, si vedano Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2006, n. 182, par. 58; Cass., sez. Un., 8 giugno 2007, n. 13398, in cui si afferma la natura di o.d.p. della Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei dottori commercialisti. Sul punto la citata direttiva n. 2014/25/UE chiarisce definitivamente, con specifico riferimento alla condizione relativa all’origine del finanziamento dell’organismo, che per “*finanziati in modo maggioritario*” si intende per più della metà, e che tale finanziamento “*può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico*”. Quanto al carattere “maggioritario” del finanziamento pubblico, è tale quello che superi il 50% delle entrate totali dell’ente senza che ciò escluda, per l’effetto, che un organismo possa essere finanziato in parte anche in altra maniera, senza per questo perdere la propria qualità.

³⁵ Non desta particolari problemi la disposizione con cui il legislatore, con previsione

stione³⁶) che, nel rispetto dell'insegnamento del diritto dell'Unione, pacificamente devono ricorrere cumulativamente.

nettamente *tranchant* rispetto alle ataviche disquisizioni in ordine alla capacità della nomina dei componenti degli organismi di un soggetto a riverberarsi in "influenza" sullo stesso (cfr. *ex pluribus*, S. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano 1960, 212; V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1016), individua un chiaro indice di tale influenza nella nomina maggioritaria dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza ad opera dello Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Il requisito in questione si riferisce, anzitutto, alla nomina della maggioranza degli organi di amministrazione o direzione chiamati ad assumere le decisioni. Esemplificativamente può trattarsi degli organi di direzione di enti pubblici, di amministratori di associazioni o fondazioni o di società di capitali. Per le società per azioni, in particolare, si tratta dei soggetti che compongono il consiglio di amministrazione, se la società è organizzata secondo il modello tradizionale (art. 2380 *bis* c.c.) o il modello "monistico" (artt. 2409 *sexiesdecies* e 2409 *septiesdecies* c.c.), che compongono il consiglio di gestione ove lo statuto adotti il sistema "dualistico" (artt. 2409 *octies*, 2409 *undecies* c.c.). L'ipotesi più frequente è la partecipazione di "controllo" da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al capitale di un ente costituito in forma di società per azioni, di per sé idonea a consentire all'amministrazione la nomina della maggioranza o addirittura della totalità dei componenti la *governance* societaria, ma la formula legislativa appare idonea a ricomprendere, *a fortiori*, le ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici procedano alla "nomina diretta" dei membri (M.G. DELLA SCALA, *Organismo di diritto pubblico*, cit.).

³⁶ Il controllo di gestione è un elemento "residuale" che indica un intervento *ab externo* da parte delle amministrazioni tradizionali o di altri organismi di diritto pubblico sull'"attività" dell'ente, in modo tale da generare in ogni caso una sua "dipendenza" dai poteri pubblici (D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 154; Id., *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 12, 3827 ss. v. anche CGCE, 1 febbraio 2001, in causa C-237/99, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese, in cui si individua un "controllo sulla gestione", non accompagnato né da finanziamenti pubblici, né da forme di controllo "strutturale"). Il controllo sulla gestione sintomatico di un'influenza pubblica dominante si sostanzia in un'ingerenza che si esprime nelle molteplici forme del controllo sulla gestione dell'attività, quale presidio esterno alla conformità dell'azione del controllato alla legge o alle direttive poste dal controllante (R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2013, 194 e ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit. 264). Il requisito della c.d. dominanza pubblica, pertanto, non impone un controllo strutturale, ben potendo essere desunto da indici ulteriori e meno penetranti di "controllo". La posizione assunta dalla più recente giurisprudenza eurolunitaria, chiamata a pronunciarsi sulla natura di un ordine professionale tedesco è nel senso che "*in linea di principio un controllo a posteriori non soddisfa tale criterio [dell'influenza pubblica dominante tramite controllo di gestione n.d.r.], in quanto un simile controllo non permette all'autorità pubblica di influenzare le decisioni dell'organismo in questione in materia di appalti pubblici*" (CGUE, 12 settembre 2013, causa C-526/11, IVD GmbH & Co. KG c. Ärztekammer Westfalen-Lippe). Nel ragionamento della Corte, un controllo generale di legittimità effettuato a posteriori e un intervento dell'autorità pubblica che si limiti ad accertare l'equilibrata gestione finanziaria dell'organismo non raggiunge il carattere di incisività suffi-

L'impresa pubblica viene descritta come il soggetto “*su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese*”. Il fondamentale ruolo giocato dall'elemento della dominanza pubblica ha spinto il legislatore a enucleare delle ipotesi di presunzione assoluta di controllo quando “*le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa*”.

La definizione delle due figure, come anticipato, trova giustificazione ai fini della delimitazione dell'ambito di applicazione delle disposizioni codicistiche.

Il riferito art. 3 include l'o.d.p. nella categoria delle “amministrazioni aggiudicatrici” e l'impresa pubblica nella diversa categoria degli “enti aggiudicatori”.

Riadattando il sillogismo elaborato in dottrina³⁷ con riferimento alle disposizioni sovranazionali recepite al citato art. 3 e poi riprodotte nel 2014, si può affermare che:

a) l'amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 3, par. 1 della Diret-

ciente da ritenere integrata una “dominanza pubblica”. In particolare la Corte, a fronte di una fattispecie in cui la legge predeterminava le funzioni, le modalità di organizzazione del finanziamento e contemplava un obbligo di approvazione della determinazione dell'importo del contributo dovuto adottata dall'organismo, riconosceva, in concreto, la sussistenza di “*un'autonomia organizzativa e finanziaria che non consente di affermare che [l'organismo, n.d.r.] si trova in una situazione di stretta dipendenza dall'autorità pubblica*”, escludendo, per l'effetto, la ricorrenza del requisito del controllo di gestione. La recente Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362 ha riconosciuto la natura di o.d.p. alla Fondazione Biennale di Venezia avendo riscontrando la ricorrenza, con riferimento al requisito dell'influenza pubblica dominante, tanto del controllo di gestione, stante la sottoposizione della gestione finanziaria – data l'importanza delle funzioni espositive assegnate (afferenti ad una tra le principali rassegne internazionali d'arte contemporanea) – al controllo della Corte dei Conti (art. 16 atto costitutivo), quanto del controllo sulle nomine rinvenendosi una “*prevalenza nel consiglio di amministrazione – nominato dal Ministro per i beni e le attività culturali – di esponenti del Comune di Venezia e della Provincia di Venezia, nonché della Regione Veneto (art. 9)*”.

³⁷ G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit., 839 ss. Sulla necessaria distinzione tra impresa pubblica e o.d.p. si veda anche G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico: la necessità di un distinguo*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 95 ss.

tiva 2014/25/UE (ex art. 2, par. 1, lett. a della Direttiva 2004/17) è diversa e distinta dall'impresa pubblica di cui all'art. 4 parr. 1 e 2 della stessa Direttiva (ex lett. b del medesimo art. 2, Direttiva 2004/17);

b) l'organismo di diritto pubblico è identico all'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 2, par. 1 della Direttiva 2014/24/UE (ex art. 1, par. 9 Direttiva 2004/18);

c) dunque, l'organismo di diritto pubblico è diverso e distinto dall'impresa pubblica.

Data questa incontestabile premessa, merita soffermarsi sulla perimetrazione soggettiva dell'ambito di applicazione delle due direttive.

Con specifico riferimento alle figure in esame, solo la direttiva 25 menziona le imprese pubbliche e private titolari di diritti speciali o esclusivi (oltre agli o.d.p.) con l'ulteriore precisazione (contenuta nel considerando 43° e trasfusa all'art. 34) che sono comunque esclusi dal proprio ambito di operatività le attività speciali se, nei singoli Stati membri, il relativo esercizio è direttamente esposto alla concorrenza. La direttiva 24, relativa ai settori "ordinari" menziona, invece, escusivamente gli o.d.p.

Le "frontiere" tra gli ambiti delle due direttive sono tracciate da disposizioni esplicite: l'art. 19, n. 1, della direttiva 25³⁸ (riproduttivo dell'art. 20 della direttiva 2004/17) esclude l'applicazione delle norme relative ai settori speciali agli appalti che gli enti aggiudicatori assegnano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli artt. 8-14 (ex 3-7) della medesima direttiva e l'art. 7 della direttiva 24 (ex art. 12 della direttiva 2004/18), a "*pendant*" del primo, esclude l'operatività della direttiva relativa ai settori ordinari agli appalti pubblici che le amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più attività di cui ai citati artt. 8-14, aggiudicano per tali attività³⁹.

³⁸ La disposizione, rubricata "*Appalti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati per fini diversi dal perseguimento di un'attività interessata o per l'esercizio di un'attività in un paese terzo*", dispone che "1. La presente direttiva non si applica né agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dal perseguimento delle loro attività di cui agli articoli da 8 a 14 o per l'esercizio di tali attività in un paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione, né ai concorsi di progettazione organizzati a tali fini. 2. Gli enti aggiudicatori comunicano alla Commissione, su richiesta, qualsiasi attività che considerano esclusa in virtù del paragrafo 1. La Commissione può pubblicare periodicamente nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, a titolo d'informazione, gli elenchi delle categorie di attività che considera escluse. Nel fare ciò, la Commissione rispetta il carattere commerciale sensibile che gli enti aggiudicatori possono far valere quando comunicano queste informazioni".

³⁹ In termini molto chiari, da ultimo, Cass., sez. Un., 29 maggio 2012, n. 8511 sulla

Il diritto dell'Unione ha pertanto ribadito la rigorosa delimitazione delle regole dell'evidenza pubblica per i settori speciali non solo sul piano soggettivo (artt. 3 e 4, direttiva 25), ma anche su quello oggettivo (artt. 8-14, della medesima direttiva), delimitazione che, secondo l'insegnamento della giurisprudenza, deve essere interpretata restrittivamente⁴⁰. Ne discende che quando un'amministrazione aggiudicatrice, nella sua accezione più ristretta di cui all'art. 2 della direttiva 24 e all'art. 4, n. 1 lett. a, della direttiva 25, affida un contratto per attività diverse da quelle indicate dagli artt. 8-14 di quest'ultima, trova applicazione la prima direttiva; mentre quando ad agire al di fuori di tale modello sia un'impresa pubblica o privata titolare di diritti speciali o esclusivi (art. 4, n. 1 lett. a e b, nonché, specificamente, nn. 2 e 3) nessuna delle due direttive è applicabile⁴¹. In altri termini le categorie soggettive incluse tra gli enti aggiudicatori esclusivamente nell'ambito dei settori speciali non possono essere estensivamente attratte nel regime dei contratti estranei a tali settori particolari che, per le ragioni esaminate in premessa, hanno giustificato l'inclusione di tali peculiari figure nell'ambito dell'evidenza pubblica.

Il discorso vale, sia pure in termini meno evidenti, per il Codice che, all'art. 32, ha recepito le Direttive 2004 – sovrapponibili, sul punto, alle nuove Direttive 2014 –, individuando le “*Amministrazioni aggiudicatrici e gli altri enti aggiudicatori*” sottoposti, a determinate condizioni, alla direttiva generale relativa ai settori ordinari sopra soglia comunitaria (di cui alla Parte II, Titolo I del Codice) e all'art. 207, contenuto nella Parte III (“*Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*”), i soggetti sottoposti al peculiare regime di evidenza pubblica “temperata” tipico dei settori speciali.

L'art. 32 contiene un'elencazione dei contratti soggetti all'operatività del regime “generale” contemplato nella Parte II, Titolo I, e, sotto il profilo soggettivo, mentre fa riferimento generalizzato alla categoria delle

scorta di CGCE, 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*.

⁴⁰ In punto cfr. CGCE 10 aprile 2008 C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*, cit. parr. 26, 27, 30, in cui si afferma che “*Alla luce di quanto considerato, si deve già fin da ora constatare che la portata generale della direttiva 2004/18 e la portata ristretta della direttiva 2004/17 richiedono che le disposizioni di quest'ultima siano interpretate restrittivamente (...)*”.

⁴¹ Cfr., con riferimento alla disciplina delineata dalle direttive 2004, M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 7.

amministrazione aggiudicatrici (comprehensive, come visto, degli o.d.p.), menziona gli “enti aggiudicatori” unicamente alla lettera *b* imponendo a tali soggetti il rispetto della disciplina ivi prevista, limitatamente ai “*lavori, servizi forniture affidati dagli enti aggiudicatori di cui all'articolo 207, qualora, ai sensi dell'articolo 214, devono trovare applicazione le disposizioni della parte II anziché quelle della parte III del presente codice*”⁴². La lettera *c*, a sua volta, contempla, tra i contratti soggetti al regime trasparente dell'evidenza pubblica, i lavori, servizi, forniture affidati dalle “*società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza*” (ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali⁴³).

⁴² L'art. 214 disciplina la specifica ipotesi di appalti che riguardino più settori, c.d. appalti “ad oggetto complesso” (così definiti da Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355, in dottrina, F. D'OTTAVI, *Appalti che riguardano più settori*, in P. DE LISE, V. BIAGETTI, *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino 2007), stabilendo la regola generale della prevalenza (“*ad un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative all'attività principale cui è destinato*”) e una serie di regole speciali nel caso in cui tale criterio non possa operare. In particolare il comma 3 recita “*Se una delle attività cui è destinato un appalto è disciplinata dalla parte III e l'altra dalla parte II, e se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto sia principalmente destinato, esso è aggiudicato secondo le disposizioni della parte II, ferma la facoltà, per gli enti aggiudicatori, di chiedere, in aggiunta all'attestazione SOA, ulteriori specifici requisiti di qualificazione relativamente alle attività disciplinate dalla parte III*”. Si tratta del caso contemplato dalla lettera *h*) del surriferito art. 32 che consente eccezionalmente l'operatività del regime ordinario dell'evidenza pubblica agli “enti aggiudicatori” di cui all'art. 207 in parte operanti nei settori di cui alla Parte III (acqua, trasporti, energia, telecomunicazioni, poste ecc.) e in parte in settori “ordinari”. La specialità del regime di cui alla Parte III si desume anche dal successivo comma 4 a norma del quale “*Se una delle attività cui è destinato l'appalto è disciplinata dalla parte III e un'altra attività non è disciplinata né dalla parte III né dalla parte II, e se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto è principalmente destinato, esso è aggiudicato ai sensi della parte III*”.

⁴³ Sotto il profilo soggettivo, è evidente come il riferimento di cui alla lettera *c*) dell'art. 32 sia particolarmente ampio, coinvolgendo tutte le società con capitale pubblico, indipendentemente dal fatto che la partecipazione pubblica sia maggioritaria. La norma riguarda, come specificato, anche le società deputate allo svolgimento di servizi pubblici locali di cui agli artt. 113 (Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), 113-bis (Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica), 115 (società frutto di trasformazione di aziende speciali) e 116 (Società per azioni con partecipazione minoritaria di enti locali) del Testo unico delle leggi sull'ordi-

L'art. 207 delimita l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del regime speciale di cui alla Parte III del Codice indicando i soggetti: "*a) che sono amministrazioni aggiudicatrici (tra cui gli o.d.p.) o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 del presente codice*", e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più di quelle elencate agli articoli da 208 a 213 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente (i.e. i soggetti di cui alla lett. c del citato art. 32)

Anche la rassegna del dettato codicistico, nella lettura datane dalla dottrina più attenta, avvalorata la profonda diversità tra amministrazioni aggiudicatrici e altri enti aggiudicatori, in quanto mentre per le prime, il criterio di applicazione delle regole evidenziali è di carattere eminentemente soggettivo, per gli altri soggetti aggiudicatori vi è un riferimento congiunto all'oggetto del contratto del cui affidamento si tratta (afferente a un settore speciale) e al soggetto che tende alla stipulazione di esso, (identificabile con la figura dell'impresa pubblica o privata titolare di diritti speciali o esclusivi solo nell'ambito delle attività "speciali"), con tutto ciò che ne consegue in termini di normativa applicabile.

La peculiarità del regime di evidenza pubblica cui sono sottoposti i soggetti operanti nei settori speciali trova peraltro riscontro sul piano della relativa disciplina e, in particolare, nel doppio grado di deroghe al regime codicistico che essi subiscono. In primo luogo, l'art. 31 esclude l'operatività della Parte II per i contratti aggiudicati per lo svolgimento di attività relative ai settori speciali, sancendo la regola della prevalenza del regime speciale su quello generale, in secondo luogo, gli artt. 217 e 219 escludono in radice l'operatività della stessa Parte III, rispettivamente per i contratti aggiudicati per scopi diversi da quelli relativi ai settori speciali (o "*per l'esercizio di tali attività in un paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità*"⁴⁴), e per quelli relativi ad attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. Dal combinato disposto delle norme da ultimo citate emerge, a

namento degli enti locali. È noto che l'ordinamento comunitario ha imposto una profonda riforma delle norme relative alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale, con l'introduzione di regole precise riguardo alla possibilità di conferimento di tale gestione a società esterne all'ente locale.

⁴⁴ La disposizione rappresenta la trasposizione, a livello interno, dell'art. 20 della citata direttiva 2004/17/CE.

monte, che a fronte di una condizione obiettiva di concorrenzialità è esclusa l'applicazione della Parte III del Codice e che, a valle dell'accertamento dell'assenza di un mercato pienamente competitivo, il riferito regime speciale opera nei soli confronti di soggetti qualificabili come enti aggiudicatori (elemento soggettivo) per l'affidamento di contratti relativi ad attività "speciali" (elemento oggettivo).

2. *La differenziazione soggettiva tra impresa pubblica e di o.d.p.: caratteri distintivi e relative ricadute applicative*

Come accennato, la qualificazione di un soggetto come impresa pubblica o o.d.p. assume rilevanza fondamentale al fine della soggezione alle norme codicistiche, imponendo di soffermarsi sugli elementi distintivi delle due figure.

Come chiarito⁴⁵, le elencazioni contenute nelle fonti di diritto derivato non sono dirimenti al fine di classificare gli enti con finalità pubblicistiche con forma societaria operanti all'interno di ciascuno Stato membro come o.d.p., residuando, quale unica via percorribile, quella di indagare le manifestazioni empiriche del tratto differenziale dell'istituzione per il soddisfacimento di *"esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale"*.

Il ventaglio di posizioni assunte dagli interpreti sulla riferita locuzione dimostra che, a seconda della singola componente cui si intenda attribuire dignità prevalente (carattere generale non commerciale o industriale dell'interesse perseguito⁴⁶, carattere generale non commerciale o

⁴⁵ Vedi le considerazioni svolte in premessa. Sull'affermazione del carattere non esaustivo già dell'allegato I alla direttiva 93/37 cfr. CGCE, 27 febbraio 2003, in causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, par. 39, 40 nonché Id., 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*, par. 50 nonché Id., 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà Srl e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, par. 36.

⁴⁶ In termini F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, cit., che, alla luce di un'attenta lettura della giurisprudenza comunitaria dell'epoca, fa derivare dalla valorizzazione degli "interessi" il cui soddisfacimento l'ente deve perseguire quale componente fondamentale dell'elemento teleologico, la conseguenza che *"È ipotizzabile... che un'attività economica sia diretta a soddisfare specificamente interessi privi di connotazione commerciale ed industriale; in siffatti casi l'ente imprenditoriale è qualificabile come organismo di diritto pubblico e, come tale, è tenuto al rispetto della normativa sugli appalti di lavori, servizi e forniture"*.

industriale dell'attività svolta dall'ente⁴⁷, o, ancora, carattere generale dell'interesse perseguito a prescindere da ogni indagine sulla natura commerciale o industriale dello stesso⁴⁸), si muovono i confini stessi della figura dell'o.d.p. e la sua capacità di sovrapporsi con quella di impresa pubblica.

Valida guida nell'intrapreso percorso ricostruttivo è fornita dalla giurisprudenza sovranazionale⁴⁹, che ha definito "*bisogni generali aventi ca-*

ture". Cionondimeno l'A. precisa, esaminando lo specifico caso di una "società a partecipazione pubblica con scopi di lucro", che, nell'ipotesi in cui l'iniziativa economica cui prendono parte soggetti pubblici non sia sottoposta ad una peculiare disciplina né a uno speciale regime tariffario è legittimo presumere che essa non sia direttamente indirizzata a realizzare fini a carattere sociale con la conseguenza che la società mista, non discostandosi dallo schema casuale e teleologico proprio del modello societario previsto dal codice civile, non ha motivo di essere sottoposta a un regime giuridico differenziato.

⁴⁷ F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?* (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico), in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 80 ss., in cui si propugnava la valorizzazione dell'attività in quanto tale soluzione "sarebbe stata la più coerente con la ratio che, dall'origine, ha connotato le direttive sugli appalti. Esse sono infatti volte ad impedire che i soggetti pubblici, spesso svincolati dalle severe regole della competizione economica, possano preferire le imprese nazionali e discriminare quelle degli altri Stati membri. Pertanto, quando il soggetto, ancorché legato alla P.A. fosse davvero condizionato dal mercato, non vi sarebbe alcun motivo di coltivare un sospetto di discriminazione e di nutrire una tale preoccupazione [...] Se la norma comunitaria si fosse direttamente riferita all'attività industriale o commerciale, sarebbe stato possibile leggerla, sin da principio, alla luce delle nozioni di imprenditore commerciale (art. 2082 c.c.) e industriale (art. 2195 c.c.)". La medesima dottrina, tuttavia, rilevando che il riferimento del requisito del carattere industriale o commerciale all'attività, e non ai bisogni, rischiava di restringere eccessivamente l'ambito applicativo delle direttive comunitarie, ha affermato che gli indici dell'o.d.p. devono comunque essere ricercati in concreto, mediante un'attenta analisi della vicenda e dei suoi protagonisti, rifiutando "una logica di tipo formale nella qualificazione del soggetto obbligato all'evidenza pubblica" ed indagando caso per caso la sussistenza di elementi tali da indurre l'ente a non operare necessariamente secondo le regole della competizione, con il conseguente rischio di discriminazione tra le imprese comunitarie. Tali indici venivano riasunti nell'assunzione in proprio del rischio di impresa.

⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292 in cui è stato attribuito valore assorbente all'esistenza di un interesse pubblico da perseguire piuttosto che all'attività svolta ed alla presenza o meno di una gestione imprenditoriale conforme alle regole del mercato.

⁴⁹ Sull'autonomia semantica dei concetti giuridici di rilevanza comunitaria cfr., *ex pluribus*, CGCE, 27 febbraio 2003, in causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, in cui la Corte, pronunciandosi sulla definizione di "bisogni di interesse generale" di cui all'art. 1, lett. b), co. 2, della direttiva 93/36, e constatando l'assenza di un espresso rinvio all'ordinamento degli Stati membri, ha ribadito che "per costante giurisprudenza, tanto l'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto il principio d'uguaglianza esigono che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso

rattere non industriale o commerciale” quelli soddisfatti in modo diverso dall’offerta di beni o servizi sul mercato e alla cui realizzazione, per motivi connessi all’interesse generale, la pubblica amministrazione preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un’influenza determinante⁵⁰.

La descritta “finalizzazione” deve essere ricostruita tramite la combinazione di una pluralità di elementi “indiziari” che la Corte di Lussemburgo ha variamente rintracciato (i) nelle circostanze che hanno presieduto all’istituzione dell’organismo considerato e in particolare nella eventuale ricerca, a titolo principale, di un profitto⁵¹ e (ii) nella struttura del “mercato rilevante” in cui l’ente svolge la sua attività e, in particolare, nel suo eventuale assetto concorrenziale. Tale ultimo carattere, di per sé

richiamo al diritto degli Stati membri [come l’art. 1, lett. b), co. 2, della direttiva 93/36 di cui era causa n.d.r.], per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell’intera Comunità, ad un’interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa (v., in particolare, sentenze Ekro, cit., punto 11; 19 settembre 2000, causa C-287/98, Linster, Racc. pag. I-6917, punto 43, e 9 novembre 2000, causa C-357/98, Yiadom, Racc. pag. I-9265, punto 26)”.

⁵⁰ Cfr. CGCE, 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*, cit., par. 44, 47, 51 e 53 in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sull’interpretazione dell’art. 1, lett. b) della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, relativa al coordinamento delle procedure degli appalti pubblici di servizi, e a fornire alcuni criteri interpretativi al fine di definire i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale precisa che la circostanza che l’organismo interessato agisca in situazione di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale; che questi ultimi bisogni sono, di regola, soddisfatti in modo diverso dall’offerta dei beni o servizi sul mercato; che in linea generale presentano tale carattere quei bisogni al cui soddisfacimento, per motivi connessi all’interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un’influenza determinante. In tema cfr. CGCE, 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Ing. Aigner*, cit., par. 40 nonché Id., 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, cit., par. 37, 38 e 41.

⁵¹ Tra le molte pronunce che individuano le circostanze istitutive tra gli elementi giuridici e fattuali da cui dedurre la natura di o.d.p., CGCE, 16 ottobre 2003, in causa C-283/00, *Commissione delle Comunità Europee c. Regno di Spagna*. Con specifico riferimento all’indagine sullo scopo “principalmente” lucrativo dell’istituzione dell’ente la Corte, analizzando la *ratio* istitutiva di una società deputata ad assicurare la fornitura del riscaldamento nel comprensorio della Città di Vienna ha affermato che pur non potendo escludere che l’attività avrebbe prodotto degli utili distribuiti sotto forma di dividendi agli azionisti dell’ente, la ricerca di profitto non poteva comunque considerarsi come fine principale che aveva presieduto alla relativa creazione (v., in tal senso, CGCE, 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Ing. Aigner*, cit., par. 42).

non dirimente⁵², può assumere valenza fortemente significativa quando l'ente rappresenti l'unico soggetto in grado di esercitare l'attività per la quale è stato costituito⁵³ e tale circostanza, in una con l'essenzialità del ruolo da esso rivestito, ne impedisca la soppressione, imponendo meccanismi volti a garantirne la permanenza sul mercato⁵⁴.

Dunque, non si ha "organismo di diritto pubblico", ogniquale volta il soggetto operi in situazioni di concorrenza e svolga attività strettamente economica, ossia offra beni o servizi sul mercato, dietro versamento di un corrispettivo, secondo "*criteri di rendimento, di efficacia, di redditività*" e, soprattutto, non siano previsti né prevedibili meccanismi per compensare eventuali perdite finanziarie⁵⁵.

L'obiettivo perseguito a livello europeo appare dunque, quali che siano le condizioni economiche del settore, quello di verificare se il soggetto assuma i rischi tipici dell'operatore di mercato agendo con "metodo economico" escludendo, in tal caso, la natura di o.d.p.

Riportando le precedenti considerazioni sullo specifico piano del confronto tra o.d.p. e impresa pubblica si può affermare che emergono due elementi comuni e un tratto differenziale. Quanto ai primi, l'impiego dello strumento societario⁵⁶ e il perseguimento dell'interesse pub-

⁵² Soltanto l'accertamento dell'inesistenza di un mercato concorrenziale idoneo, per le sue oggettive condizioni, ad indurre gli operatori economici a svolgere in quel settore la propria attività, rappresenta un rilevante elemento probatorio dell'assenza del metodo economico e dunque dell'attività di impresa (CGCE, 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà* cit.).

⁵³ In tale ultimo caso è evidente il rischio che l'ente potrebbe lasciarsi guidare, nell'aggiudicazione dei suoi appalti, da considerazioni diverse da quelle economiche (CGUE, 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Ing. Aigner*, cit., par. 45).

⁵⁴ È sufficiente, per il giudice europeo, che alla luce dell'insieme delle circostanze e condizioni di operatività del soggetto, sia "ragionevolmente presumibile" che le amministrazioni aggiudicatrici interessate allo svolgimento della relativa attività, procederebbero, se necessario, a una sua ricapitalizzazione, o ad un finanziamento *ab externo* di aiuto o salvataggio (cfr. CGCE, 22 maggio 2003, in causa C-18/2001, *Arkkitehtuuritoimisto Ritta Korhonen Oy e al. C. Varkauden Taitotalo Oy*).

⁵⁵ CGCE, sez. V, 10 maggio 2001, *Agorà*, cit.

⁵⁶ Sul punto la giurisprudenza recente (Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2012 n. 1574, che ha concluso per la natura di impresa pubblica della società per azioni Porto antico di Genova), ha ampiamente argomentato l'analogia tra impresa pubblica e o.d.p. con riferimento alle modalità di costituzione evidenziando che, similmente alle società per azioni che, ad eccezione delle società unipersonali, nascono normalmente in virtù di un contratto associativo con comunione di scopo e hanno personalità giuridica, le società con partecipazione pubblica possono essere costituite mediante un atto di autonomia negoziale (oltre che, come è avvenuto per i soggetti creati all'esito dei processi di privatizzazione degli enti pubblici economici, in virtù di una espressa previsione legislativa).

blico⁵⁷ sono riscontrabili in entrambe le figure, quanto all'ultimo, mentre l'impresa pubblica svolge attività sinteticamente qualificabile "di impresa", gli organismi di diritto pubblico svolgono attività di interesse generale dal carattere non industriale o non commerciale, che, ontologicamente, faticano ad essere qualificate come "d'impresa"⁵⁸.

Le differenze tipologiche riguardano pertanto (i) le modalità di svolgimento dell'attività – economica e non economica – e la conseguente possibile compatibilità, esistente soltanto per le imprese pubbliche, tra scopo di interesse pubblico e scopo di lucro, nonché (ii) l'elemento costituito dall'influenza dominante, che, seppure coincidente in linea teorica, si atteggia diversamente a seconda della fattispecie, in quanto, mentre per l'organismo di diritto pubblico è desumibile da un ampio spettro di "indici", compreso il controllo di gestione⁵⁹, per l'impresa pubblica

⁵⁷ In termini definitori, pertanto, ben possono accettarsi le ricostruzioni di quegli autori che hanno sostenuto la "forte vicinanza" tra la definizione di organismo di diritto pubblico e quella di impresa pubblica (G. IANNINI, *art. 32*, in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, cit., 345). Tale vicinanza, tuttavia, come meglio si dirà nel prosieguo, si ferma alla sussistenza di talune somiglianze sul piano definitorio, precludendo ogni assimilazione sul piano della *ratio* sottesa alle due figure soggettive.

⁵⁸ Cfr., da ultimo, Cass., sez. Un., 9 maggio 2011, n. 10068 in cui si legge che "*spetta al giudice nazionale valutare l'esistenza o meno di un bisogno avente carattere non industriale o commerciale tenendo conto degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione di rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione*".

⁵⁹ Il Consiglio di Stato ha recentemente ribadito la rilevanza dirimente dei già riferiti indici alternativi della dominanza pubblica (finanziamento maggioritario, controllo delle nomine e di gestione) per la qualifica come o.d.p., valendo il diverso elemento dell'inserimento del soggetto la cui natura si indaga nel conto consolidato elaborato dall'Istat ai sensi dell'art. 1 comma 5 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 e dell'art. 1 comma 3 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 e nel relativo elenco, soltanto come mero elemento indiziario sussidiario. In particolare, come già evidenziato dalla sezione VI, 28 novembre 2012, n. 6014, l'elenco stesso non ha natura e valore costitutivo della natura pubblica dell'organismo stesso, a ciò venendo in considerazione altri profili, in particolare quelli che si basano sulla definizione di "unità istituzionale pubblica", di derivazione comunitaria (in dottrina, M. DI LULLO, *Soggetti privati "pubbliche amministrazioni" ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro amm. CdS*, 12, 2013, 3579). Tale ultima definizione, nelle parole del Consiglio di Stato "*fa leva sul concetto di "controllo" e di "finanziamento" da parte di pubbliche amministrazioni, elementi che, rapportati alle caratteristiche della Fondazione esaminata [Fondazione Cà d'Industria o.n.l.u.s., n.d.r.], conducono... a riconoscere la natura di organismo di diritto pubblico (sottoposizione al controlli*

deriva dal riscontro di elementi di dominanza pubblica riconducibili, in ultima analisi, alla detenzione pubblica maggioritaria del capitale sociale, dal cui riscontro deriva, a cascata, la ricorrenza degli altri elementi “indiziari” di dominanza pubblica individuati dalla normativa⁶⁰.

L'elemento distintivo tra impresa pubblica e o.d.p. riposa, in sintesi, sul piano dell'attività svolta e, in particolare, nel carattere amministrativo o economico della stessa.

Dall'analisi della giurisprudenza più recente e dal disposto delle nuove direttive, si desume il definitivo superamento degli ambigui orientamenti che, leggendo riduttivamente il dettato normativo, limitavano il *test* dell'elemento teleologico alla generalità dell'interesse perseguito, a prescindere dal carattere non industriale o non commerciale dello stesso,

publicistici in forza dell'art. 7 dello statuto; nomina del consiglio di amministrazione da parte del Comune di Como, della Regione Lombardia e della Provincia di Como; finanziamento da parte del Comune di Como; attività finalizzata alla soddisfazione di esigenze di interesse generale di assistenza a soggetti disagiati)” (così Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2843).

⁶⁰ Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2012 n. 1574, cit. Nel ricostruire la figura dell'impresa pubblica, la pronuncia ha chiarito che le ultime riforme hanno realizzato una tendenziale equiparazione della stessa al modello della società per azioni tramite la necessaria correlazione tra le forme incisive di controllo concesse al socio pubblico (attribuzione della maggioranza dei voti e nomina dei membri del capitale sociale) e la detenzione da parte dello stesso della maggioranza del capitale sociale. La giurisprudenza non ha mancato di chiarire che la riferita equiparazione è volta a evitare che, attraverso il riconoscimento di poteri speciali al socio pubblico, si possano disincentivare gli investimenti da parte di altri operatori economici con pregiudizio alle richiamate libertà comunitarie. Quanto alle citate riforme, merita evidenziare che l'art. 2449 c.c. in presenza di una società pubblica prevedeva, nella versione originaria, che lo statuto potesse conferire allo Stato o agli enti pubblici “*la facoltà di nominare uno o più amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza*”, mentre il testo vigente (come modificato dalla riforma operata dalla l. 25 febbraio 2008, n. 34 e imposta dall'orientamento espresso in via pregiudiziale dalla CGCE, 6 dicembre 2007, in cause riunite C-463/04 e C-464/04, Federconsumatori, Adiconsum, ADOC, Ercole Pietro Zucca c./ Comune di Milano) ha aggiunto che detta facoltà di nomina deve essere “*proporzionale alla partecipazione al capitale sociale*”. Merita precisare, infine, che per quanto per le società pubbliche costituite con le leggi di privatizzazione siano previsti poteri speciali ancora più accentuati in capo al socio pubblico (v., in particolare, art. 2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, recante “*Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*”), ciò avviene nel costante rispetto dei principi enucleati dalla giurisprudenza comunitaria che ha chiarito che le esigenze di garantire i principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali impongono di non introdurre deroghe alle modalità ordinarie di funzionamento dell'ente societario che non siano proporzionali agli obiettivi perseguiti (CGCE, sentenza 26 marzo 2009, in causa C-326/07, *Commissione c. Repubblica italiana*).

trascurando, per l'effetto, ogni indagine circa la natura dell'"attività" svolta⁶¹.

Tale tendenza, criticata da una parte della dottrina⁶², aveva consentito di affermare la cumulabilità della qualifica di o.d.p. e di impresa pubblica⁶³,

⁶¹ La riferita lettura riduttiva è stata chiaramente individuata da vari autori (*ex multis*, P. PATALUCCI, *Il punto sugli organismi di diritto pubblico alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Giust. civ.*, 2002, 6, 1713 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, cit.) e fortemente criticata da molti. Milita nel senso auspicato dalla dottrina anche un'attenta lettura della stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (CGCE sentenza 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Ing. Aigner Wasser Warme Umwelt GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 961, con nota di B. RINALDI, *Sull'applicazione della "teoria del contagio" alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*) che ha sottolineato – con un'interpretazione fondata sul tenore letterale delle disposizioni di riferimento – che il carattere non industriale e commerciale deve essere riferito ai "bisogni", ribadendo che "è [...] indifferente che siffatti bisogni siano anche soddisfatti o possano esserlo da imprese private" e sottolineando che "è importante che si tratti di bisogni ai quali, per ragioni connesse con l'interesse generale, lo Stato o una collettività territoriale scelgano in linea generale di provvedere essi stessi o nei confronti dei quali intendano mantenere un'influenza determinante" (in tale senso, vengono citate le precedenti sentenze della Corte: 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*; nonché 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà*, cit.). Al contempo, tuttavia, la Corte ha chiarito che "al fine di verificare se i bisogni soddisfatti dall'ente [...] abbiano un carattere diverso da quello industriale o commerciale", è necessario prendere in considerazione "l'insieme degli elementi giuridici e di fatto pertinenti", quali sono non solo "le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo di cui trattasi", ma anche "le condizioni nelle quali esso svolge le sue attività". L'esplicitazione degli elementi di valutazione denota che la natura del "bisogno" viene in realtà comunque tratta dalle condizioni oggettive dell'attività svolta.

⁶² Cfr. R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICOTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da) *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit.; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *www.astridonline.it*, 2005; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A., contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino 2009 e G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit. che rilevava come nell'ottica "meramente finalistica (o funzionale) risulta superata ogni distinzione basata sul carattere dell'attività (imprenditoriale o meno), ovvero sul tipo persona giuridica (società di capitali, o meno)" con conseguente (e criticata) sovrapposizione tra la nozione di organismo di diritto pubblico a quella di impresa pubblica, in spregio alle esigenze sistematiche che ne impongono la distinzione e, così, la separazione. In termini critici anche L. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio d'impresa*, cit. In termini opposti F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, cit., in cui si legge che "non appare condivisibile l'orientamento dottrinale che considera alternativi i due istituti comunitari messi sopra a confronto ed esclude, quindi, le imprese dal novero degli organismi di diritto pubblico".

con conseguente frustrazione della logica di separazione desumibile dalla normativa europea.

L'approccio "caso per caso" abbracciato dalla giurisprudenza più recente sembra mosso dalla necessità di indagare l'effettiva sussistenza di elementi tali da indurre l'ente a operare secondo logiche diverse da quelle concorrenziali, superando il dibattito innescatosi nel panorama interno circa la possibilità di fare ricorso esclusivo ad elementi qualificatori di diritto nazionale per inferirne indici rivelatori della natura giuridica dell'ente in esame⁶⁴.

⁶³ Cfr. B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., 29 in cui si legge che "Le imprese pubbliche...qualora presentino i tre requisiti caratterizzanti l'organismo di diritto pubblico, rientrano, pur in assenza di un riferimento espresso alle imprese pubbliche nelle direttive lavori, servizi o forniture, nell'ampia nozione di amministrazione aggiudicatrice e, quali organismi di diritto pubblico, rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione delle procedure dell'evidenza pubblica". Cfr. Cass., sez. Un., 23 aprile 2008, n. 10443, con nota di G. MARI, *Natura giuridica della RAI: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?*, cit., resa con riferimento a R.A.I. – Radiotelevisione Italiana s.p.a., in cui si evidenzia che il fatto che le norme, tanto comunitarie quanto nazionali, nel riferire il carattere "non industriale o commerciale" ai "bisogni" cui è funzionale l'istituzione dell'ente, piuttosto che all' "attività" da questo svolta, determinerebbero la potenziale cumulabilità della qualifica di o.d.p. e impresa pubblica.

⁶⁴ Il riferimento va alla posizione espressa in una prima fase da G. GRECO (anche in *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit.), secondo cui, ponendo l'accento sulla forma della persona giuridica quale dato, se non dirimente, quanto meno indicativo del tipo di attività svolta dall'ente, era possibile inferirne che la costituzione di una società – e in particolare di una società di capitali – non potesse "prescindere (almeno in linea di prima approssimazione) da una connotazione imprenditoriale di tipo commerciale (art. 2195 cod. civ.): tant'è che sono definite (ad eccezione della società semplice) appunto come società commerciali", con conseguente esclusione della riconducibilità alla categoria dell'o.d.p.. Assunta tale prospettiva, ritenuta conforme con l'origine dell'istituto (ispirato agli "établissements publics à caractère industriel" e, dunque, alla figura dell'ente pubblico secondo il diritto italiano) e con l'interpretazione sistematica che, distinguendo chiaramente o.d.p. e impresa pubblica, non avrebbe dovuto consentire la sovrapponibilità delle due figure imponendo la riconduzione alla prima categoria degli enti pubblici (autarchici o amministrativi) e alla seconda delle s.p.a. e degli enti pubblici economici. In termini opposti F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 37, in cui si esclude che nella concreta applicazione della nozione di organismo di diritto pubblico si possa "invocare il codice civile per sostenere che le società di capitali non possono appartenere all'organizzazione pubblica; o lo scopo di lucro proprio delle società di capitali per affermare assiomaticamente che sono enti industriali o commerciali" né si potrebbero utilizzare concetti normativi desunti dal diritto comunitario o dal diritto nazionale di recepimento, in quanto, in realtà, la disciplina comunitaria in questione userebbe "un linguaggio apparentemente atecnico, non normativo, nel senso di norma che descrive il presupposto di fatto per la sua applicazione, allusivo a fatti che si intendono tali, senza tener conto della loro disciplina giuridica". In altri termini, secondo

Premesso che l'ordinamento assume la piena compatibilità tra il perseguimento dell'interesse pubblico (che imprescindibilmente deve caratterizzare l'impresa pubblica controllata dal soggetto pubblico in ossequio al principio di legalità) e lo scopo lucrativo che caratterizza, a livello tipologico, le società per azioni⁶⁵, la giurisprudenza nazionale pone l'accento proprio sul rischio di impresa e sullo scopo di lucro, che assurgono

tale impostazione, la definizione operata dal legislatore sovranazionale sarebbe guidata dalla "logica dei fatti" anziché da una attenta ponderazione delle nozioni giuridiche affermate. Entrambe le impostazioni vengono in parte smentite dalla giurisprudenza. Per una lettura critica della prima impostazione, in cui si rifiuta la visione dell'elemento finalistico quale "*dato giuridicamente oggettivo che come tale deve essere rilevato dall'interprete alla stregua di parametri da ricavarsi nell'ordinamento nazionale*", cfr. L. PERFETTI, A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 135 ss.. L'esigenza di un'interpretazione concreta e non aprioristica del c.d. requisito funzionale viene messa in luce anche in L. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio d'impresa*, cit. in cui si critica l'approccio assunto dalla giurisprudenza in riferimento all'Ente Fiera di Milano, in cui i Giudici, perseguendo il giusto intento di superare atteggiamenti soggettivisti, erano incappati nell'errore di valorizzare le caratteristiche dell'attività svolta in termini astratti (in base alla "sua natura" o a indici di qualificazione giuridica ricavati dall'ordinamento interno), frustrando la logica stessa dell'approccio non aprioristico promosso dalla giurisprudenza sovranazionale (cfr. Cass. sez. Un., 4 aprile 2000 n. 97 in cui si osserva, quanto alle caratteristiche funzionali dell'ente, che esso "*pur perseguendo finalità di interesse generale, senza scopi speculativi e con l'ingerenza della Pubblica amministrazione, opera nel settore della produzione o scambio di beni o servizi mediante un'organizzazione di tipo imprenditoriale e dietro corrispettivi diretti al recupero dei costi*" facendone derivare l'applicazione del criterio del c.d. rischio economico e già Cons. St., sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1267, in *Foro amm. CdS*, 1998, I, 1349).

⁶⁵ La questione è stata specificamente affrontata dalla giurisprudenza. La più volte citata pronuncia n. 1574 del 2012, ha affermato essa risulta comunque definitivamente risolta, a livello più generale, dall' art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008) che, avendo stabilito che "*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato*", le pubbliche amministrazioni "*non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*", ha posto un limite all'impiego dello strumento societario per assicurare, come espressamente dichiarato, la tutela della concorrenza (nonché, come rilevato in G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. – Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico). Pertanto può ritenersi che, allo stato, esiste una norma imperativa che – esprimendo "*un principio già in precedenza immanente nel sistema*" (cfr. Cons. St., ad. Plen. n. 10 del 2011), pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico.

a “elementi-chiave” della distinzione tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico⁶⁶.

Recenti pronunce⁶⁷ hanno affermato che il requisito del c.d. “metodo non economico”, che caratterizza, per differenza, gli o.d.p. rispetto all’impresa pubblica, è desunto, in primo luogo, dalla peculiare connotazione “interna” dell’assetto societario e, in particolare, dalla esistenza di relazioni finanziarie con l’ente pubblico che assicurano, secondo diverse modalità, la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell’organismo escludendo, per l’effetto, l’assunzione del “rischio di impresa” (i.e. la sopportazione del “rischio” delle proprie decisioni imprenditoriali). In secondo luogo, un elemento “esterno”, di valenza indiziaria, dell’assenza del metodo economico può essere costituito dal contesto in cui l’attività viene esercitata e cioè dall’esistenza o meno di un mercato di beni o servizi oggetto delle prestazioni erogate. La mancanza di un mercato, a sua volta, non può ovviamente desumersi dal mero fatto che in esso operi soltanto la società pubblica, occorrendo invece stabilire se un mercato abbia la possibilità di esistere, valutando le caratteristiche dei beni e servizi offerti, i loro prezzi, nonché la presenza anche solo potenziale di più fornitori⁶⁸. Al fine della verifica della natura concorrenziale dell’ambiente in cui il soggetto si trova ad operare assume rilevanza anche il carattere dei servizi⁶⁹.

⁶⁶ Pur dando atto del fatto che il dibattito sull’organismo di diritto pubblico sembrerebbe destinato a spostarsi sul versante della qualificazione del rischio di impresa e, quindi, su valutazioni essenzialmente di carattere economico, esclude che ciò valga a modificare in modo essenziale i termini del dibattito ed a portare maggiore certezza L. PERFETTI, *L’organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso di Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, cit., secondo cui “l’estensione della nozione di organismo ben oltre i suoi naturali confini non mancherebbe di transitare dall’incerto passaggio della natura non industriale o commerciale a quello, non meno insicuro, della sussistenza o meno del rischio di impresa”.

⁶⁷ Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2012, n. 1574 cit.; Id. sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570.

⁶⁸ Sempre con riferimento agli elementi c.d. “esterni”, la giurisprudenza nazionale, con ampi richiami alla giurisprudenza comunitaria, ha evidenziato il ruolo che il carattere concorrenziale dell’attività svolta assume al fine di individuare la sussistenza o meno del requisito teleologico (Cass., sez. Un., 7 aprile 2010, n. 8225).

⁶⁹ È stato affermato, nell’ambito dei servizi pubblici, che “la differenza sostanziale tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico non riposa nel modello organizzativo adottato, ma nella circostanza che l’impresa pubblica è esposta alla concorrenza, gestisce servizi rinunciabili da parte dell’ente di riferimento, subisce o può subire perdite commerciali, mentre l’organismo di diritto pubblico è caratterizzato dalla mancata esposizione alla concorrenza, dalla irrinunciabilità del servizio e dal conseguente obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell’ente di riferimento” (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 18 febbraio 2013, n. 1778, ove si è concluso per la natura di o.d.p. dell’ATAC s.p.a.).

In merito alla dimostrazione della sussistenza del c.d. metodo non economico, la giurisprudenza ha chiarito che non basta fare riferimento a generiche disposizioni statutarie che prevedano la tendenziale parità tra il volume delle entrate e l'entità delle spese, in quanto tale dato non implica la c.d. "licenza di perdere", tipica delle società operanti al di fuori delle regole di mercato⁷⁰.

Le riferite pronunce mostrano una crescente attenzione ai fenomeni in esame che, salvo qualche arresto anacronisticamente contrario⁷¹, vengono valutati in modo globale e completo, scongiurando pericolose limitazioni dell'indagine qualificatoria – con le conseguenze che la riconduzione all'una o all'altra categoria comporta – appuntate sul riferimento parziale a singoli profili caratterizzanti ciascuna figura⁷².

In definitiva *"solo la dimostrazione che l'attività della società venga svolta con metodo non economico, senza rischio di impresa, e che la stessa opera in un mercato non concorrenziale è utile al fine della qualificazione quale organismo di diritto pubblico"*⁷³.

In altri termini, soltanto ove ricorra uno dei descritti elementi, interni o esterni, e sia direzionato nel senso dell'assenza di un "metodo economico", ricorrerà la figura dell'o.d.p.⁷⁴; altrimenti si sarà in presenza di

⁷⁰ Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2012, n. 1574 cit..

⁷¹ Appare espressiva del riferito orientamento, Cons. St., sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934 in cui è stata affermata la natura di o.d.p. di SEA s.p.a. sull'espresso presupposto che *"deve attribuirsi rilievo preminente, per definire un ente quale "organismo istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale", non tanto al carattere dell'attività svolta, quanto alle esigenze che la medesima è preordinata a soddisfare"*. Merita sicura critica, alla stregua delle esposte considerazioni, anche l'ordinanza Cass., sez. Un., 4 novembre 2009 n. 23322, che ritiene assorbente il carattere generale dei bisogni che avevano condotto all'istituzione di GESAP – concessionaria dall'ENAC degli impianti, delle infrastrutture e dell'area di sedime dell'aerostazione "Falcone e Borsellino" di Palermo – per affermare la sussistenza dell'elemento teleologico che caratterizza l'o.d.p..

⁷² Sembra trovare riscontro, dunque, quell'approccio empirico che, pur escludendo il rilievo del dato giuridico nazionale squisitamente formale, non elide a priori la rilevanza di quello che influenzi il profilo sostanziale dell'attività espletata dall'organismo, contribuendo a determinare l'effettivo svolgimento in concorrenza o meno della relativa attività (L. PERFETTI, A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa*, cit.).

⁷³ Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570.

⁷⁴ A titolo esemplificativo, sono stati ricondotti alla categoria degli o.d.p. in quanto organismi societari la cui destinazione funzionale risulta senza dubbio diversa dall'esercizio di impresa in senso proprio, Enav s.p.a. ed Anas s.p.a., che compaiono nello stesso allegato III del d.lgs. n. 163/2006; Cassa depositi e prestiti s.p.a. (così Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 550 commentata con stupore da S. SIMONE, *Cassa depositi e prestiti*

un'impresa pubblica o comunque di un soggetto privato operante in virtù di diritti speciali o esclusivi⁷⁵, sottoposti al peculiare regime di cui si dirà meglio *infra*.

La direttiva n. 25 in materia di settori speciali sembra aderire alla riferita lettura. Premurandosi di premettere, al 12° considerando, che il proprio ambito di applicazione *ratione personae* dovrebbe rimanere invariato rispetto a quello delimitato dalle precedenti direttive, precisa che la nozione di “amministrazioni aggiudicatrici”, e, in particolare, quella di o.d.p. vigente è quella risultante dalla interpretazione della riferita normativa fornita dalla CGUE. Sempre in via preliminare, al medesimo punto, si chiarisce che “*un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un organismo di diritto pubblico, in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale*” (c.d. elementi interni e esterni di cui si è dato conto *supra*)⁷⁶.

organismo di diritto pubblico? in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 160); Istituto Poligrafico Zecca dello Stato s.p.a. (Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1852); Italia Lavoro s.p.a. (C. Cost., 19 dicembre 2003, n. 363); Sviluppo Italia s.p.a., ora Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa s.p.a. (TAR Puglia, Lecce, sez. II, 21 aprile 2004, n. 2549); Coni Servizi s.p.a. (TAR Lazio, Roma, sez. III, 25 maggio 2007, n. 4826); Gestore dei servizi elettrici s.p.a. (TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2006, n. 12491 non smentita, in punto, da Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2007, n. 4012); Equitalia s.p.a. (TAR Puglia, Lecce, sez. II, 1 agosto 2007, n. 3043).

⁷⁵ Si tratta della già citata figura contemplata all'art. 32, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006. La norma descrive un ulteriore modello di società pubblica, anche non maggioritaria, diverso dall'organismo di diritto pubblico, che si caratterizza per il fatto che oggetto dell'attività è “*la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza*”. L'elemento qualificante per ritenere che la società agisca nell'esercizio di poteri pubblici è in questo caso rappresentato dal fatto che, come risulta chiaramente dalla riportata definizione codicistica, la relativa attività non si inserisce in un mercato concorrenziale. Ne deriva agevolmente, anche in questo caso, l'operatività del criterio distintivo individuato nelle pagine che precedono e di conseguenza la sottoposizione al regime codicistico solo ove difetti un'attività economica.

⁷⁶ Analogamente, si chiarisce, con riferimento al requisito della c.d. influenza pubblica dominante e in particolare alla condizione relativa all'origine del finanziamento dell'organismo in questione, che per “*finanziati in modo maggioritario*” si intende per più della metà e che tale finanziamento può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico. La specificazione ha ripercussioni di non poco momento sull'attuale panorama ermeneutico, ove si considerino i dubbi interpretativi analizzati *supra sub* nota 36, sorti sulla natura giuridica dei

Se ne desume una chiara valorizzazione del carattere non lucrativo dell'attività svolta e del metodo non economico che deve caratterizzarla, come elementi identificativi dell'o.d.p.

Il quadro delineato nelle pagine che precedono va completato con l'identificazione delle regole applicabili a ciascuna figura.

Sussistono (almeno) due regimi "ad evidenza pubblica": uno, "pieno", caratteristico dei c.d. settori "ordinari", assoggettati al regime previsto dalla direttiva 24 (Parte II del Codice), l'altro, "temperato" valevole per i soggetti operanti in settori speciali, sottoposti al regime della direttiva 25 (Parte III del Codice). Come anticipato, solo per questi ultimi settori e quest'ultimo regime rileva la figura dell'impresa pubblica, che (similmente all'impresa privata titolare di diritti speciali o esclusivi) altrimenti rimarrebbe estranea al dettato codicistico⁷⁷. Ciò si giustifica sul piano "storico-ricostruttivo", in quanto le predette figure, già sottratte al diritto dei pubblici appalti, vi sono state attratte limitatamente ai "settori speciali", e non in termini generali in quanto nei settori in questione, contraddistinti, anche dopo la loro liberalizzazione, da una forte

soggetti finanziati da forme di contribuzione obbligatoria (canoni o contributi). La disposizione consente, in primo luogo, di superare quell'orientamento secondo cui il requisito del "*finanziamento maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*", tipico dell'o.d.p., riguarderebbe i soli finanziamenti "*che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanzino o sostengano le attività dell'ente interessato possono essere qualificate come 'finanziamento pubblico'*" (CGCE, 3 ottobre 2000, in causa C-380/98, cit.), involgendo anche importi formalmente provenienti da soggetti privati. In termini analoghi alla riforma cfr. l'orientamento espresso da Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2007, nn. 4059 e 4060, con riferimento all'E.n.p.a.m. in cui si affermava che "*il dato formale del finanziamento a carico di un soggetto pubblico...non va, quindi, ristretto ai soli casi di erogazioni, contribuzioni, trasferimenti, attraverso gli ordinari strumenti della contabilità pubblica, ma si realizza anche nei casi in cui, a mezzo di atti aventi forza di legge, si convogliano risorse economiche in favore dell'ente in adempimento di obbligazioni "ex lege" cui i soggetti interessati non possono liberamente sottrarsi*", e, già con riferimento all'Enasarco, ente di previdenza integrativa, TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 16 febbraio 2006, n. 1521.

⁷⁷ Nel dettato codicistico è possibile rintracciare la figura dell'impresa pubblica nei menzionati commi 28 e 29 dell'art. 3 e nel (limitato) richiamo di cui all'art. 32. Salvo poi essere nuovamente contemplata all'art. 238, dedicato ai c.d. appalti "sotto soglia" che, al 7 comma, afferma che "*Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 208 a 213, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza*".

⁷⁸ Cfr. F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, cit.

presenza pubblica e da situazioni di monopolio naturale, la sottoposizione di un operatore economico all'influenza dominante dell'apparato amministrativo è stata ritenuta una circostanza già da sola sufficiente a determinare una situazione di pericolo, che impone l'applicazione delle regole comunitarie volte a tutelare la libera concorrenza⁷⁸. L'intervento del normatore eurounitario, dapprima con la direttiva 2004/17/CE e poi con la 2014/25, ha però mantenuto i connotati di specialità di detti settori, rispetto a quelli ordinari, mediante una disciplina più flessibile, che lascia maggiore libertà alle stazioni appaltanti, e soprattutto restrittiva quanto all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione⁷⁹.

3. *L'estensione applicativa delle regole dell'evidenza pubblica alle imprese pubbliche e private titolari di diritti speciali o esclusivi: la rilevanza dell'elemento oggettivo*

Come chiarito dalla giurisprudenza “l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale”⁸⁰⁻⁸¹.

La normativa di riferimento dimostra che al di fuori dei settori speciali, cioè fuori dell'ambito oggettivo dei servizi pubblici nominati agli artt. 8-14 della direttiva 25 (i.e. artt. 208-213 del Codice), in cui la naturale chiusura dei mercati causata dalla frequente condizione di monopo-

⁷⁹ M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit.

⁸⁰ Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2919. La pronuncia, resa con riferimento a Iren s.p.a. (già Enia s.p.a., operante prevalentemente nei settori speciali di gas acqua ed elettricità) per l'affidamento del “servizio di pulizia ordinaria e straordinaria delle sedi del gruppo Enia S.p.A.”, nega l'assoggettabilità della procedura alle regole relative ai settori speciali affermando, invece, la “riespansione” delle regole previste per i settori ordinari sull'implicito presupposto della natura di “amministrazione aggiudicatrice” del soggetto in questione. La pronuncia non contraddice il disposto della successiva ad. Plen n. 16 del 2011 più volte citata che, per i soggetti non qualificabili come imprese pubbliche, ha affermato che l'esercizio di attività non strumentali a quelle ex escluse, giustifica parimenti una “riespansione” delle ordinarie regole dell'evidenza pubblica e non, come per le imprese pubbliche, la sottrazione in toto al dettato codicistico. Ribadisce il principio della necessaria riferibilità del servizio, oggetto di appalto, all'attività speciale cui è connessa la citata disciplina codicistica, Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026.

⁸¹ Ad. Plen. 16/2011.

lio delle *“imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale”* (cfr. ex art. 86, TCE, oggi 106 TFUE) richiede l'imposizione *ab externo* di regole trasparenti per la corretta formazione della volontà contrattuale, non sorge la necessità di assicurare normativamente attraverso la concorrenza dei potenziali contraenti attraverso l'imposizione di sanzioni particolari del processo di formazione contrattuale. Negli ambiti diversi da quelli speciali, quindi, vengono meno la rilevanza e la peculiarità dell'attività che giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole evidenziali in quanto *“l'impresa pubblica è comunque un'impresa e come tale agisce anch'essa con rischio, fine di lucro (art. 2082 cod. civ.) e moduli privatistici: e questi debbono essere integri ad evitare claudicazioni rispetto alla concorrenza (cioè restrizioni nell'ordinaria capacità di attività e di competizione)”*⁸². La riferita lettura trova riscontro nel 43° considerando, trasfuso all'art 34 della citata direttiva, che, riproducendo il principio enunciato dall'art. 30 della direttiva 17/2004 e già recepito dall'art. 219 del Codice, esclude dal proprio ambito di applicazione gli appalti destinati a permettere la prestazione di una delle attività ivi disciplinate qualora, nello Stato membro in cui tale attività è esercitata, essa sia direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, confermando il doppio grado di deroghe al regime codicistico già individuato nel primo paragrafo.

La regola della necessaria combinazione tra elemento soggettivo e oggettivo era stata propugnata da alcuni autori superando l'apparente ostacolo rappresentato dal dato letterale dell'art. 32, del Codice, che, alla lettera *c*, nell'includere nell'ambito di applicazione della Parte II, senza ulteriori specificazioni, le imprese private titolari di diritti speciali o esclusivi aventi ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, si prestava ad estendere le regole dell'evidenza pubblica a qualsiasi attività, anche prevalente, svolta da tali imprese in mercati aperti alla concorrenza.

Le riferite disposizioni erano state lette in una prospettiva logico-sistemica⁸³ che consentiva di perimetrare entro più limitati confini l'ambito di applicazione della Parte II.

⁸² M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica*, cit. 13.

⁸³ “Il ragionamento diventa più delicato in relazione all'affidamento, da parte dei soggetti considerati come “aggiudicatori” unicamente nell'ambito dei settori speciali, di appalti che investano in prevalenza attività relative ai settori ordinari. Ferma l'impossibilità, anche in questo caso, di estendere l'ambito soggettivo di applicazione delle norme sui settori

Quanto all'ipotesi di cui alla lettera *h*, la questione si appuntava sull'individuazione delle regole applicabili in caso di svolgimento di attività promiscue rientranti in parte nell'ambito di applicazione della Parte III, e in parte nella II (oggi disciplinate all'art. 6, n. 3, lett. *a* e *c* della direttiva 25). In punto è stato escluso che, in relazione all'affidamento di contratti che investissero in modo prevalente attività disciplinate dalla Parte II, i soggetti considerati come "aggiudicatori" unicamente nell'ambito dei settori speciali, potessero essere assoggettati al regime ordinario, dovendo valere, piuttosto, il regime "speciale" di cui alla Parte III⁸⁴. In altri termini, gli "enti aggiudicatori" contemplati dall'art. 214 (citati alla lettera *h* dell'art. 32) non avrebbero compreso le imprese che sono enti aggiudicatori nei soli settori speciali, dovendosi applicare la Parte III del codice. L'impresa pubblica, dunque, avrebbe dovuto ritenersi soggetta al dettato codicistico, peraltro nel regime ad evidenza pubblica "temperata" tipica dei settori speciali, soltanto ove operante in uno degli ambiti indicati negli artt. 208-213 del Codice.

La medesima lettura "combinata" dell'elemento soggettivo e oggettivo è stata proposta per le imprese private titolari di diritti speciali o esclusivi. Un'interpretazione strettamente letterale e formalistica della disposizione, infatti, avrebbe condotto a sottoporre al Codice ogni contratto posto in essere da tali soggetti, indipendentemente dalla riconducibilità del relativo oggetto alle attività relative ai diritti speciali o esclusivi conferiti e, quindi, dall'assenza o meno di una condizione di obiettiva competizione.

La riferita lettura sembra aver trovato riscontro nella più recente giurisprudenza che, pur non soffermandosi specificamente sul punto, costruisce la figura dell'impresa pubblica o privata titolare di diritti speciali o esclusivi correlando strettamente l'elemento soggettivo con quello oggettivo, circoscrivendo l'ambito di cogenza delle norme sull'evidenza pubblica ai settori di attività che, per le loro particolari ed eccezionali caratteristiche, giustificano la deroga al principio generale di autonomia della gestione della sfera economica privata. È stato affermato che "*in os-*

ordinari, l'alternativa che si pone è tra l'applicabilità delle norme sui settori speciali e la totale libertà. Ritengo che una lettura logica del sistema giochi a favore della prima soluzione" (M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit. 12).

⁸⁴ Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2012 n. 1574, cit.; tali conclusioni paiono *in primis* confermate dalla *ratio* della più volte citata pronuncia del Consiglio di Stato, ad. Plen. n. 16 del 2011 che, pur non soffermandosi specificamente sul punto, conferma la non assoggettabilità dell'impresa pubblica alla disciplina dei settori ordinari.

sequio alle prescrizioni imposte dal diritto europeo per tutelare la concorrenza (in particolare artt. 106 e 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), deve essere assicurato il principio di pari trattamento tra impresa pubblica e privata: è, pertanto, vietata l'attribuzione – al di fuori dei casi in cui si debba garantire la “missione pubblica” (art. 106, secondo comma) nel settore dei servizi pubblici – di qualunque diritto speciale o esclusivo in grado di incidere negativamente sulle regole concorrenziali. Sul piano processuale, la giurisdizione spetta al giudice ordinario. Sol tanto nei settori speciali l'impresa pubblica, per espressa volontà del legislatore, è configurabile quale amministrazione aggiudicatrice (art. 207 del d.lgs. n. 163 del 2006), con la conseguente applicazione delle regole sul procedimento di evidenza pubblica e attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo”⁸⁵.

Anche con specifico riferimento allo svolgimento di attività diverse da quelle rientranti nei settori speciali, il riferito criterio interpretativo impone quindi di differenziare, nel novero degli enti aggiudicatori, le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese pubbliche o private titolari di diritti speciali o esclusivi.

Mentre per i primi, come accennato, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari⁸⁶, per le imprese pubbliche e, private titolari di diritti speciali o esclusivi vale il tratteggiato regime di “doppia specialità” soggettiva e oggettiva (cfr. art. 217, riproduttivo dell'art. 20, direttiva 2004/17/CE e a sua volta ripreso dall'art. 19 della nuova direttiva 25 di cui si dirà meglio *infra*) con la conseguenza che, gli affidamenti di attività diverse da quelle tipiche dei settori speciali sono sottratti ad ogni regola pubblica⁸⁷.

⁸⁵ Allo stesso tempo tale ricostruzione non appare intaccata dalle norme definitorie, che non influenzano l'ambito di applicazione delle figure in esame in quanto “*vanno lette comunque in “combinato disposto” con le specifiche previsioni che assoggettano ad obblighi di evidenza pubblica le imprese pubbliche, e non possono essere interpretate come disposizioni che di per sé sole assoggettano le imprese pubbliche a tutta la disciplina del codice*” (cfr. ad. Plen. n. 16/2011 con riferimento agli artt. 3, co. 28 e co. 29 del d.lgs. 163/2006).

⁸⁶ Cfr. la già citata CGCE 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Aigner*, che, esclusa l'applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico, mentre, come si vedrà, ciò non vale per le imprese pubbliche.

⁸⁷ In punto è stato chiarito che “*nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, direttiva 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (artt. 1 e 2, direttiva 2004/18/CE), per gli appalti “estranei”, aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art.*

Sembrano trovare eco, pertanto, le osservazioni di quella dottrina che aveva sottolineato la necessità di tenere ben distinte le amministrazioni aggiudicatrici dagli altri soggetti aggiudicatori, operanti nei settori speciali, con ferma opposizione alla tesi dell'equiparazione impresa pubblica/pubblica amministrazione⁸⁸.

Ne consegue che anche la criticata sovrapponibilità tra o.d.p. e impresa pubblica, dovrebbe ritenersi ormai esclusa dall'indagine puntuale sull'elemento teleologico e dalla maturata consapevolezza che quest'ultima, connotata da una finalità (quella economica) tipicamente privatistica, è di norma, e salvo eccezioni eventualmente stabilite in modo espresso e tassativo dalla legge, estranea al regime pubblicistico.

Le direttive del 2014 sembrano avvalorare la ricostruzione prospettata.

La direttiva 25, oltre a ribadire le distinzioni definitorie già contenute nelle direttive 2004, dimostra di avere ben chiara la differenza tra "amministrazioni aggiudicatrici" e "altri enti aggiudicatori"⁸⁹.

Al considerando 19° si ribadisce il già enunciato principio della tendenziale parità tra soggetti pubblici e privati operanti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, in ragione del fatto che la necessità di garantire l'effettiva liberalizzazione del mercato e il giusto equilibrio nell'applicazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti citati, *"esige che gli enti interessati vengano identificati prescindendo dal loro statuto giuridico"* senza che venga violata la *"parità di trattamento tra enti aggiudicatori del settore pubblico ed enti che operano nel settore privato"*. La chiara riaffermazione del principio di tendenziale

20, direttiva 2004/17/CE [trasfuso all'art. 217 del Codice n.d.r.], la sottrazione alla direttiva 2004/17/CE non comporta l'espansione della direttiva 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie" (ad. Plen. 16/2011).

⁸⁸ M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 2.

⁸⁹ Si veda, esemplificativamente, il considerando 105° nella parte in cui, auspicando l'applicazione anche nei settori speciali delle principali cause di esclusione disciplinate dalla direttiva 24 (partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode a danno degli interessi finanziari dell'Unione, terrorismo, riciclaggio dei proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo, mancato pagamento di imposte o contributi previdenziali), opera un chiaro distinguo tra le due figure. In particolare la disposizione tiene espressamente conto del fatto che enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici potrebbero non avere accesso a elementi di prova incontestabili riguardo al possesso dei requisiti, lasciando a tali enti la scelta di decidere se applicare o meno i criteri di esclusione di cui alla direttiva 2014/24/UE concludendo che *"L'obbligo di applicare l'articolo 57, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/24/UE dovrebbe quindi essere limitato ai soli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici"*.

equiparazione al modello delle società private ha l'evidente scopo, da un lato, di evitare che, attraverso il riconoscimento di poteri speciali al socio pubblico, si possa alterare il regolare gioco della concorrenza e, dall'altro, di consentire che l'impresa partecipata dall'ente pubblico, ove agisca in concorrenza all'interno del mercato unico europeo, vi partecipi "ad armi pari" con le proprie concorrenti⁹⁰.

Tale dato, insieme al già citato considerando 43°, tradotto nell'art. 34 della stessa direttiva, che esclude dalla propria sfera di operatività le attività "speciali" direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, fa propendere per un'applicazione ragionata delle regole a evidenza pubblica alle società operanti con metodo economico in quanto esse meritano eccezionalmente di esservi sottoposte, soltanto quando l'obiettivo perseguito dalle direttive comunitarie sulle commesse pubbliche – ossia favorire la concorrenza tra gli appaltatori ed evitare discriminazione tra imprese – non sia automaticamente e naturalmente raggiunto tramite il perseguimento dello scopo di lucro e l'assunzione in proprio dei rischi dell'attività svolta, (casi in cui l'inosservanza dei criteri economici imposti dalle normali regole del mercato, è "sanzionata" dal mercato stesso), come avviene nei settori speciali dove, di regola, la limitata situazione di concorrenza rende opportuno l'assoggettamento – in via eccezionale e, dunque, rigorosamente circoscritta ai menzionati settori – alla disciplina dell'evidenza pubblica.

Diversamente ragionando, l'imposizione generalizzata dell'espletamento delle procedure di evidenza pubblica rischierebbe di non realizzare alcuna promozione della concorrenza, giungendo anzi a falsarla, in contrasto con lo spirito e con la lettera dei principi europei posti a base delle direttive in materia di affidamento di pubbliche commesse⁹¹.

La riferita ricostruzione trova conferma dall'analisi del regime cui le direttive 2014 sottopongono le imprese private titolari di diritti speciali o esclusivi⁹².

La dottrina aveva già sottolineato come tale ultima figura, che, per

⁹⁰ S. VALAGUZZA, *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2014, 102.

⁹¹ M.G. ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, cit., 401.

⁹² Sui limiti relativi al conferimento pubblico di diritti speciali ed esclusivi, cfr. G. CORSO, *I Servizi pubblici in ambito comunitario*, in *Rivista giur. quadrim. pubbl. serv.*, 1999, 19; P. FATTORI, *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato, concorrenza e Regole*, 1999, 127.

espressa previsione di legge costituisce un *tertium genus* rispetto all'o.d.p. e all'impresa pubblica, andasse assimilata a quest'ultima quanto al regime giuridico applicabile.

Tale lettura era stata sostenuta nonostante il dettato normativo non fornisse sicuri appigli in quanto i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi *“che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza”* sono contemplati, come visto, all'art. 32 lett. c tra i soggetti sottoposti alla disciplina relativa ai settori ordinari senza ulteriori specificazioni (a differenza degli “enti aggiudicatori” che vi figurano limitatamente ai casi in cui trovi applicazione la c.d. “regola della prevalenza” di cui all'art. 214). Superando tale apparente indice differenziale⁹³ era stata valorizzata la comune estraneità alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici, concludendo per l'esenzione dall'ambito di applicazione delle regole dell'evidenza pubblica per le attività direttamente esposte alla concorrenza in quanto estranee ai predetti diritti speciali o esclusivi (con conseguente *“ricorso alla speciale procedura di cui all'art. 30 della direttiva 2004/17, recepita dall'art. 219 del codice, che prevede l'esenzione delle attività dall'ambito di applicazione delle norme comunitarie sui settori esclusi”*).

La ricostruzione sembra trovare conferma nel disposto del 20° considerando della direttiva 25, che precisa che *“gli enti che non sono né amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche ai sensi della presente direttiva sono soggetti alla sua applicazione solo nella misura in cui esercitano una delle attività contemplate sulla base di tali diritti”*. La medesima lettura rigorosa si riscontra nel successivo considerando 21°, in cui, con riferimento allo specifico caso degli enti che operano nella produzione, trasmissione o distribuzione nei settori del riscaldamento e del raffreddamento, si distingue tra amministrazioni aggiudicatrici, imprese pubbliche e imprese private che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi, con parificazione del regime giuridico applicabile alle ultime due figure. In particolare, dopo aver incluso nell'ambito della disciplina relativa ai settori speciali le imprese pubbliche e le imprese private *“con la condizione*

⁹³ Tramite il ricorso al “criterio di interpretazione logico-sistematico” in forza del quale è stato possibile *“integrare l'elemento soggettivo con quello oggettivo, circoscrivendo l'ambito di cogenza delle norme sull'evidenza pubblica ai settori di attività che, per le loro particolari ed eccezionali caratteristiche, giustificano la deroga al principio generale di autonomia della gestione della sfera economica private”* (M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento*, cit. 14).

aggiuntiva di operare in virtù di diritti speciali o esclusivi", il considerando 21° chiarisce espressamente, che, a differenza delle amministrazioni aggiudicatrici operanti nei settori ordinari, *"le imprese pubbliche e le imprese private, indipendentemente dal fatto che queste ultime operino in virtù di diritti speciali o esclusivi o meno, non sono soggette alle norme in materia di appalti"* di cui alla direttiva 24.

Il quadro normativo ed ermeneutico come sopra ricostruito rivela che mentre le regole dell'evidenza pubblica risultano pienamente applicabili agli o.d.p., esse vincolano le "imprese pubbliche" e private titolari di diritti speciali e esclusivi, limitatamente ai settori speciali, al di fuori dei quali nessuna delle due direttive è applicabile⁹⁴.

Il modello appare coerente con l'interpretazione necessariamente restrittiva dei limiti all'esercizio dell'attività d'impresa imposta dal quadro costituzionale, il quale consente che l'impresa, pubblica o privata che sia, sia sottoposta a obblighi e doveri soltanto se gli stessi trovino un precioso fondamento nella legge (art. 41, commi 1 e 2⁹⁵ e art. 23 Cost.), con conseguente inammissibilità di una lettura analogicamente estensiva delle disposizioni idonee a comprimerne la libertà di esercizio⁹⁶.

A ciò può aggiungersi che nemmeno la valorizzazione dell'art. 41 Cost. come norma a tutela della concorrenza potrebbe giustificare limitazioni della libera iniziativa economica di soggetti sottoposti all'influenza delle autorità pubbliche, considerato che, come si è visto, alcuni di tali soggetti operano sui mercati in condizioni di accesso identiche a quelle delle imprese private, e, pertanto, sarebbe semmai quella medesima esigenza di mantenere inalterato l'assetto concorrenziale a impedire l'elaborazione di regole eccezionali, impositive di vincoli o gravami per l'attività d'impresa di taluni operatori economici e non di altri.

⁹⁴ In altri termini, dal peculiare "statuto" dell'impresa pubblica (o privata titolare di diritti speciali o esclusivi) descritto nel testo trova conferma la volontà del legislatore di sottrarla (salvo eccezioni eventualmente stabilite in modo espresso e tassativo dalla legge) dal regime pubblicistico in quanto connotata da una impostazione (quella economica) tipicamente privatistica.

⁹⁵ Il combinato disposto dei commi indicati, a norma del quale l'iniziativa economica privata è libera e non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, mira a proteggere gli interessi generali che, in ultima analisi, sono gli stessi tutelati per statuto istituzionale dai soggetti *lato sensu* "pubblicistici".

⁹⁶ M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 7. In termini S. VALAGUZZA, *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, cit., 99.

4. *Segue. La rilevanza del profilo oggettivo: la riferibilità dell'affidamento all'attività speciale (o "strumentalità")*⁹⁷

Dalla evidenziata rilevanza della combinazione tra elemento soggettivo e oggettivo per l'assoggettamento degli enti aggiudicatori contemplati dalle regole dell'evidenza pubblica limitatamente ai settori speciali, discende, per l'effetto, l'inapplicabilità del regime di evidenza pubblica "temperato" di cui agli artt. 206 e ss. agli affidamenti per scopi "diversi" di cui all'art. 217 del Codice.

Occorre tuttavia indagare l'operatività per le procedure *de quibus*, dell'art. 27 del Codice, che disciplina un regime ad evidenza pubblica "ultra-temperato" (limitato al rispetto dei soli principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità), applicabile ai "contratti esclusi"⁹⁸.

Premesso che, come chiarito dalla giurisprudenza, la mera sottoposizione ai principi generali dei Trattati non determina immediati riflessi in punto di giurisdizione⁹⁹, l'Adunanza Plenaria ha escluso l'operatività dei ri-

⁹⁷ Nelle more della pubblicazione del presente articolo la Sezione VI del Consiglio di Stato, con sentenza del 9 marzo 2015, n. 1192, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario su una controversia relativa a una procedura indetta da Aeroporti di Roma s.p.a. per l'affidamento in subconcessione di spazi da destinare all'attività di avvolgimento bagagli.

⁹⁸ La disposizione, a norma della quale "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti" ha inteso positivizzare una regola di diritto giurisprudenziale costantemente affermata dalla CGCE, quella secondo cui ai contratti sottratti all'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici (attualmente: direttiva 2004/18/CE e direttiva 2004/17/CE) si applicano comunque i principi posti a tutela della concorrenza dai Trattati dell'Unione, e segnatamente i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità (CGCE, 3 dicembre 2001 C-59/00; comunicazione della Commissione CE, 2006/C 179/02). Merita precisare che l'art. 27 non manca di individuare un "nucleo minimo" di principi al rispetto dei quali devono essere orientate le procedure di affidamento di contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione "oggettiva" (come precisato dalla l. 106/2011) del Codice, indicando quello "di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità", chiarendo che "L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto".

⁹⁹ Cfr. TAR Piemonte, Torino, sez. II, 29 settembre 2006, n. 3310 che, con riferimento

feriti principi alle attività di cui all'art. 217¹⁰⁰, in quanto “*sarebbe sproporzionato imporre l'applicazione di principi di evidenza pubblica a soggetti del tutto estranei all'ambito del codice, e dunque ad appalti retti dal diritto privato*”.

Così intesa, nelle parole della Plenaria, “*la norma intende porre un principio di rispetto di regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, ma tali regole minimali vengono imposte: a) da un lato solo ai soggetti che ricadono nell'ambito di applicazione del codice appalti e delle direttive comunitarie di cui costituisce recepimento, e per i contratti “esclusi” comunque menzionati nel codice; b) dall'altro lato ai contratti “nominati ma esenti”, e non anche ai contratti “estranei”*”.

Alla citata giurisprudenza si deve l'intervento che ha consentito l'enucleazione delle “categorie” di affidamenti rilevanti ai fini della determinazione dell'ambito di applicazione del Codice: i) i contratti esclusi in tutto¹⁰¹ o in parte¹⁰² e ii) i contratti estranei.

ad un contratto di importo inferiore alla soglia comunitaria affidato da Sagat – soggetto gestore dell'aeroporto di Torino – per il noleggio di macchine per la restituzione bagagli, afferma il difetto di giurisdizione del g.a. sul presupposto che “*per radicare la giurisdizione amministrativa non è sufficiente che una stazione appaltante, di natura pubblica o assimilata, sia tenuta, anche per gli appalti sotto soglia, ad osservare i principi fondamentali del trattato CE – come osservato invece dalla società ricorrente nel caso di specie – occorrendo, invece, l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria e/o nazionale*” (in termini anche Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554). In termini M.G. DELLA SCALA, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg., cit., “*non appare, dunque, sufficiente che un soggetto sia sottoposto ad ai principi del diritto europeo per desumere la natura amministrativa dei relativi atti e la conseguente giurisdizione amministrativa. Laddove al diritto comunitario non si sovrappongano discipline “funzionali” di diritto interno, il medesimo dovrebbe essere ritenuto soggetto privato operante nel doveroso rispetto di sole norme “di relazione”*” (corrisp. nota 195).

¹⁰⁰ L'Adunanza Plenaria ha chiarito che, anche nel vigore della formulazione dell'art. 27 precedente alla novella di cui al d.l. 13 maggio 2011 n. 70, conv. in l. 12 luglio 2011 n. 106 (che non conteneva lo specifico riferimento ai “*contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice*”) essa, nell'imporre l'applicazione dei principi dei Trattati ai contratti esclusi dal codice, postulava che si trattasse di contratti posti in essere dai soggetti contemplati dal codice, e dunque rientranti nell'ambito di applicazione soggettiva del codice e del diritto comunitario.

¹⁰¹ I “*contratti esclusi in tutto o in parte*” sono congiuntamente indicati *sub* (i) in quanto si agganciano ai settori ordinari o speciali di attività contemplati dal codice. Si tratta in definitiva di contratti che in astratto potrebbero rientrare nel settore di attività, ma che vengono eccettuati con norme di esenzione, per le ragioni più disparate. Rientrano nella categoria degli appalti “esenti” quelli in astratto rientranti nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni *latu sensu* di politica comunitaria, quali, ad es., gli appalti segretati, o i servizi di arbitrato e conciliazione, o acquisto o locazione di terreni e fabbricati.

¹⁰² Rientrano nella categoria degli appalti “esenti in parte” le stesse concessioni di ser-

In tale ultima categoria la pronuncia ricomprende il peculiare caso dei contratti di cui all'art. 217 del Codice (art. 20, direttiva 2004/17, oggi trasfuso nell'art. 19 della direttiva 25), ossia i contratti posti in essere dagli enti aggiudicatori dei settori speciali in ambiti diversi da quelli afferenti tali settori, che, tuttavia, sono i soli di interesse della direttiva 2004/17/CE¹⁰³.

Visto il carattere eccezionale della soggezione alle regole dell'evidenza pubblica delle imprese pubbliche e private operanti in virtù di diritti speciali o esclusivi, si impone un ulteriore sforzo definitorio per distinguere le attività oggettivamente rientranti negli artt. 208-213 o ad esse strumentali, da quelle aventi "*scopi diversi*" (cfr. art. 217).

Dal punto di vista del regime applicabile, delle due l'una: o l'attività dell'impresa pubblica può ricondursi agli scopi propri (*core business*) dell'attività dell'ente, in quanto esclusiva del settore, strumentale rispetto all'attività di gestione o inclusa nella gestione di un servizio, nel qual caso gli affidamenti ad essi relativi sarebbero da ricondurre nella disciplina dei *settori speciali*¹⁰⁴, oppure l'attività espletata esula da tali scopi do-

vizi che fruiscono di un regime di parziale esenzione, gli appalti "sotto soglia" e degli appalti di servizi di cui all'allegato II B direttiva 2004/18/CE e XVII B direttiva 2004/17/CE.

¹⁰³ Infatti, mentre nelle altre ipotesi di appalti esclusi si tratta di specifiche tipologie, in questo caso non si tratta di appalti aventi uno specifico oggetto, bensì di una categoria residuale, che comprende qualsiasi tipo di appalto estraneo al settore speciale. Nelle parole della Plenaria nel caso descritto "*Non si tratta pertanto di appalti semplicemente "esclusi", – ossia rientranti in astratto nell'ambito di applicazione delle direttive ma specificamente "esentati" –, bensì di appalti del tutto "estranei" all'ambito di azione della direttiva 2004/17/CE*". In linea con il percorso logico-argomentativo sopra ripercorso, la Plenaria ha concluso affermando la giurisdizione del giudice ordinario sulla procedura di affidamento indetta da Eni servizi s.p.a. (impresa pubblica) per un contratto quadro avente ad oggetto servizi di sicurezza e vigilanza privata (attività non strumentale) "*essendo l'appalto per cui è processo estraneo sia ai settori speciali, sia ai settori ordinari, sia all'art. 27, di cui al d.lgs. n. 163/2006, ed essendo altresì sottratto ai principi dei Trattati*". In termini analoghi cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 16 dicembre 2011, n. 9844 che, chiamato a giudicare della procedura indetta da ACEA s.p.a. per l'affidamento dei servizi di vigilanza e accoglienza presso i siti del gruppo, ha declinato la propria giurisdizione in favore del g.o. affermando la riconducibilità della riferita attività all'art. 217 d.lgs. 163/2006 e TAR Lombardia, Milano, sez. I, 15 dicembre 2011, n. 3191 che allo stesso modo ha affermato la giurisdizione del g.o. a conoscere della procedura di affidamento del servizio di centro stampa – area centro nord indetta da Eniservizi S.p.A. – impresa pubblica – trattandosi di servizio consistente in operazioni di riproduzione grafica e stampa (operazioni di fotocopiatrice, creazione di carta intestata e biglietti da visita, realizzazione di progetti grafici e altre stampe) e dunque obiettivamente estraneo alle attività proprie dell'ente (attività di ricerca, estrazione e commercializzazione di petrolio e gas).

¹⁰⁴ Cfr. ad. Plen., 23 luglio 2004, n. 9 sul servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie a Grandi Stazioni s.p.a.

vendo, come tale, esulare dal descritto regime codicistico ai sensi dell'art. 217 del Codice¹⁰⁵.

Ciò si spiega in quanto le attività delle imprese pubbliche “diverse” da quelle attinenti al c.d. “*core business*”, proprio per lo svolgersi in un mercato competitivo, risultano naturalmente portate verso la compressione dei costi dei contratti, spontaneamente orientate all'apertura al mercato dei fornitori di beni e servizi (i.e. verso il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa) e conseguentemente sottratte alle regole di evidenza pubblica, sia pur temperate, previste per i settori speciali.

A questo punto dell'analisi occorre interrogarsi su quale elemento attribuisca a una attività quella colorazione “strumentale” rispetto al settore speciale di riferimento, che tanto incide sulla disciplina applicabile¹⁰⁶.

La giurisprudenza non fornisce indicazioni univoche. Accanto a orientamenti estensivi, volti a riconoscere in modo particolarmente ampio il carattere di “strumentale” dell'attività del soggetto agente e dunque ad attrarre nell'alveo del regime dell'evidenza pubblica (sia pur temperato per i settori speciali) le attività collaterali¹⁰⁷, è possibile riscontrare

¹⁰⁵ In termini, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6820, resa sulla procedura indetta da Enel s.p.a. per l'affidamento del servizio di vigilanza e *reception*, in distinti lotti, presso alcuni edifici della provincia di Roma. Il Consiglio di Stato, sul presupposto della natura soggettiva di impresa pubblica di Enel s.p.a. motiva, sotto il profilo oggettivo, escludendo che “*un contratto di vigilanza di siti non legati, neanche in modo strumentale, alla produzione di energia, possano essere applicate in via estensiva le norme previste dai trattati in materia di evidenza pubblica, in quanto si tratta, per le medesime ragioni indicate dalla rammentata sentenza dell'Adunanza plenaria, di un contratto estraneo agli scopi e all'oggetto delle due direttive comunitarie 2004/17/CE e n. 2004/18/CE, cui dà oggi attuazione il d.lgs. n. 163 del 2006*”.

¹⁰⁶ Per la nozione di contratto strumentale soccorre la dottrina tradizionale. S. BUSCEMA, A. BUSCEMA in G. SANTANIELLO (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, VII, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova 2008, 104 ss.

¹⁰⁷ Nel primo senso sembra direzionata la pronuncia resa dal Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2009, n. 6201, con riferimento alla gara di appalto indetta dalla soc. Trenitalia S.p.A. per l'affidamento del servizio di vigilanza degli impianti ferroviari della provincia di Napoli. In punto il Collegio ha ritenuto, pervero alquanto apoditticamente, che “*un appalto di vigilanza indetto da un Ente aggiudicatore operante nel settore ferroviario non possa in alcun modo dirsi finalizzato al conseguimento di scopi diversi rispetto all'esercizio di attività tipicamente demandate al medesimo Ente (e tipicamente rientranti nell'ambito dei c.d. ‘settori esclusi’)*”. La pronuncia argomenta basandosi sull'esame della disposizione nella specie applicabile (comma 1 dell'articolo 8 del d.lgs. 158 del 1995 – ora: art. 217 del d.lgs. 163 del 2006, il quale ultimo riprende da vicino le previsioni di cui all'art. 20 della direttiva 2004/17/CE) – da cui emergerebbe che l'esclusione dal campo di applicazione della normativa uniforme in tema di c.d. ‘settori speciali’ “*debba avere riguardo*

indirizzi restrittivi che rispondono in modo più coerente alla *ratio* della normativa, specialmente in vista del recepimento delle nuove direttive.

Il primo orientamento propone una (ri)lettura del concetto di strumentalità e relativa dilatazione al punto di involgere la mera “coerenza” tra l’attività collaterale e l’attività speciale, apparentemente disarmonica rispetto alla linea evolutiva descritta nelle pagine che precedono.

Le pronunce riconducibili all’orientamento definito “restrittivo”¹⁰⁸

al dato teleologico della finalizzazione dell’attività messa a gara agli scopi istituzionali demandati all’Ente aggiudicatore e non già al dato oggettuale della immediata e diretta omologia fra l’attività oggetto dell’appalto e la tipologia di attività che costituisce il core business dell’attività istituzionalmente demandata all’Ente aggiudicatore, concludendo, pertanto che ciò consentirebbe di interpretare in senso restrittivo l’eccezione di cui al richiamato art. 8, attraverso una lettura sistematica che enfatizzi il profilo finalistico dello scopo – per così dire: *mediato* - dell’appalto (convergente con l’oggetto dell’attività *speciale*). In ossequio alla descritta lettura il Collegio ha affermato l’attrazione dell’appalto di servizi *aliunde comuni* (come le attività di vigilanza) all’alveo di applicazione della disciplina del settore *speciale - rectius*: escluso - tutte le volte in cui una siffatta tipologia di servizi presenti un carattere di strumentalità diretta ed immediata con la svolgimento dell’attività speciale (e con il conseguimento degli scopi cui il relativo esercizio è istituzionalmente finalizzato). In termini la successiva sez. Un., 4 novembre 2009, n. 23322, cit. che, oltre ad affermare la natura di o.d.p. di GESAP, concessionaria del sedime dell’aerostazione “Falcone Borsellino” di Palermo, le ha imposto il rispetto delle regole dell’evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di un’area frontistante l’aerostazione per l’adibizione a servizio di *car valeting*, servizio consistente in rimessaggio, custodia, e servizi accessori in favore delle vetture della clientela, sulla base dell’argomento per cui, stante la natura oggettivamente (in quanto incidente su beni del demanio aeronautico) e funzionalmente diretta a soddisfare interessi generali del servizio di gestione della sosta dei veicoli nell’area antistante l’aerostazione (il *landside*) e delle attività di esazione di prezzo secondo tariffe approvate, la presenza di servizi aggiuntivi (il *car valeting*) rispetto a quelli di mera custodia degli autoveicoli non valeva ad alterarne la natura di servizi accessori giustificando all’inverso l’attrazione di tale attività, con o senza i servizi “aggiuntivi” nell’area dell’interesse generale. In linea con tale impostazione “estensiva” del concetto di strumentalità sembra collocarsi la pronuncia del TAR Lazio, sez. III-ter, 5 febbraio 2008, n. 1793, resa con riferimento a una gara indetta da Poste Italiane s.p.a. per l’affidamento dell’appalto quadriennale avente ad oggetto il servizio di *global service* del complesso immobiliare di Roma Eur, ove è stata affermata l’applicabilità nella gara *de qua* della disciplina propria dei settori *ex* esclusi in forza della considerazione che “*l’appalto in questione ha infatti ad oggetto la manutenzione edile ed impiantistica, la fornitura combustibile, la pulizia ed igiene ambientale, la raccolta, il trasporto e lo smaltimento rifiuti nei palazzi sede dell’amministrazione centrale della società Poste Italiane, e cioè negli uffici dai quali si decide l’organizzazione del servizio postale*”.

¹⁰⁸ Per una lettura in termini più restrittivi del concetto di “strumentalità”, cfr. ad. Plen. n. 16 del 2011 che ha qualificato come non strumentale all’attività svolta da Eni servizi s.p.a. (impresa pubblica), quella avente ad oggetto servizi di sicurezza e vigilanza privata “*essendo l’appalto per cui è processo estraneo sia ai settori speciali, sia ai settori ordinari, sia all’art. 27, di cui al d.lgs. n. 163/2006, ed essendo altresì sottratto ai principi dei*

hanno in comune l'analisi attenta dei dati empirici (approccio "caso per

Trattati". La Plenaria precisa che mentre avrebbe rivestito i caratteri di strumentalità, ad esempio, il servizio di vigilanza di una rete energetica, al contrario, il generico servizio di sicurezza oggetto di contestazione difettava della *"finalizzazione ... agli scopi propri (core business) dell'attività speciale del gruppo, di estrazione e commercializzazione del petrolio o del gas: la garanzia della sicurezza degli uffici non è certo esclusiva del settore, né si pone ad esso in termini di mezzo a fine, né può essere considerata come inclusa nella gestione di un servizio; diversamente, l'appalto sarebbe stato da ricondurre nella disciplina dei settori speciali"*. Risultano formalmente in linea con tale orientamento il TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 febbraio 2013, n. 1693, confermato da Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026, per la parte in cui ribadiscono che per l'applicazione delle norme pubblicistiche *"non è sufficiente la sussistenza dell'elemento soggettivo, ossia che il soggetto procedente sia obbligato al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in base al diritto comunitario o interno, dovendo convergere, altresì, anche l'elemento oggettivo quanto alle attività oggetto di concessione e la riconducibilità di queste ai settori disciplinati dalle direttive comunitarie del 2004"*, correttamente affermando la totale estraneità alla disciplina posta a tutela della concorrenza (ma non anche alla giurisdizione del g.a. data la natura provvedimentale dell'atto impugnato) della subconcessione di un'area del sedime aeroportuale per lo svolgimento dell'attività commerciale di avvolgimento bagagli affidata da AdR s.r.l. In termini restrittivi del concetto di strumentalità Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6820, cit. nonché TAR Puglia, Bari, sez. I, 2 ottobre 2008, n. 2257 che ha affermato il carattere non strumentale all'attività dell'Azienda Municipalizzata del gas di Bari, del servizio di custodia e vigilanza armata delle relative sedi statuendo che *"mentre è indubbia la qualità soggettiva essendo l'A.M. GAS organismo di diritto pubblico concessionaria del servizio pubblico di distribuzione del gas istituita ai sensi dell'art. 113 del Testo Unico sugli Enti Locali, l'oggetto dell'appalto relativo al servizio di sicurezza e vigilanza armata è estraneo al settore speciale"* (con implicito riconoscimento della tesi dell'o.d.p. in parte qua). In termini simili, sia pure con argomentazione più estesa, sembra orientato il TAR Emilia Romagna, Parma, 28 maggio 2007, n. 315 che ha affermato la natura non strumentale all'attività della società Enia S.p.A. (*multiutility* attiva nei settori del gas, elettricità ed acqua) del servizio di pulizia delle relative sedi motivando sul fatto che *"la pulizia rientra nella normativa dei settori speciali [solo n.d.r.] quando è funzionale a detta attività (come nel caso di proprietà immobiliari ed edifici parte integrante delle reti di produzione, distribuzione e trasporto indicate negli articoli 208 e ss. del codice dei contratti). Del resto in proposito il codice dei contratti di cui al D. lgs 163 del 2006, richiamato negli atti impugnati, supera tale apparente antinomia, per quanto concerne i servizi di pulizia, prevedendoli esclusivamente nell'allegato II A per i servizi ordinari e non speciali"*. In termini TAR Lombardia, Milano, sez. III, 15 febbraio 2007, n. 266 in cui è stata affermata la non strumentalità all'attività di *airside* di SEA – Società Esercizi Aeroportuali S.p.a., l'attività di ristorazione, realizzata con gestione di bar, chioschi e distributori automatici di cibi e bevande e Id., sez. I, 17 ottobre 2007, n. 6107 con riferimento all'affidamento in esclusiva del diritto di svolgere un'attività tipicamente commerciale (e dunque estranea al servizio pubblico aeroportuale) – consistente nell'avvolgimento dei bagagli con pellicola protettiva – su infrastrutture (aerostazione di Linate e Malpensa) di proprietà della medesima SEA. Escludono la natura strumentale all'attività *"aviation"* delle prestazioni riguardanti la sicurezza e la vigilanza armata della sede di un ente aggiudicatore e la realizzazione di una nuova sede direzionale di AZ CAI all'interno della c.d. zona tecnica Alitalia dell'aeroporto di Fiumicino, rispettivamente TAR Puglia, Bari, Sez. I, 2 ottobre 2008 n. 2257, non

caso”) e la verifica del rapporto di esclusività o coessenzialità¹⁰⁹ che lega l’attività collaterale indagata a quella speciale (ossia se essa sia svolta esclusivamente in relazione al settore speciale di riferimento o se essa si ponga in rapporto necessario di mezzo a fine rispetto all’attività speciale).

La generale tendenza a valutare con rigore il concetto di “strumentalità” alle finalità di interesse pubblico delle attività degli enti aventi forma privata, appare idonea a rispondere alle evoluzioni del concetto di “pubblica amministrazione” rilevante per le politiche dell’Unione. Solo le attività pubbliche (ossia partecipazioni della Sovranità nazionale) poiché situate all’esterno degli immaginari confini del “mercato”, necessitano l’applicazione di regole di confronto trasparente e concorrenziale per evitare che la scelta del contraente sia guidata da logiche diverse da quelle economiche, mentre negli altri settori è il libero gioco del mercato a garantire il perseguimento dei valori tutelati dalle politiche europee.

5. *Segue. La rilevanza del profilo oggettivo: l’ipotesi di attività promiscue (l’o.d.p. in parte qua)*

Gli spunti forniti dalle pronunce citate nei paragrafi precedenti consentono di indirizzare l’interprete nell’analisi di una ulteriore questione problematica posta dalla normativa, circa l’esatta individuazione delle regole applicabili ad un soggetto che svolga contemporaneamente attività di tipo amministrativo e attività di natura economica.

La recente giurisprudenza, valorizzando il principio di equiordinazione tra imprese pubbliche e private posto a presidio della concorrenza, afferma che “*Qualora la società svolga attività promiscua – amministrativa e di impresa – è necessario assicurare il rispetto del principio di distinzione tra le due attività al fine di evitare che i vantaggi derivanti dall’operare come pubblica amministrazione possano essere trasposti nel settore in cui*

appellata e TAR Lazio, Roma, ord. n. 3155 del 2010, confermata da Cons. Stato, sez. VI, ord. n. 3848 del 2010.

¹⁰⁹ In termini Cons. St., sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934, resa in riferimento ad una procedura di affidamento in appalto del servizio (prestato in favore di SEA) di assicurazione “*all risks*”, che viene condivisibilmente incluso nel novero delle attività strumentali in quanto l’attività assicurativa è coesenziale all’espletamento delle attività principali “*non essendo ordinariamente configurato un servizio aeroportuale di rilievo, privo di coperture assicurative*”.

*lo stesso soggetto svolge attività di impresa alterando così il principio di equiordinazione tra imprese pubbliche e private posto a presidio del rispetto delle regole della concorrenza (cfr., sia pure con riguardo a fattispecie diverse da quella in esame, Corte cost. n. 326 del 2008; Cons. Stato, Ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17)*¹¹⁰.

In tale affermazione trovano riscontro le ricostruzioni degli autori che avevano ammesso, sia pure in via di mera ipotesi, l'astratta riconducibilità di un'impresa pubblica alla categoria dell'organismo di diritto pubblico, chiarendo che ragioni di logica e di coerenza avrebbero imposto che tale ultima qualifica (ed il regime generale che ne consegue in ordine agli appalti) rimanesse circoscritta all'esercizio di quelle attività nelle quali non prevalesse il fine di lucro e non sussistesse il rischio di impresa. In altre parole, veniva dato spazio alla figura del c.d. "organismo di diritto pubblico *in parte qua*".

Sembra potersi affermare che il principio giurisprudenziale della necessaria distinzione tra le attività amministrative e economiche svolte da un medesimo soggetto e della conseguente distinzione del regime ad esse applicabile, sgombri definitivamente il campo dalla c.d. teoria del "contagio", propugnata da un risalente orientamento della Corte di Giustizia¹¹¹ e fortemente criticata da numerosi autori¹¹².

Del resto, il primo esemplare ostacolo all'orientamento che vorrebbe l'estensione a 360 gradi delle regole pubblicistiche per gli o.d.p., a prescindere da un'indagine del tipo di attività svolta, è agilmente riscontrabile nel fatto che il "contagio" non si produce nell'ambito dei "settori speciali", in cui gli "enti" definiti "aggiudicatori", tra cui gli "organismi di diritto pubblico", sono tenuti a rispettare la disciplina di selezione del contraente recata dalle direttive "settoriali" per i contratti riferibili alle attività ivi descritte.

Il dettato codicistico, come letto nelle pagine che precedono, può condurre ad affermare che il più volte citato criterio combinato soggettivo-oggettivo che deve guidare l'interprete nella verifica del regime ap-

¹¹⁰ Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2012 n. 1574, cit..

¹¹¹ Cfr. caso *Mannesman* (CGCE 15 gennaio 1998 C44/96) che estendeva il regime applicabile all'organismo di diritto pubblico a tutti i suoi appalti.

¹¹² Cfr. M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 71; M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit.; M.G. ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, cit., 401; M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, cit., 102.

plicabile all'impresa pubblica, imponendo di distinguere i casi in cui tale impresa svolga un'attività "speciale" (o ad essa strumentale) da quelli in cui operi in concorrenza con gli altri operatori economici, si imponga parimenti quando una società pubblica svolga congiuntamente attività di carattere amministrativo e attività concorrenziali.

Solo con riferimento alle attività "amministrative" trova spazio la qualifica di o.d.p. e l'applicazione della normativa pubblicistica sugli appalti, mentre, per quelle "economiche", valgono le regole del libero mercato, senza alcuna attrazione nel regime evidenziale.

Anche la giurisprudenza dell'Unione fornisce interessanti spunti in tale direzione.

Oltre all'ormai celebre pronuncia sul caso *Aigner*¹¹³ che, nell'affermare che le previsioni della direttiva 2004/17/CE devono essere applicate restrittivamente, nega proprio l'applicabilità della c.d. teoria del contagio, è possibile riscontrare spunti nella direzione indicata anche in ulteriori decisioni. Pronunciandosi con riferimento all'esercizio di attività d'impresa da parte dello Stato, la Corte di Giustizia¹¹⁴ ha chiarito che l'analisi della natura di un ente deve essere effettuata in relazione alla singola attività presa in esame e, dunque, è perfettamente possibile che un ente pubblico eserciti attività economica anche ove se ne occupi solo occasionalmente¹¹⁵. Parimenti viene chiarito che lo Stato stesso è qualificabile come impresa quando persegue scopo di lucro e perciò "assume di-

¹¹³ In punto, si veda CGCE 10 aprile 2008 C-393/06, *Aigner*, par. 26, 27, 30 "dagli artt. 2-7 della direttiva 2004/17 risulta che il coordinamento da questa effettuato non si estende a tutti i settori dell'attività economica, ma riguarda settori specificamente definiti, come del resto rileva il fatto che tale direttiva è comunemente denominata «direttiva settoriale». Per contro, l'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 abbraccia quasi tutti i settori della vita economica e giustifica così il fatto che essa venga comunemente denominata «direttiva generale». Alla luce di quanto considerato, si deve già fin da ora constatare che la portata generale della direttiva 2004/18 e la portata ristretta della direttiva 2004/17 richiedono che le disposizioni di quest'ultima siano interpretate restrittivamente (...) 30. Di conseguenza, le disposizioni sopra menzionate non lasciano spazio all'applicazione, nell'ambito della direttiva 2004/17, dell'approccio denominato «teoria del contagio», sviluppata a seguito della citata sentenza *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.*", espressamente riportata dalla più volte citata pronuncia della Plenaria n. 16 del 2011 come dimostrazione del superamento della c.d. teoria del contagio.

¹¹⁴ CGCE, 26 marzo 2009, in causa C-113/07P, *Selex Sistemi Integrati s.p.a. c. Commissione e Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*.

¹¹⁵ Riprendono tale punto, *ex multis*, CGCE, 25 ottobre 2001, in causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*; Id., 1 luglio 2008, in causa C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID c. Elliniko Dimosio*.

stinti ruoli, a seconda che esso agisca come un operatore di mercato o svolga un'azione politica ispirata alla solidarietà"¹¹⁶.

Tornando all'esame della giurisprudenza nazionale, un orientamento volto a negare la configurabilità di o.d.p. *in parte qua* è stato espresso con riferimento a Gesip s.p.a., soggetto qualificato come o.d.p.¹¹⁷, cui è stato imposto il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica con riferimento al contratto stipulato con un istituto di credito, diretto ad assicurare determinate condizioni ai propri dipendenti che intendessero cedere il quinto del loro stipendio a fronte della concessione di finanziamenti loro erogati dall'istituto di credito (c.d. "cessione del quinto"), e disciplinante, inoltre, alcune modalità operative del rapporto creditorio tra la Gesip e l'istituto bancario. In particolare, la Suprema Corte regolatrice ha affermato che, anche se detto contratto non prevedeva alcun compenso per la Gesip, non per questo potesse dirsi un contratto a titolo gratuito e che il rapporto contrattuale così instaurato non potesse ritenersi estraneo alla sfera di applicazione della disciplina comunitaria, quanto meno ai principi generali del Trattato dell'Unione Europea (libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità), i quali *"devono trovare applicazione non soltanto per i contratti pubblici che rientrano nell'ambito della disciplina delle direttive comunitarie in materia, ma anche in quelle fattispecie che, avendo ad oggetto prestazioni di attività economiche e costituendo, quindi, un'occasione di guadagno, sono tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti"*. Per quanto la portata effettiva della pronuncia possa dirsi temperata dalla contestuale assimilazione della convenzione stipulata con l'istituto di credito alla categoria degli accordi quadro (per la parte in cui stabiliva il contenuto essenziale dei futuri ed eventuali contratti di mutuo da stipu-

¹¹⁶ Cfr. punto 27 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro del 10 novembre 2005, in CGCE, 11 luglio 2006, in causa C-205/03P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commissione* nonché S. VALAGUZZA, *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, cit., 109.

¹¹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. Un., 9 maggio 2011, n. 10068, che riferisce tale qualifica alla Gesip in quanto dotata di personalità giuridica, sottoposta alla influenza dominante di soggetti pubblici (Comune di Palermo e Ministero del Lavoro), avente capitale interamente posseduto da enti pubblici e che, con riferimento al requisito teleologico, occupandosi *"della gestione dei servizi pubblici locali di pulizia, manutenzione, custodia e gestione di impianti e presidi di aree, come affidati direttamente dal Comune di Palermo, con particolare riguardo...agli immobili in uso o in proprietà del Comune: uffici comunali, asili nido, scuole e direzioni didattiche, impianti sportivi, aree verdi, parchi e verde attrezzato, aree cimiteriali etc."*, è stata reputata volta al perseguimento di specifiche finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

larsi tra la banca ed i dipendenti della Gesip), essa nondimeno respinge l'eccezione di inapplicabilità alla convenzione *de qua* di dette normative, in quanto estranea all'oggetto sociale della Gesip s.p.a, osservando che *“l'applicazione delle normative in parola non richiede che il contratto di appalto rientri nell'oggetto sociale del soggetto appaltante, ma che l'affidamento del servizio intervenga tra un soggetto, che possa essere ritenuto amministrazione aggiudicatrice, ed un operatore economico”*. Con tali argomentazioni le Sezioni Unite dimostrano di valorizzare l'elemento soggettivo della qualifica del soggetto agente e di dequotare quello oggettivo dell'attività concretamente svolta, ponendosi in contrasto con le esigenze di distinzione tra ambiti riconosciute dalla prevalente giurisprudenza.

Le stesse Sezioni Unite¹¹⁸ hanno più di recente respinto espressamente la c.d. teoria del contagio, affermando che in presenza di *“un soggetto di diritto privato, ancorché a partecipazione pubblica che per alcune attività da esso svolte usufruisce di una posizione che potrebbe influire sulle regole della concorrenza, perché opera in uno dei settori speciali in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi dall'autorità competente, le regole della evidenza pubblica non possono che essere rigorosamente limitate a quelle attività direttamente interessate dalla esistenza di diritti speciali o esclusivi, dovendosi invece presumere che le residue attività del detto soggetto di diritto privato vengano svolte nelle forme ad esso proprie del diritto comune”*. La pronuncia, resa con riferimento a Poste Italiane s.p.a. cui viene negata la natura di o.d.p. per difetto dell'elemento teleologico, afferma che quand'anche la società avesse tale natura, *“non per questo potrebbero ritenersi operanti le regole della evidenza pubblica, con la conseguente attrazione della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo, essendo certo che la procedura oggetto di causa si riferisce all'acquisizione di mezzi per lo svolgimento di un'attività – quella di pagamento e trasferimento di denaro – svolta in condizioni di libera accessibilità dei mercati, e cioè in una situazione nella quale l'assoggettamento a quelle regole sarebbe superfluo, atteso che le finalità perseguite sono già presenti nell'ordinario modo di svolgimento dell'attività dell'ente aggiudicatore”*¹¹⁹.

¹¹⁸ Cass. civ., sez. Un., 29 maggio 2012, n. 8511.

¹¹⁹ In punto, sembra suffragare il descritto orientamento la citata direttiva 2014/25 che, al 14° considerando, specificata la regola della tendenziale “scindibilità” degli appalti misti separabili che, in quanto tali, possono essere aggiudicati ciascuno in funzione delle caratteristiche dell'appalto specifico, (*“nel caso di appalti misti che possono essere separati, gli enti aggiudicatori sono sempre liberi di aggiudicare appalti separati per le parti separate dell'appalto misto, nel qual caso le disposizioni applicabili a ciascuna parte separata*

Risulta così rafforzata la costruzione proposta, in quanto la qualifica di o.d.p. non sembra comportare la (ri)pubblicizzazione di tutta l'attività svolta dall'ente né individuare una forma di amministrazione pubblica, risolvendo la sua efficacia nell'assoggettare tali organismi, nei limiti in cui possano essere riferiti tali, alle regole evidenziali.

6. Conclusioni

La qualificazione di un operatore come “impresa pubblica” o privata titolare di diritti speciali o esclusivi determina, con riferimento alla normativa sovranazionale e nazionale in tema di evidenza pubblica, l'operatività delle sole disposizioni relative ai contratti di acquisto di beni, servizi e forniture attinenti ai settori speciali acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni, gas, poi poste (c.d. settori ex “esclusi”). La scelta legislativa di attrarre alla disciplina di evidenza pubblica settori in precedenza ritenuti regolati dal diritto privato è rimasta connotata, anche nel panorama delle direttive 2014, da incisivi caratteri di specialità rispetto ai settori ordinari, identificabili in una disciplina più flessibile e soprattutto restrittiva quanto all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione. L'art. 19 della nuova direttiva per i settori speciali 25 ha ripreso, infatti, il contenuto dell'art. 217 del Codice, che, nella lettura descritta nelle pagine che precedono e sostenuta dalla giurisprudenza analizzata, comporta che i contratti affidati da soggetti contemplati tra gli enti aggiudicatori esclusivamente nei settori speciali per fini diversi dall'esercizio di un'attività relative a tali settori o a essi strumentali esulano dall'applicazione dello stesso regime “temperato”, rimanendo soggette esclusivamente alle regole del libero mercato.

Sembra costituire dato ormai pacifico che l'assoggettabilità dell'affidamento di un contratto alla disciplina dettata per i settori speciali non

dovrebbero essere determinate esclusivamente in funzione delle caratteristiche dell'appalto specifico”), precisa che, anche ove all'appalto rientrante nei settori speciali e soggetto all'applicazione della relativa direttiva siano affiancati “elementi aggiuntivi” soggetti ad un diverso regime giuridico, troverebbero comunque applicazione, per l'intero appalto misto, le regole di evidenza pubblica “temperate” previste per i settori speciali (“ove gli enti aggiudicatori scelgano di includere altri elementi nell'appalto, a prescindere dal valore degli elementi aggiuntivi e dal regime giuridico cui tali elementi aggiuntivi sarebbero stati altrimenti soggetti, il principio fondamentale dovrebbe essere quello per cui, qualora un appalto debba essere aggiudicato in forza delle disposizioni della presente direttiva se aggiudicato per proprio conto, la presente direttiva continua ad applicarsi all'intero appalto misto”).

può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, ciò che impone, per l'effetto, di dedicare particolare attenzione alla riferibilità del servizio all'attività speciale¹²⁰, anche in termini di "strumentalità" rispetto a tale attività.

Più in generale, il descritto regime appare coerente con la linea di tendenza del diritto eurounitario che, con riguardo alle regole di funzionamento dell'ente, è nel senso di assicurare una tendenziale equiparazione al modello delle società private al duplice scopo di evitare che, attraverso il riconoscimento di poteri speciali al socio pubblico, si possa alterare il regolare gioco della concorrenza e di assicurare che l'impresa partecipata dall'ente pubblico, ove agisca in concorrenza all'interno del mercato unico europeo, vi partecipi "ad armi pari" con le proprie concorrenti¹²¹. In particolare, in ossequio alle prescrizioni imposte dal diritto sovranazionale per tutelare la concorrenza e per distinguere chiaramente il ruolo svolto dalla p.A. quale potere pubblico e quello svolto dalla stessa quale proprietario, deve essere assicurato il principio di pari trattamento tra impresa pubblica e privata: è, pertanto, vietata l'attribuzione – al di fuori dei casi in cui si debba garantire la "missione pubblica" (art. 106 TFUE) – di qualunque diritto speciale o esclusivo in grado di incidere negativamente sulle regole concorrenziali¹²² nonché, parimenti, l'imposizione di limitazioni all'esercizio dell'attività d'impresa, ove svolta in regime concorrenziale, da soggetti partecipati dall'ente pubblico.

Il portato sul piano processuale dei riferiti principi è che il giudice

¹²⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2919, confermato sul punto da ad. Plen. n. 16/2011.

¹²¹ Il tema della "parità" tra imprese pubbliche e private e della "neutralità" dell'ordinamento sovranazionale rispetto alla titolarità del capitale delle stesse fa il paio con il principi per cui gli ordinamenti nazionali possono legittimamente attribuire a certe imprese – a prescindere dalla loro proprietà pubblica o privata – diritti speciali o esclusivi, nella misura necessaria allo svolgimento di una "specifica missione" d'interesse economico generale (cfr. *ex multis*, M. LIBERTINI, *La società di autoproduzione in mano pubblica*, in F. GUERRERA (a cura di) *Le società a partecipazione pubblica*, Torino 2010, 21).

¹²² Il riferimento va all'evidenza al tema degli aiuti (in punto G.L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in C. PINELLI, T. TREU (a cura di) *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna 2010), che sottolinea come, se alla stregua del "principio di neutralità" "gli Stati sono liberi di istituire e organizzare imprese pubbliche", il "principio di parità di trattamento" tra imprese pubblica comporta che le istituzioni europee entrino "nel merito degli interventi statali", sindacandone la necessità, ragionevolezza, legittimità alla luce delle regole della concorrenza.

competente a conoscere dell'operato di imprese pubbliche o private titolari di diritti speciali o esclusivi operanti *“per scopi diversi dal perseguimento delle loro attività”* sia il giudice ordinario, similmente a quanto avviene in settori diversi da quello dell'affidamento delle pubbliche commesse, quando l'attività svolta è priva di colorazioni pubblicistiche¹²³.

Soltanto nei settori speciali l'impresa pubblica o privata titolare di diritti speciali o esclusivi, per espressa volontà del legislatore, è configurabile quale ente aggiudicatore, con la conseguente applicazione delle regole sul procedimento di evidenza pubblica e attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo.

La regola appare confermata anche ove si assuma la configurabilità di un o.d.p. *in parte qua*¹²⁴. Da una certa lettura dell'elemento teleologico

¹²³ Da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4882, resa con riferimento alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e dei periti commerciali (Cnpr), ente di diritto privato quanto alla soggettività giuridica, ha affermato che rientra nella sua sfera di capacità negoziale privata, esulando dalla giurisdizione del g.a., la vendita del relativo patrimonio immobiliare. La pronuncia ha specificato che *“La vendita del patrimonio immobiliare rientra nella sfera di capacità propria della persona giuridica privata e non ha attinenza con l'attività previdenziale in forza della quale alla Cassa è riconosciuto rilievo pubblicistico: è quindi evidente l'errore del Tar che ha negato la personalità di diritto privato in capo alla Cnpr, senza distinguere tra attività di rilievo pubblicistico e capacità di diritto privato”*. In linea con l'orientamento rigoroso condiviso nel testo il Consiglio di Stato ha aggiunto, più in generale, che *“anche i soggetti inequivocabilmente pubblici hanno capacità di diritto privato, e possono agire quali soggetti dotati di personalità giuridica privata: la qualità del soggetto agente non è, quindi, di per sé indice dell'esplicazione dell'una, piuttosto che dell'altra, capacità e personalità giuridica”*. Nella medesima ottica TAR Lazio, sez. III-ter, 24 settembre 2014, n. 9962 con riferimento a RAI s.p.a., in cui si chiarisce *in primis* che la natura della Rai, quale concessionaria di servizio pubblico di per sé non è sufficiente ad attrarre qualunque controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo, e che *“non tutta l'attività imputabile al gestore del generale servizio radiotelevisivo [deve] essere ineluttabilmente considerata quale esercizio di pubblico servizio, dovendo essere tenuta distinta da quest'ultima quella invece riconducibile alla sfera dei meri comportamenti aventi rilevanza esclusivamente privatistica, perché sganciati dall'esercizio del servizio pubblico”*.

¹²⁴ Cfr. Cass. civ., sez. Un., 29 maggio 2012, n. 8511 e TAR Firenze, sez. I, 5 maggio 2014, n. 731. In tale ultima pronuncia il Collegio, chiamato a pronunciarsi sull'assoggettabilità alle regole procedurali di cui alla l. 241 del 1990 di Aquapur Multiservizi s.p.a., azienda a partecipazione pubblica maggioritaria e gestore del depuratore “Casa del lupo” in Porcari, afferma, sia pur timidamente, la configurabilità di un o.d.p. *in parte qua* (*“comunque, anche a voler accogliere la non pacifica tesi secondo la quale laddove un'impresa costituita per tale scopo svolga anche altre attività in regime di concorrenza, solo alla prima dovrebbe applicarsi l'evidenza pubblica (c.d. “organismo di diritto pubblico in parte qua”), è indiscutibile che l'affidamento di cui si tratta inerisce all'attività non avente carattere industriale o commerciale”*). Si v. però, *contra*, Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6211, in cui si precisa che *“La giurisprudenza, in proposito (es. Cons. Stato, VI,*

caratteristico della figura dell'o.d.p. si evince infatti che il fatto che tale organismo debba essere costituito per soddisfare "specificatamente" esigenze di interesse generale, non significa che "*deve sostanzialmente perseguire esclusivamente gli interessi pubblici previsti dalle normative di settore*"¹²⁵, potendo svolgere attività di carattere diverso. Ne consegue che mentre l'attività, qualificabile come amministrativa è soggetta allo statuto della pubblica amministrazione¹²⁶, ciò non esclude la configurabilità di un o.d.p. *in parte qua*, in quanto figura parzialmente estranea alle regole dell'evidenza pubblica, per la propria attività di carattere concorrenziale.

In tale ambito può pertanto dirsi superato il rigido orientamento espresso dalla sentenza *Mannesmann*¹²⁷, rimasta invero isolata nell'imporre la soggezione a 360 gradi dell'organismo al diritto comunitario degli appalti a prescindere dal tipo di attività svolta (c.d. teoria del contagio), prevalendo invece il diverso orientamento, che, da un lato, afferma che lo svolgimento congiunto o prevalente di un'attività commerciale non esclude la qualificabilità dell'operatore come o.d.p., ma, dall'altro, non ammette che tale qualifica valga ad attrarre anche le attività private nel regime pubblicistico¹²⁸.

Tale orientamento sembra aver guidato la giurisprudenza interna nell'affermare che in presenza di attività promiscue svolte da un o.d.p. "*è necessario assicurare il rispetto del principio di distinzione tra le due attività al fine di evitare che i vantaggi derivanti dall'operare come pubblica amministrazione possano essere trasposti nel settore in cui lo stesso sog-*

30 giugno 2011, n. 3892) è univoca nel richiamare la giurisprudenza comunitaria che applica il canone *semel organismo semper organismo*, e ripudia la tesi dell'*organismo di diritto pubblico in parte qua* [Corte giust. CE, IV, 10 aprile 2008, in C-393/06]. Sicché, se la camera di commercio può inquadrarsi tra gli organismi di diritto pubblico, anche gli organi che ne sono emanazione devono seguire le relative regole, non potendo ammettersi che un organismo di diritto pubblico possa dismettere la sua veste semplicemente dando vita ad altre entità per perseguire la sua missione istituzionale".

¹²⁵ Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2012 n. 1574, cit.

¹²⁶ Si intende la qualificazione della società come "amministrazione aggiudicatrice", la soggezione alle regole procedurali contenute nel codice dei contratti pubblici ovvero, in presenza di un contratto diverso da quelli previsti dal codice, ai principi generali a tutela della concorrenza per il mercato nella scelta del contraente nonché la soggezione alle regole processuali contenute nel codice del processo amministrativo e dunque alla giurisdizione al giudice amministrativo ex artt. 7 e 133, comma 1, lettera e.

¹²⁷ CGCE, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, cit.

¹²⁸ Cfr., *ex multis*, CGCE, 10 novembre 1998, nel in causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*, cit.; CGCE, 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Ing. Aigner Wasser Warme Umwelt GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*, cit.

*getto svolge attività di impresa alterando così il principio di equiordinazione tra imprese pubbliche e private posto a presidio del rispetto delle regole della concorrenza (cfr., sia pure con riguardo a fattispecie diverse da quella in esame, Corte cost. n. 326 del 2008; Cons. Stato, Ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17)”*¹²⁹.

Quanto precede suggerisce di rifuggire dall'integrale assimilazione tra le figure soggettive esaminate e la definizione di “pubblica amministrazione”, limitando l'applicazione del regime pubblicistico ai (soli) casi in cui il legislatore lo disponga in modo esplicito¹³⁰ (anche al di fuori dell'ambito della contrattualistica pubblica¹³¹). In ultima analisi sembra potersi affermare che nel rinnovato contesto descritto nelle pagine che precedono, ai fini della perimetrazione dell'ambito di applicazione delle regole procedurali dell'evidenza pubblica, ferma la fondamentale rilevanza dell'elemento soggettivo in riferimento alla disciplina dei settori speciali, tanto per le imprese pubbliche o private titolari di diritti speciali o esclusivi che per l'o.d.p. la qualificazione oggettiva, i.e. l'attività concretamente svolta, assume un ruolo determinante.

¹²⁹ Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2012 n. 1574, cit.

¹³⁰ In punto la recente TAR Marche, sez. I, 6 febbraio 2014, n. 218, ha ribadito che *“anche a voler condividere la tesi dei ricorrenti circa la qualificazione della società intimata quale organismo di diritto pubblico...è noto che tale qualificazione rileva solo in materia di appalti pubblici ed eventualmente di accesso ai documenti amministrativi, ma non per tutti gli atti che il soggetto avente natura societaria compie nel corso della sua attività. Non esiste del resto alcuna disposizione che stabilisca il contrario, per cui valgono i principi generali dell'ordinamento, in base ai quali gli atti compiuti da un soggetto avente natura privatistica sono atti privatistici e dunque involgono situazioni giuridiche diverse dall'interesse legittimo (e vanno contestati davanti all'A.G.O.)”*.

¹³¹ La logica sopra delineata trova conferma nell'assoggettamento degli o.d.p. alle regole di cui alla legge n. 241 del 1990 *“limitatamente alla loro attività di pubblico interesse”*. Ciò vale in primo luogo, per il dovere di ostensione (controaltare del diritto di accesso) che, grava anche sugli o.d.p. in quanto ragionevolmente sussumibili nell'ampia nozione di “pubblica amministrazione” abbracciata dall'art. 22, co. 1, lett. e della l. 241 del 1990, inclusiva di *“tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”*. In dottrina (R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 176) è stata altresì affermata la riconducibilità dell'o.d.p. alla categoria dei *“soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative”* tenuti al rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, (con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge – secondo la formulazione risultante dall'intervento riformatore della l. 6 novembre 2012, n. 190), ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter *“infatti, se la missione dell'organismo consiste nell'erogare una prestazione alla collettività, configurabile con funzione o servizio pubblico, sono applicabili a tale soggetto, con riferimento all'attività di rilievo pubblicistico, i principi ed i criteri della l. n. 241/1990”*.

ATTUALITÀ

*La forma di governo nella costituzione tunisina del 2014**

Marco Olivetti

SOMMARIO. – 1. Introduzione. – 2. Il contesto politico-partitico. – 3. Il potere legislativo : l'Assemblea rappresentativa del popolo. – 4. Il dualismo del potere esecutivo. – 4.1. Il Presidente della Repubblica. – 4.1.1. Le attribuzioni che sviluppano il ruolo di Capo dello Stato e di garante del funzionamento della Costituzione. – 4.1.2. I poteri di direzione politica. – 4.1.3. I poteri di nomina. – 4.1.4. I poteri nelle situazioni di emergenza. – 4.2. Il Governo e il suo Capo. – 4.2.1. La formazione del Governo. – 4.2.2. La nomina dei ministri. – 4.3. I poteri del Governo. – 4.4. La presidenza del Consiglio dei Ministri. – 5. I rapporti tra il Governo ed il Parlamento: la responsabilità politica dei ministri e del Capo del Governo. – 5.1. La questione di fiducia. – 5.2. La questione di fiducia su richiesta del Presidente della Repubblica. – 5.3. La mozione di sfiducia costruttiva. – 6. I rapporti fra il Presidente della Repubblica ed il Governo. – 7. I rapporti fra il Parlamento e il Presidente della Repubblica. – 7.1. Lo scioglimento anticipato dell'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo. – 7.2. La destituzione del Presidente della Repubblica. – 8. Le garanzie esterne al «triangolo istituzionale». – 9. Conclusioni: quale semipresidenzialismo?

1. Introduzione. – La forma di governo – vale a dire l'insieme delle norme sul «modo con cui le varie funzioni dello Stato sono distribuite ed organizzate fra i diversi organi costituzionali»¹ – è un contenuto necessario di ogni Costituzione. Ciononostante, in molti sistemi costituzionali è possibile constatare una tendenza alla «fuga» del potere politico dalla Costituzione, intesa come atto normativo: non solo nei regimi autocratici, ma anche in alcune democrazie consolidate, i poteri politici tendono a sottrarsi al diritto comune per riconoscersi sottoposti solo a regole di natura convenzionale, o comunque non giustiziabili. Le democrazie parlamentari di tipo Westminster (Regno Unito, Canada, Australia, Nuova Zelanda) – nelle quali le regole di diritto scritto svolgono un ruolo secondario nella disciplina del sistema di governo, che si basa prevalentemente su convenzioni costituzionali – sono forse l'esempio più evidente di questa ten-

* Comunicazione al Convegno «Tunisia: La primavera della Costituzione» – Siena, 7 novembre 2014.

¹ C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova 1973, 3.

denza all'autoregolazione della politica, ma la propensione a regolare solo in parte a livello costituzionale la forma di governo è molto più diffusa: anche in talune Costituzioni «lunghe» contemporanee sia di tipo presidenziale (Brasile), sia di tipo parlamentare (Italia), la disciplina dei poteri politici supremi è spesso assai scarna.

La Costituzione tunisina (CT) del 27 gennaio 2014 ha tentato con molta cura di evitare questa fuga della politica dal diritto costituzionale (e al tempo stesso del diritto costituzionale dalla politica), ed ha invece adottato una prospettiva esattamente opposta: più che di una «razionalizzazione del potere», messa in evidenza già da Mirkinė Guétzevich riguardo alle Costituzioni europee entrate in vigore all'indomani della prima guerra mondiale², sembra doversi parlare di una vera e propria «iper-razionalizzazione» della forma di governo. Si tratta cioè di una regolamentazione costituzionale dettagliata degli organi politici supremi e dei loro atti, che trova dei precedenti già in alcune Costituzioni europee adottate negli anni settanta e novanta, dopo la caduta, rispettivamente, dei regimi autoritari di destra e di sinistra in Europa³.

Per quanto riguarda la forma di governo, la Costituzione tunisina del 2014 ha tradotto il principio della sovranità popolare, solennemente riconosciuto dal suo art. 3 («Il popolo è il detentore della sovranità, fonte dei poteri che esso esercita attraverso i suoi rappresentanti eletti o il referendum») in due scelte di fondo:

1) l'inquadramento del potere politico (esecutivo e legislativo) da parte del diritto e di autorità non politiche (Corte costituzionale, Autorità indipendenti, potere giudiziario), incaricate di limitare i poteri la cui legittimazione è fondata sul principio democratico;

2) l'articolazione dei poteri democraticamente legittimati in tre organi (Presidente della Repubblica, Capo del Governo, Assemblea dei rappresentanti del Popolo), i quali costituiscono una sorta di «triangolo istituzionale», nel quale ciascuno dei tre «lati» è connesso agli altri due ed è da questi delimitato nella sua sfera di azione.

La reazione al regime politico anteriore al 2011, implicita in queste due scelte, è molto netta. Se molti aspetti della forma di governo tunisina sono per il momento indeterminati (ed in particolare l'equilibrio effettivo dei rapporti tra il Presidente della Repubblica, il Capo del Governo e l'Assemblea dei rappresentanti del Popolo), è chiaro che la Costituzione ha inteso evitare il ritorno, sotto qualsiasi forma, al presidenzialismo autoritario praticato fino al 2011⁴ (che è tut-

² B. MIRKINE GUÉTZEVICH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, in *Rev. Dr. Pub.*, 1928, 5 et ss.

³ Due buoni esempi sono la Costituzione della Grecia del 1975, la «piccola» Costituzione polacca del 1992 e la Costituzione polacca del 1997.

⁴ Tale sistema di governo era peraltro il prodotto non solo dei poteri riconosciuti al Presidente

tora la forma di Stato e di governo dominante in alcuni Paesi della Regione, come l'Algeria e l'Egitto).

2. *Il contesto politico-partitico.* – Il processo costituente tunisino del 2011-2014 è stato profondamente diverso da quello del 1956-1959: al momento della ricostituzione della statualità tunisina negli anni cinquanta, il Partito *Neo-Destur* aveva gradualmente assunto il ruolo di un partito unico, che aveva monopolizzato le istituzioni costituzionali e che si saldava con il potere presidenziale in virtù del controllo di tale partito da parte del Presidente della Repubblica. Questo assetto era stato mantenuto anche dopo il 1987, a seguito dell'avvento al potere di Ben Ali e della trasformazione del Partito dominante in *Rassemblement Constitutionnel et Démocratique*.

La rivoluzione del 2011 si è invece svolta – nelle sue varie fasi, complesse e talora assai conflittuali – sotto il segno di un marcato pluralismo partitico, che si è riflesso sia nell'Assemblea costituente eletta il 23 ottobre 2011, sia nel primo parlamento eletto sulla base della nuova Costituzione. Proprio tale pluralismo politico è un dato che va tenuto presente nella lettura delle disposizioni costituzionali, anche se l'assetto del sistema dei partiti è ancora in via di definizione: mentre l'Assemblea costituente era segnata dalla presenza di un partito preponderante, seppur non maggioritario (la formazione islamista *Ennadha*) e da una pluralità di forze di piccole dimensioni, il Parlamento eletto nel 2014 è dominato da due grandi partiti (*Nidaa Tunes* e lo stesso *Ennadha*), anche se nessuno di essi controlla la maggioranza dei seggi. Sembra dunque delinearsi uno scenario che si potrebbe definire di «pluralismo polarizzato», nel quale ciascuna delle due forze politiche principali dovrà cercare il sostegno di forze minori o dovrà fare ricorso ad una «grande coalizione» per formare un governo sostenuto da una maggioranza parlamentare.

3. *Il potere legislativo: l'Assemblea rappresentativa del popolo.* – La Costituzione del 2014, conformemente alla tradizione costituzionale tunisina⁵, ha op-

dalla Costituzione del 1959, ma anche della *Verfassungswirklichkeit*, vale a dire da un lato dalla prassi del periodo «fondativo» degli anni 1957-59 e dall'altro del dominio del partito unico o dominante, il *Neo-Destur* (poi Partito Socialista Desturiano), su tutte le strutture della Tunisia indipendente: in questo senso v. W. RATHER, *Die Verfassungsentwicklung und Verfassungswirklichkeit Tunesiens (1955-1990)*, in *Jahrbuch des öff. Rechts*, 39 (1990), 573-574. Sulla Costituzione del 1959 si v. altresì V. SILVERA, *Le régime constitutionnel de la Tunisie. La Constitution du 1^{er} juin 1959*, in *Rev. Fr. Sc. Pol.*, 10:2 (1960), 366-394; J.C. DEBBASCH, *La République Tunisienne*, Paris 1962; M. DARNAS PELAEZ, *Constitución de Túnez promulgada el 1^o de junio de 1959*, in *Revista de las Cortes Generales*, 64 (2005), 339-378 e M. OLIVIERO, *Il costituzionalismo dei Paesi arabi*, Milano 2002, 139 ss.

⁵ Si v. gli art. 18 e seguenti della Costituzione tunisina del 1959.

tato per un Parlamento monocamerale, denominato «Assemblea dei rappresentanti del Popolo» (ARP)⁶. Il breve esperimento del bicameralismo, introdotto in Tunisia dalla legge costituzionale del 1° giugno 2002, che istituì la *Chambre des Conseillers*, composta di 126 membri – eletta per la prima volta nel 2005 e sciolta dal decreto presidenziale del 23 marzo 2011 – è stato dunque abbandonato nella nuova Carta costituzionale.

La Costituzione non ha stabilito il numero dei membri dell'Assemblea, che del resto non era stato determinato né dalla Costituzione del 1959, né dalle due leggi sull'organizzazione provvisoria dei pubblici poteri del marzo e del dicembre 2011⁷ e neppure dalla legge elettorale del 2014, ma che è tradizionalmente fissato a 217 deputati.

L'Assemblea è eletta a suffragio universale per un mandato di cinque anni (art. 56 CT), salvo scioglimento anticipato nei casi stabiliti dalla Costituzione e salvo proroga mediante legge «per una ragione di immediato pericolo» (art. 56.2 CT). La Costituzione non ha definito neppure le caratteristiche di fondo del sistema elettorale, anche se essa ha posto dei principi che potrebbero essere utilizzati dalla giurisprudenza come base per imporre un sistema di tipo proporzionale: l'art. 55 CT stabilisce che l'Assemblea è eletta a suffragio «universale, libero, diretto e segreto, integro e trasparente».

La legge elettorale del 2014⁸ ha previsto un sistema proporzionale, con riparto dei seggi su base circoscrizionale. Il sistema elettorale è estremamente aperto per ciò che concerne la presentazione delle liste elettorali, per la quale non è richiesto alcun numero minimo di firme di elettori. La legge ha invece previsto una complessa procedura per il controllo giurisdizionale sulle candidature e sui risultati delle elezioni. Il sistema proporzionale – già adottato per l'elezione dell'Assemblea costituente del 2011 – è la principale novità relativa al potere legislativo rispetto alla storia tunisina anteriore, nella quale il sistema elettorale maggioritario di lista aveva consentito dal 1956 al 2011 il monopolio di un solo partito o coalizione di partiti sul Parlamento, svuotandone così la funzione di organo rappresentativo della pluralità delle correnti politiche presenti nella società tunisina.

Secondo l'art. 57 CT, l'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo si riunisce in una sessione ordinaria, che ha inizio nel mese di ottobre e si conclude nel

⁶ In precedenza il Parlamento tunisino era stato denominato Assemblea nazionale (1959-1981) e poi Camera dei deputati (1981-2011).

⁷ Si v. il Decreto legge n. 2011-14 del 23 marzo 2011, recante organizzazione provvisoria dei poteri pubblici e la Legge costituzionale n. 2011-6 del 16 dicembre 2011, recante organizzazione provvisoria dei poteri pubblici. Sulla transizione costituzionale tunisina e sulle tre tappe in cui essa si è articolata v. R. BEN ACHOUR, S. BEN ACHOUR, *La transition démocratique en Tunisie: entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 92 (2012), 715-732. Sulla caduta del regime autoritario v. P. SCHRAEDER, H. REDISSI, *Ben Ali's fall*, in *Journal of Democracy*, 22 (2011), 5-19.

⁸ Legge organica n. 2014-16 del 26 maggio 2014.

mezzo di luglio. Si tratta dunque di un periodo di sessione che pare sufficiente ad assicurare che l'Assemblea sia un organo che lavora in maniera continua e la cui attività non è confinata in periodi troppo limitati, come accadeva nell'esperienza della Quinta Repubblica francese fino al 1995. L'Assemblea può inoltre riunirsi in sessione straordinaria, nel periodo di vacanza, e in sessione eccezionale all'inizio della legislatura «fino al voto di fiducia al governo».

L'art. 60 CT riconosce un ruolo formale all'opposizione parlamentare, cui sono attribuite la presidenza della Commissione finanze e il ruolo di relatore della Commissione delle relazioni esterne. L'opposizione ha altresì il diritto di ottenere la convocazione di una Commissione di inchiesta ogni anno⁹.

All'ARP sono riconosciute funzioni legislative, di indirizzo politico e di controllo parlamentare. Le funzioni legislative sono esercitate mediante la legge organica (approvata a maggioranza assoluta) e mediante la legge ordinaria (approvata a maggioranza semplice), ciascuna delle quali è competente in un elenco di materie enumerato nell'art. 65 CT, mentre le materie che non rientrano nel *domain de la loi*, sono riservate alla potestà regolamentare¹⁰. Il ricorso ai decreti-legge e alla delegazione legislativa è circoscritto in maniera rigorosa: i decreti-legge possono essere adottati (dal Presidente della Repubblica con l'accordo del Capo del Governo) solo quando l'ARP è sciolta e sono poi sottoposti alla ratifica dell'ARP neo-eletta. L'Assemblea può delegare al Capo del Governo l'esercizio della potestà legislativa per un periodo non superiore a due mesi e per motivi determinati, ma i decreti aventi valore di legge adottati in tal modo sono poi sottoposti a convalida con legge¹¹.

4. *Il dualismo del potere esecutivo.* – La principale caratteristica del sistema di governo previsto dalla nuova Costituzione tunisina è il dualismo del potere esecutivo, che risulta chiaramente dall'art. 71 CT, secondo il quale «il potere

⁹ Giudicava insufficiente lo statuto dell'opposizione previsto nella bozza di Costituzione del 1° luglio 2013 A. CANEPA, *Alcune considerazioni sulla bozza di Costituzione tunisina del 1° giugno 2013*, in G. D'IGNAZIO, N. FIORITA, S. GAMBINO (a cura di), *Transizioni e democrazia nei Paesi del Mediterraneo e del vicino Oriente*, Cosenza 2014, 49.

Si noti che l'opposizione è individuata dalla Costituzione *per differentia* rispetto alla maggioranza esistente in Parlamento, dalla quale deriva il Governo e che da ciò potrebbe desumersi un'indicazione in favore della natura tendenzialmente parlamentare del regime politico tunisino. Poiché, tuttavia, la CT riconosce al Presidente della Repubblica, eletto a suffragio universale, importanti poteri di direzione politica, oltre alle funzioni di rappresentanza dell'unità nazionale e di garanzia della Costituzione, e poiché non è escluso che il Presidente sia espressione di un partito diverso da quello che controlla la maggioranza parlamentare, non si può escludere che le funzioni dell'opposizione possano essere utilizzate dal partito da cui proviene il Presidente della Repubblica.

¹⁰ L'individuazione del *domain de la loi* nell'esperienza tunisina risale alla riforma costituzionale del 1976, che recepì in parte la logica del riparto tra legge e regolamento prevista nella Costituzione francese del 1978: così A. MESTRE, *La signification de la révision constitutionnelle du 8 avril 1976 en Tunisie*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse 1978, 833.

¹¹ Anche questa procedura ha un precedente nell'art. 28.3 della Costituzione del 1959.

esecutivo è esercitato dal Presidente della Repubblica e da un governo presieduto da un Capo del Governo». Il cambiamento rispetto all'art. 38 della Costituzione del 1959, che attribuiva al Presidente della Repubblica la titolarità indivisa del potere esecutivo¹², è netto: gli art. 72 e 91 CT precisano in effetti i diversi ruoli attribuiti alle due «teste» del potere esecutivo, stabilendo, rispettivamente, che «il Presidente della Repubblica è Capo dello Stato, simbolo della sua unità, garantisce la sua indipendenza e la sua continuità» e che «il Capo del Governo determina la politica generale dello Stato».

Tuttavia i due ruoli, per quanto distinti, sono comunque intrecciati, in quanto la Costituzione tunisina prevede, oltre alla distinzione – tradizionale nei regimi parlamentari – fra il Capo dello Stato ed il Governo (e, all'interno di quest'ultimo, il Capo del Governo), anche una complessa articolazione delle funzioni spettanti al potere esecutivo, il quale è effettivamente costruito in forma bicefala¹³, con la finalità di creare un sistema di «checks and balances» all'interno stesso del potere esecutivo, simile a quella che in molte costituzioni è prevista all'interno di un potere legislativo bicamerale, fra le due Camere.

4.1. Il Presidente della Repubblica. – La ricostruzione della presidenza della Repubblica come un centro di potere autonomo è forse la differenza principale fra la forma di governo prevista dalla legge costituzionale del dicembre 2011 sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici e la Costituzione del 2014: quest'ultima si colloca infatti in un certo qual modo a metà strada fra il presidenzialismo tradizionale della politica tunisina e il regime di impianto più chiaramente parlamentare introdotto dall'Assemblea Costituente dopo le elezioni del 2011. La scelta di fondo che segna questa innovazione è la reintroduzione dell'elezione popolare del Presidente della Repubblica.

¹² Il testo originario della Costituzione del 1959 non prevedeva l'ufficio di Primo Ministro, che venne introdotto – inizialmente con legge ordinaria n. 69-400 del 7.11.1969 e poi con una revisione costituzionale, adottata con legge n. 69-63 del 31.12.1969 – soprattutto per disciplinare la successione alla Presidenza. Si v. al riguardo N. CAMAU, *L'évolution du droit constitutionnel en Tunisie depuis 1955*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 20 (1971), 354 e M. LADHARI, *La révision de l'article 51 de la constitution tunisienne du 1^{er} Juin 1959*, in *RT.D.*, 1969-70, 111. Il ruolo del Primo Ministro venne poi incisivamente modificato dalle riforme costituzionali del 1975 e del 1976, la seconda delle quali introdusse i primi elementi di dualismo dell'esecutivo (così W. RATHER, *Die Verfassungsentwicklung Tunesiens*, cit., 579, che parla di «Zweigleisigkeit der Exekutivgewalt») e del 1988. Secondo A. MESTRE, *La signification*, cit., 837 la riforma del 1976 avrebbe dato origine ad un «régime parlementaire rationalisé», ma a noi questa lettura non pare condivisibile, atteso che il regime parlamentare ci sembra sussistere solo laddove il governo derivi dalla maggioranza parlamentare, dato di certo non presente nella Tunisia dell'era Bourghiba. Piuttosto, si può evidenziare l'utilizzazione delle tecniche del parlamentarismo razionalizzato, che si registra anche in regime politici presidenziali o semipresidenziali.

¹³ Sottolinea il bicefalismo dell'Esecutivo anche A. CANEPA, *Alcune considerazioni*, cit., 51-52, evidenziando che la disciplina costituzionale tunisina razionalizza la prassi costituzionale francese. Del resto già M. DUVERGER, *La nozione di regime «semi-presidenziale» e l'esperienza francese*, in *Quad. Cost.*, 1983, n. 2, 260 notava che «il dualismo penetra fino in seno all'Esecutivo».

Il Presidente della Repubblica è dunque eletto a suffragio universale per un mandato di cinque anni e può essere rieletto solo una volta. La limitazione della rielezione è finalizzata ad evitare la perpetuazione del potere ed è evidentemente una reazione al passato¹⁴. Un segno della sua rilevanza strategica e simbolica è la disposizione secondo la quale il limite alla rielezione non può essere oggetto di revisione costituzionale¹⁵.

La Costituzione tunisina regola il procedimento per l'elezione del Presidente, che è poi specificato dalla legge elettorale. Essa disciplina altresì i poteri del Presidente e offre alcune importanti indicazioni per definirne la posizione nel sistema costituzionale.

Le condizioni di eleggibilità alla carica di Presidente della Repubblica stabilite dalla Costituzione sono cinque:

- a) la nazionalità tunisina per nascita;
- b) la rinuncia a ogni altra ulteriore nazionalità, qualora essa fosse posseduta al momento della candidatura;
- c) l'età minima di 35 anni;
- d) l'appartenenza alla confessione religiosa musulmana¹⁶;
- e) il requisito negativo di non essere già stato eletto due volte alla presidenza della Repubblica (art. 74 CT)¹⁷.

Inoltre l'art. 74.3 CT condiziona la presentazione della candidatura ad una dichiarazione di sostegno ad essa – secondo il modello francese del «parrainage» – che deve essere presentata da uno fra tre gruppi diversi di soggetti: a) un certo numero di membri dell'Assemblea dei rappresentanti del popolo; b) un certo numero di Presidenti di collettività locali; c) un certo numero di elettori iscritti. L'art. 41 della legge organica sulle elezioni ed i referendum ha stabilito tali nu-

¹⁴ Vigente la Costituzione del 1959, la perpetuazione della presidenza aveva raggiunto lo *zenit* con la riforma costituzionale del 1975, che aveva riconosciuto Habib Bourghiba come Presidente a vita (art. 40). Ma prima del 1975, e poi di nuovo dopo la successione di Ben Ali a Bourghiba nel 1987, la perpetuazione si era fondata sulla rielezione del Presidente per un numero illimitato di mandati, con maggioranze superiori al 90 per cento dei votanti. Infatti, se la riforma costituzionale del 1988 aveva soppresso dalla Costituzione il riferimento alla presidenza a vita ed aveva introdotto un limite di due mandati nell'art. 89.2, tale limite venne poi soppresso con una revisione costituzionale successiva.

¹⁵ Secondo C.-E. SÉNAC, *Les limites au pouvoir de révision de la nouvelle Constitution tunisienne*, en *Revue Générale du Droit*, mars 2014, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/03/09/les-limites-au-pouvoir-de-revision-de-la-nouvelle-constitution-tunisienne/#.VFayvlfx7Mw>, il limite alla revisione concerne non solo il numero dei due mandati, ma anche la durata massima di cinque anni di ciascun mandato.

¹⁶ Sulla ricorrenza di questo requisito per il Capo dello Stato nelle costituzioni del Maghreb v. T. LE ROY, *Le constitutionnalisme: quelle réalité dans les pays du Maghreb?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 79 (2009:3), 543-556. Esso era già previsto nell'art. 37.2 della Costituzione del 1959.

¹⁷ Le prime quattro condizioni erano già previste dall'art. 9 della legge costituzionale n. 2011-6 sull'organizzazione provvisoria dei pubblici poteri, con la differenza che non era necessario il possesso della cittadinanza tunisina «per nascita».

meri rispettivamente in 10 deputati, 40 Presidenti di collettività locali e 10.000 elettori (a condizione che il loro numero non sia inferiore a 500 per circoscrizione)¹⁸.

L'elezione si svolge in due turni. Al primo turno un candidato è eletto se ottiene la maggioranza assoluta dei voti validamente espressi (non è richiesto un tasso minimo di partecipazione al voto). Qualora nessun candidato ottenga la maggioranza assoluta al primo turno, nelle due settimane successive all'annuncio dei risultati definitivi del primo turno, verrà organizzato un turno di ballottaggio fra i due candidati che abbiano ottenuto il maggior numero di voti al primo turno. Secondo l'art. 75.3 CT, in caso di decesso di uno dei candidati al momento del primo turno o di uno dei candidati ammessi al secondo turno, la procedura elettorale è interrotta e riprende entro 45 giorni.

La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica è definita in due modi: da un lato gli è riconosciuta la qualità di Capo dello Stato, nonché di «simbolo della sua unità», ed il compito di rappresentare lo Stato (art. 77 CT) e di garantirne la continuità e l'indipendenza (art. 72 CT); d'altro lato, la Costituzione, definendo i poteri del Presidente, sembra escludere che questi possa operare come capo del potere esecutivo, sia direttamente, sia indirettamente (attraverso il Capo del Governo, come accade nella pratica costituzionale francese).

Le attribuzioni del Capo dello Stato possono essere raggruppate in quattro tipologie.

4.1.1. Le attribuzioni che sviluppano il ruolo di Capo dello Stato e di garante del funzionamento della Costituzione. – Le attribuzioni del Presidente tunisino che sviluppano il suo ruolo di Capo dello Stato sono l'alto comando delle forze armate ed i poteri di dichiarare la guerra e di concludere la pace, di ratificare i trattati e di ordinarne la pubblicazione, di conferire le decorazioni, di concedere la grazia e di sciogliere anticipatamente l'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo (art. 77.2 CT).

A questa prima categoria di poteri devono essere ricondotti anche il potere di inviare messaggi all'ARP (art. 79 CT) e alcune attribuzioni presidenziali nel quadro del procedimento di formazione della legge: il potere di promulgare le leggi e quello di rinviare un progetto di legge all'Assemblea dei rappresentanti del Popolo per una seconda deliberazione.

Tuttavia, il veto sospensivo del Presidente si presta ad usi e a letture diverse. Esso, infatti, sembrerebbe orientato a finalità di garanzia costituzionale (una garanzia preventiva, che si affiancherebbe a quella successiva, affidata alla Corte costituzionale), ma non se ne può escludere un uso che consentirebbe al Presidente di partecipare alla direzione della politica nazionale, anche considerato

¹⁸ Si v. anche la IV disposizione transitoria della Costituzione per l'applicazione di questa regola alla prima elezione presidenziale successiva all'entrata in vigore della Costituzione del 2014.

che il Presidente dispone altresì di un altro importante potere di impulso rispetto al potere legislativo, vale a dire dell'iniziativa legislativa (art. 62 CT)¹⁹. In ogni caso, il veto sospensivo sulle leggi può essere superato dall'ARP con una nuova deliberazione, adottata a maggioranza assoluta per i progetti di legge ordinaria e a maggioranza dei tre quinti per i progetti di legge organica (art. 82 CT)²⁰; in entrambi i casi si tratta di maggioranze superiori rispetto a quelle ordinariamente richieste per l'adozione di tali atti da parte dell'ARP (maggioranza semplice per le leggi ordinarie e maggioranza assoluta per le leggi organiche).

Inoltre, in casi eccezionali (ma la cui eccezionalità può essere verosimilmente valutata solo dallo stesso Presidente), il Capo dello Stato può sottoporre a referendum i progetti di legge approvati dall'ARP, anche se questa facoltà è limitata ai progetti di legge relativi all'approvazione dei trattati internazionali o ai diritti dell'uomo e alle libertà. Si tratta di un referendum «oppositivo», nel quale il voto popolare non può in nessun caso sostituire la volontà dell'Assemblea nazionale per l'approvazione della legge, ma può invece bloccarla: attraverso questo potere è riconosciuto al Presidente il potere di fare appello al popolo contro la volontà del Parlamento²¹.

4.1.2. I poteri di direzione politica. – Alcune attribuzioni del Presidente della Repubblica sono strumentali all'esercizio di una funzione di indirizzo politico.

In primo luogo vanno menzionati i poteri nell'ambito della politica estera, della difesa e della sicurezza nazionale, dunque in campi nei quali è più probabile che possano essere in gioco la continuità e l'indipendenza dello Stato (che è compito del Presidente garantire). Già l'art. 11 della legge cost. n. 2011-6 aveva stabilito che «la politica estera dello Stato è definita in concertazione e in accordo fra il Presidente della Repubblica e il Capo del Governo», ma essa non aveva tratto conseguenze specifiche da questa affermazione di principio. La Costituzione del 2014, invece, lo ha fatto: il potere presidenziale di nomina degli alti funzionari della difesa, della sicurezza nazionale e della diplomazia deve in effetti essere inquadrato nel ruolo assai peculiare che la Costituzione riconosce al Presidente della Repubblica nei campi della difesa, delle relazioni esterne e della sicurezza nazionale (nei quali secondo l'art. 77.1 CT egli è competente a «definire le politiche generali») e da cui derivano anche il potere di concertare con il Capo del Governo la scelta dei ministri degli affari esteri e della difesa (art. 89 CT) e il diritto di essere consultato dal Capo del Governo in caso di loro revoca (art. 92.3 CT), oltre che la prerogativa di presiedere il Consiglio dei ministri

¹⁹ ... già prevista nell'art. 28 della Costituzione del 1959.

²⁰ L'art. 44.2 della Costituzione del 1959 stabiliva invece che il veto presidenziale poteva essere superato dal Parlamento solo a maggioranza dei due terzi.

²¹ E dunque verosimilmente anche la possibilità di contrapporsi alle scelte politiche del governo sostenuto dalla maggioranza parlamentare, come nota A. CANEPA, *Alcune considerazioni*, cit., 54.

quando questo discute di questioni relative alle materie ora citate²². Il tentativo di definire il ruolo del Presidente della Repubblica tunisina in questi settori ricorda sia la prassi costituzionale francese nei periodi di coabitazione, sia la disciplina contenuta nella «piccola» Costituzione polacca del 1992.

In secondo luogo, spettano al Presidente alcuni poteri di impulso e freno che, pur non sembrando da soli sufficienti ad assicurargli la supremazia sul circuito governo-maggioranza parlamentare, potrebbero permettergli, nel loro insieme, di svolgere una funzione di indirizzo politico anche al di fuori delle sfere della politica estera e della difesa: si pensi ai poteri del Presidente nel procedimento legislativo, come l'iniziativa, il veto sospensivo e la facoltà di convocare un referendum. Anche il potere del Presidente della Repubblica di chiedere all'ARP di procedere ad un voto di fiducia al governo²³ consente una interferenza presidenziale nel circuito maggioranza parlamentare/governo e potrebbe prestarsi a interpretazioni «presidenzialiste».

4.1.3. I poteri di nomina. – Al Presidente della Repubblica è riconosciuto il potere di nominare il Capo del Governo (ma solo dopo il voto di fiducia dell'ARP²⁴), il *Mufti* della Repubblica di Tunisia; gli alti funzionari pubblici presso la Presidenza della Repubblica; il governatore della Banca Centrale, dopo l'approvazione della candidatura da parte dell'ARP; quattro dei dodici giudici della Corte costituzionale (art. 118.1 CT). Egli è inoltre competente a nominare e revocare gli alti funzionari statali nei campi della difesa, della sicurezza nazionale e della diplomazia, previa consultazione del Capo del Governo.

Il Presidente non ha invece alcun potere di designazione, né di nomina per i componenti delle autorità indipendenti.

4.1.4. I poteri nelle situazioni di emergenza. – L'art. 80 CT, il cui tenore ricorda l'art. 48 della Costituzione tedesca del 1919 e l'art. 16 della Costituzione francese del 1958 (che aveva già influito sull'art. 32 della Costituzione tunisina del 1959), riconosce al Presidente della Repubblica il potere di «di prendere le misure necessarie» nei casi di «pericolo imminente che minacci le istituzioni della nazione e la sicurezza e l'indipendenza del Paese e impedisca il funzionamento regolare dei poteri pubblici».

Il contenuto di tali misure eccezionali non è precisato dalla Costituzione tunisina, che si limita a individuarne le finalità («garantire il ritorno nel più breve tempo possibile a un funzionamento regolare dei poteri pubblici») e a stabilire dei limiti di carattere procedimentale: da un lato, l'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo «è considerata in riunione permanente»; dall'altro, 30 giorni

²² Si v. *infra* nr. 4.3.

²³ Art. 99.2 CT; si v. *infra* nr. 5.2.

²⁴ Si v. *infra* nr. 4.2.1.

dopo l'entrata in vigore delle misure eccezionali la Corte costituzionale «è adita al fine di verificare se la situazione eccezionale persiste»²⁵.

A differenza di quanto era previsto dall'art. 11, n. 7 della legge cost. n. 2011-6 sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici, secondo la quale il Presidente poteva fare ricorso a misure eccezionali con l'accordo o la non opposizione del Capo del Governo, l'art. 80 CT non prevede l'obbligo del Presidente di ottenere il consenso del Capo del Governo (e neppure quello di consultarlo) prima di adottare le misure eccezionali. Il Presidente è tenuto solo ad annunciare le misure in un comunicato al popolo e ad indirizzare ad esso un altro messaggio alla fine del periodo di emergenza.

Poteri di emergenza su scala minore sono poi quelli che il Presidente della Repubblica può esercitare, ad Assemblea sciolta, adottando decreti-legge con l'accordo del Capo del Governo (art. 70 CT)²⁶. Tali atti sono poi soggetti a convalida da parte dell'ARP neo-eletta.

4.2. Il Governo e il suo Capo. – Il Governo è composto dal Capo del Governo, dai ministri e dai Segretari di Stato. Il Capo del Governo è nominato dal Presidente della Repubblica, al termine del procedimento per la formazione del governo.

4.2.1. La formazione del Governo. – L'art. 89 CT disciplina nel dettaglio il procedimento per la formazione del governo, distinguendo più ipotesi, a seconda che si tratti di formare il primo governo all'inizio della legislatura o di costituire un nuovo esecutivo nel corso di essa. Le fasi del procedimento che in altri sistemi costituzionali sono lasciate a regole non scritte e talora non giuridicamente vincolanti (come accade fra l'altro nella Costituzione italiana) sono qui oggetto di disposizioni scritte e verosimilmente giustiziabili.

A) Il procedimento ha inizio dopo la proclamazione dei risultati delle elezioni dell'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo, in seguito alla quale, entro un termine di 7 giorni, il Presidente della Repubblica deve incaricare della formazione del governo un candidato designato dal partito politico che abbia ottenuto il maggior numero di seggi nelle elezioni legislative. L'art. 89 CT si spinge a precisare che, se vi sono due partiti che hanno lo stesso numero di deputati, il Presidente dovrà designare il candidato del partito che abbia ottenuto il maggior numero di voti. Un obbligo formale per il Presidente della Repubblica di incaricare della formazione del governo un candidato indicato da un partito po-

²⁵ Questa limitazione sembra ispirata alla riforma dell'art. 16 della Costituzione francese adottata nel 2008.

²⁶ Si veda *supra* nr. 3. Un potere simile era già previsto dalla Costituzione del 1959 (art. 31), in forma più estesa, in quanto il Presidente poteva adottare decreti-legge, con l'accordo delle commissioni parlamentari competenti, quando l'Assemblea non fosse in sessione. Le riforme costituzionali del 1965 e del 1967 avevano poi prolungato il periodo delle sessioni.

litico individuato sulla base della Costituzione secondo un criterio ben preciso non è molto frequente nelle disposizioni delle costituzioni contemporanee relative alla formazione del governo nei regimi parlamentari. Tuttavia questa regola trova un precedente nell'art. 37.2 della Costituzione greca del 1975.

Il Capo del governo designato dal Presidente della Repubblica dispone di un mese per formare un governo e tale termine può essere prorogato (verosimilmente dal Presidente stesso²⁷) una sola volta. Entro questo termine, il Capo del Governo designato deve presentare al Parlamento il suo governo: non si tratta ancora di un governo in funzione, bensì solo di un elenco di ministri designati e non ancora nominati. Nel suo tentativo di formare il governo, il Capo del Governo è completamente autonomo dal Capo dello Stato nella scelta dei *partners* della sua coalizione, nella definizione del programma e nell'individuazione dei futuri ministri (salvo quelli degli esteri e della difesa, come si è visto).

Il Capo del Governo designato è tenuto a presentarsi davanti all'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo, facendo una breve esposizione del suo programma e deve ottenerne la fiducia a maggioranza assoluta²⁸. Solo a questo punto il Presidente della Repubblica esercita il suo potere di nominare il Capo del Governo e gli altri membri del Governo²⁹ (che è al tempo stesso un dovere, in quanto il Presidente è tenuto a nominare le persone scelte dal Capo del Governo, su cui l'Assemblea ha espresso la sua fiducia) ed i ministri prestano il giuramento previsto dalla Costituzione.

B) L'art. 89 CT disciplina altresì le conseguenze della rinuncia a formare il governo da parte del Capo del Governo designato in prima istanza o del mancato conseguimento della fiducia dell'ARP. In entrambi i casi, il Presidente della Repubblica consulta entro dieci giorni i partiti politici e designa un nuovo Capo del Governo. In questa circostanza, il Presidente è libero di scegliere la personalità che, a suo avviso, è «la più adatta a formare il governo» e non è vincolato a designare una personalità di partito, né un candidato designato dal primo o dal secondo partito rappresentato in Parlamento.

La formulazione utilizzata dalla Costituzione lascia supporre che neppure in questo caso il Presidente sia libero di scegliere una personalità di sua fiducia (il «suo» Primo Ministro), in quanto altrimenti non si spiegherebbe né l'obbligo – espressamente previsto – di consultare i partiti, né il vincolo a designare un

²⁷ Non è chiaro se il Presidente sia obbligato ad accordare una proroga del mandato al Capo del governo designato che lo richieda o se esso abbia dei margini di discrezionalità nella valutazione di una simile richiesta.

²⁸ La fiducia è concessa al governo e non solo al suo capo (come invece prevedevano o prevedono l'art. 45 della Costituzione francese del 1946, l'art. 62 della Legge fondamentale di Bonn e l'art. 99 della Costituzione spagnola del 1978). Se la Costituzione francese del 1946 parlava di un voto di fiducia al Presidente del Consiglio, la Legge fondamentale di Bonn e la Costituzione spagnola prevedono una elezione (del Cancelliere federale e del Presidente del Governo) e non un voto di fiducia.

²⁹ La stessa soluzione è adottata ad es. dall'art. 92.5 della Costituzione della Lituania.

Capo del Governo che possa ottenere la fiducia dell'ARP.³⁰ Il Presidente, tuttavia, non è nemmeno vincolato ad una scelta predeterminata in base a criteri oggettivi (come nel caso del primo incarico di formare il governo dopo la proclamazione del risultato delle elezioni): egli dispone di un margine di discrezionalità che dovrà esercitare al fine di nominare un Capo del Governo che possa ottenere la fiducia del Parlamento e, all'interno di questo margine, ha facoltà di scegliere la personalità che gli sembri la più adatta³¹.

Il nuovo Capo del Governo designato ha anch'egli a disposizione un mese per formare il governo, secondo le regole prima illustrate. Inoltre è previsto un termine generale di quattro mesi a decorrere dalla prima designazione per la formazione del Governo: se questa non è possibile entro tale termine, il Presidente deve sciogliere l'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo appena eletta (si tratta di un esempio di ciò che nella letteratura anglosassone sui regimi parlamentari si suole definire «early dissolution»)³² e convocare nuove elezioni.

C) La Costituzione si occupa anche di regolare la formazione del governo durante la legislatura e prevede altri due casi di nomina del Capo del Governo.

Il primo segue alle dimissioni o alla morte del Capo de Governo o al mancato rinnovo della fiducia al Governo (sia che la fiducia sia stata richiesta su iniziativa del Capo del Governo³³, sia che essa sia stata chiesta su iniziativa del Presidente della Repubblica³⁴). In tali casi, il Presidente non è obbligato a designare come Capo del Governo il candidato del partito che abbia il maggior numero di seggi nell'ARP, ma può e deve scegliere la personalità che – a suo avviso – è la più adatta a formare il nuovo governo.

Il secondo fa seguito all'approvazione di una mozione di sfiducia costruttiva (art. 98 CT)³⁵. In questa circostanza, il Presidente non ha alcuna scelta nella designazione del nuovo Capo del Governo. Il candidato indicato nella mozione è infatti direttamente incaricato – per scelta parlamentare e non presidenziale – di

³⁰ Vi è qui una netta differenza con la pratica della V Repubblica francese, nella quale il Presidente della Repubblica può scegliere liberamente il Primo Ministro, il quale non è tenuto ad ottenere la fiducia iniziale dell'Assemblea Nazionale: il Capo dello Stato vede dunque limitato il suo potere di scelta solo in presenza di una maggioranza a lui alternativa nell'Assemblea (i c.d. casi di «coabitazione»).

³¹ Appare dubbio che vi sia qui un criterio il cui rispetto possa essere sindacato davanti alla Corte costituzionale in un conflitto di competenza.

³² Per due esempi di «early dissolution» si possono citare quelli verificatisi nelle allora colonie britanniche di Prince Edward Island e di Terranova rispettivamente nel 1859 e nel 1908-09. Un caso recente di «early dissolution» si è verificato in Grecia nel 2012, mentre la prassi britannica offre alcuni esempi di scioglimenti della Camera dei Comuni a breve distanza dalle elezioni precedenti: quello del 1910, quello del 1923 e quello del 1974.

Per alcuni esempi di procedimenti per lo scioglimento di un Parlamento appena eletto in alcune Costituzioni europee si v. l'art. 63.4 della Legge fondamentale di Bonn del 1949 e l'art. 99.5 della Costituzione spagnola del 1978.

³³ Art. 98 CT: v. nr. 5.1.

³⁴ Art. 99 CT: v. nr. 5.2.

³⁵ Cf. *infra* nr. 5.3.

formare il governo. Il Presidente può rientrare in gioco solo qualora tale candidato rinunci a formare il governo o non ottenga la fiducia dell'ARP.

4.2.2. *La nomina dei ministri.* – Il Capo del Governo sceglie autonomamente i ministri e i segretari di Stato (art. 89 CT) ed è competente a revocarli e ad accettarne le dimissioni (art. 92.2 CT): in tali atti non è prevista alcuna partecipazione formale del Presidente della Repubblica³⁶ (come accade di solito nei regimi parlamentari³⁷ o parzialmente parlamentari³⁸). Ma se la regola generale è l'esclusione del Presidente dalla procedura di nomina e revoca dei ministri, vi è una importante eccezione: quella che concerne i ministri degli affari esteri e della difesa, la cui scelta deve essere fatta dal Capo del Governo «di concerto con il Presidente della Repubblica» (art. 89 CT), mentre la revoca e l'accettazione delle dimissioni di questi due ministri può essere decisa dal Capo del Governo solo dopo «consultazione del Presidente della Repubblica».

Il controllo più significativo sulle scelte del Capo del Governo in materia di composizione del Governo non è dunque rappresentato dalla partecipazione del Presidente, ma dal voto di fiducia preventiva dell'ARP, che deve essere accordato *prima* che il Capo del Governo e i ministri siano nominati. Si potrebbe vedere in questo profilo un elemento di governo d'assemblea, che peraltro non è molto pronunciato, in quanto l'ARP non vota su ciascun ministro, ma solo sulla composizione del Governo nel suo insieme.

4.3. *I poteri del Governo.* – La definizione di «Capo del Governo» in luogo di quelle di Primo Ministro o di Presidente del Consiglio, utilizzate più di sovente nel diritto comparato, corrisponde a un ruolo di chiara primazia del Capo del Governo rispetto agli altri membri del potere esecutivo: non solo il Capo del Governo nomina e revoca i ministri, ma è competente per creare, modificare e sopprimere i ministeri e i segretariati di Stato, senza che sia necessario un intervento della legge (art. 92 CT). Non è chiaro se gli atti normativi necessari a creare, modificare e sopprimere un ministero richiedano una deliberazione preventiva del Consiglio dei Ministri.

Secondo l'art. 94, il Capo del Governo «esercita la potestà regolamentare generale e adotta i decreti a carattere individuale che esso firma previa deliberazione del Consiglio dei Ministri». Non è dunque chiaro se la deliberazione del Consiglio dei ministri sia necessaria per gli atti che sono di competenza del Capo del Governo secondo l'art. 92 CT e che verosimilmente devono essere adottati in forma regolamentare.

³⁶ Per questa soluzione si v. anche l'art. 108 della Costituzione della Bulgaria.

³⁷ Si v. l'art. 92 della Costituzione italiana, l'art. 64.1 della Legge fondamentale di Bonn, l'art. 100 della Costituzione spagnola e l'art. 68.2 della Costituzione della Repubblica Ceca del 1992.

³⁸ Art. 8.2 della Costituzione francese e art. 70 della Costituzione austriaca.

Una limitazione del potere del Capo del Governo all'interno dell'Esecutivo è rappresentata dalla necessità che i decreti di carattere regolamentare da esso adottati siano «controfirmati dal Ministro interessato» (art. 94.1 CT): la controfirma ministeriale, scomparsa dal «luogo» in cui aveva avuto origine nella storia delle monarchie parlamentari europee – la relazione fra il Capo dello Stato ed i ministri – fa la sua riapparizione nel quadro dei rapporti fra il Capo del Governo ed i suoi ministri, ove sembra conservare le sue funzioni di certificazione dell'atto e di limitazione del potere personale.

Il Capo del Governo veglia altresì sull'esecuzione delle leggi e dirige l'amministrazione pubblica: quest'ultima, pertanto, non dipende da ciascun ministro di settore, ma direttamente dal Capo del Governo, che può (ma non deve) delegare i suoi poteri a uno dei ministri. Si tratta di un elemento di natura piuttosto presidenziale che parlamentare, o, per utilizzare una formula nota alla scienza politica contemporanea, di una forma di «presidenzializzazione» della politica che opera a vantaggio del Capo del Governo³⁹.

4.4. *La presidenza del Consiglio dei Ministri.* – Alcuni elementi di incertezza sul ruolo del Capo del Governo all'interno dell'Esecutivo sembrano piuttosto derivare dal ruolo del Capo dello Stato nella presidenza del Consiglio dei ministri.

Da un lato, infatti, l'art. 93 CT individua il soggetto che presiede il Consiglio («Il Capo del Governo presiede il Consiglio dei Ministri»)⁴⁰ e quello cui spetta il potere di convocazione e di fissazione dell'ordine del giorno, che sono anch'essi di competenza del Capo del Governo. Ma la regola generale sulla presidenza del Consiglio incontra alcune eccezioni, in quanto la stessa Costituzione precisa che il Presidente della Repubblica «presiede obbligatoriamente il Consiglio dei Ministri nei campi della difesa, delle relazioni esterne, della sicurezza nazionale relativa alla protezione dello Stato e del territorio nazionale dalle minacce interne ed esterne» e che egli può «assistere» alle altre riunioni del Consiglio e, in tal caso, lo presiede. L'eccezione alla regola della presidenza del Consiglio dei ministri da parte del Capo del Governo è dunque piuttosto ampia, in quanto se l'ipotesi della presidenza obbligatoria del Capo dello Stato può essere delimitata secondo un criterio materiale, il Presidente può decidere di assistere alle riunioni del Consiglio anche quando questo non si occupa di politica estera, di difesa e di sicurezza nazionale e, in tal caso, è lui – e non il Capo del Governo – che lo presiede. Dunque se il Presidente della Repubblica decide di assistere

³⁹ Su questo problema si v. T. POGUNTKE, P. WEBB (a cura di), *The Presidentialization of Politics*, Oxford 2005 e A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino 2007.

⁴⁰ Da questo punto di vista, l'art. 93 CT ha confermato la scelta già compiuta dall'art. 17 della legge costituzionale n. 2011-6, la quale aveva attribuito la presidenza del Consiglio dei Ministri in ogni caso al Capo del Governo.

sistematicamente alle riunioni del Consiglio dei Ministri, egli può divenirne il presidente permanente e *de facto* ordinario. Allo stesso tempo, sembra che il potere di convocare il Consiglio e di fissarne l'ordine del giorno sia riservato al Capo del Governo e che il Presidente della Repubblica sia sprovvisto di tale potere anche qualora presieda lui stesso il Consiglio dei Ministri, sia per obbligo costituzionale, sia in ragione di una sua scelta. La sua presidenza sembra dunque essere di natura puramente formale, come si può desumere dal termine «assistere» (alle riunioni del Consiglio), utilizzato dall'art. 93 CT in luogo del termine «partecipare».

5. *I rapporti tra il Governo ed il Parlamento: la responsabilità politica dei ministri e del Capo del Governo.* – Anche se, secondo la logica del regime parlamentare, il governo deve essere considerato come una «emanazione permanente» del Parlamento⁴¹, e in particolare della maggioranza parlamentare, della quale il Capo del Governo è di norma il *leader*, la Costituzione tunisina contiene alcuni elementi di separazione tra potere esecutivo e potere legislativo: l'art. 90 CT prevede l'incompatibilità tra la carica di ministro e quella di membro dell'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo, spingendosi più avanti di quanto era stato stabilito dall'art. 35 della legge cost. n. 2011-6 sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici, che aveva previsto solo l'incompatibilità fra la carica di Capo del Governo e quella di membro dell'Assemblea costituente⁴².

Dal testo costituzionale risulta chiaro che i ministri sono responsabili nei confronti del Capo del Governo che li nomina e che può revocarli. E' meno chiaro se essi possano essere considerati responsabili anche verso il Presidente della Repubblica, almeno nel caso dei ministri degli affari esteri e della difesa che sono scelti in concertazione con il Presidente (art. 89 CT) e che possono essere revocati dal Capo del Governo solo previa consultazione con esso (art. 92 CT). La Costituzione non dice se il Presidente della Repubblica può chiedere al Capo del Governo di revocare uno di tali ministri, ed un eventuale rifiuto del Capo del Governo di accettare una siffatta richiesta potrebbe condurre il Capo dello Stato a chiedere alla Corte costituzionale di risolvere il conflitto di competenza con il Capo del Governo (art. 101 CT).

I ministri sono inoltre responsabili individualmente davanti all'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo. Secondo l'art. 97.2 CT, un terzo dei deputati può chiedere che sia ritirata la fiducia ad un membro del Governo: la richiesta deve essere motivata e deve essere presentata al presidente dell'Assemblea; il voto di

⁴¹ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milano 1970, 15 dell'estratto.

⁴² Allo stesso tempo, l'art. 16 di tale legge aveva vietato ai ministri che fossero anche membri dell'Assemblea costituente di prendere parte alle votazioni sulla fiducia al governo e sulla legge finanziaria.

sfiducia deve essere adottato a maggioranza assoluta. La Costituzione non prevede invece le conseguenze di tale votazione fiduciaria (a differenza di quanto accade per i casi di sfiducia costruttiva o di rigetto di una questione di fiducia): resta dunque da stabilire se il ministro sfiduciato sia obbligato a dimettersi, se esso debba essere ritenuto automaticamente dimissionario (come prevede l'art. 98.2 CT per il Governo in caso di rigetto di una questione di fiducia e come era previsto dall'art. 19 della legge cost. n. 2011-6 sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici, secondo il quale «in caso di ritiro della fiducia ad uno dei ministri, esso è considerato dimissionario»), se il Capo del Governo sia obbligato a revocare il ministro sfiduciato che non si sia dimesso o se possa decidere di mantenerlo in carica, anche a seguito del voto di sfiducia individuale del Parlamento⁴³.

Per la responsabilità politica collegiale del Governo davanti all'ARP, la Costituzione del 2014 prevede una disciplina molto articolata, che comprende vari strumenti elaborati nella tradizione dei regimi parlamentari europei (vale a dire le c.d. tecniche del parlamentarismo razionalizzato). Oltre al voto di fiducia preventivo⁴⁴ – che fa nascere il rapporto fiduciario fra Governo e Parlamento, ma che non è una forma di responsabilità politica, in quanto il Governo non è ancora in funzione e dunque non può essere chiamato a rispondere politicamente dei suoi atti e della sua politica, ma solo del suo programma – la Costituzione tunisina prevede due procedimenti per verificare la permanenza della fiducia fra Parlamento e Governo: la questione di fiducia e la mozione di sfiducia.

5.1. *La questione di fiducia.* – La questione di fiducia può essere posta dal Capo del Governo «quanto alla prosecuzione da parte del Governo della sua attività» (art. 98.2 CT): si tratta dunque di una questione di fiducia «astratta»⁴⁵, mediante la quale il Governo chiede all'ARP il rinnovo del suo mandato, verosimilmente dopo eventi politici (quali divisioni all'interno della maggioranza parlamentare; un voto contrario dell'ARP su un progetto di legge ritenuto importante dal Governo; un rimpasto di governo; il risultato di elezioni amministrative; ecc.) che abbiano generato dei dubbi sulla sussistenza della maggioranza o sulla solidità di essa.

Secondo la lettera dell'art. 98.2 CT, il voto sulla questione di fiducia non produce altri effetti giuridici oltre a quello di rinnovare la fiducia al Governo o

⁴³ Quest'ultima sembrerebbe essere la soluzione più corretta, se si considera che la fiducia è richiesta al Capo del Governo, ma, d'altro canto, il fatto che il rapporto fiduciario sorga fra il Governo nel suo insieme e l'ARP (art. 89.5 CT) suggerisce di ritenere che la censura ad un ministro faccia sorgere per questi un obbligo giuridico di dimettersi e che il Capo del Governo sia tenuto a revocarlo in caso di mancata ottemperanza a tale obbligo.

⁴⁴ V. nr. 4.2.1.

⁴⁵ Per la differenza fra questione di fiducia astratta e concreta si v. M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano 1996, 2 ss. ed ivi indicazioni bibliografiche sull'origine di essa. Due esempi di questione di fiducia «astratta» sono rappresentati dall'art. 68 della Legge fondamentale di Bonn e dall'art. 112 della Costituzione spagnola del 1978.

di ritirargliela. Non vi sono pertanto effetti sull'adozione da parte dell'ARP di un testo legislativo o di altra natura su cui la questione di fiducia sia stata posta (fiducia «concreta»), come nell'esperienza della IV e della V Repubblica francese⁴⁶ e della Repubblica italiana⁴⁷.

Per quanto riguarda il procedimento, la questione di fiducia deve essere posta dal Capo del Governo (non è necessaria una deliberazione preventiva del Consiglio dei Ministri⁴⁸) e la fiducia è accordata dall'ARP a maggioranza assoluta, con la conseguenza che il rinnovo della fiducia a maggioranza semplice equivale al diniego della fiducia. La Costituzione non precisa se il voto debba aver luogo a scrutinio palese⁴⁹ o segreto⁵⁰. L'ultima frase dell'art. 98.2 CT precisa espressamente che «se l'Assemblea non rinnova la fiducia accordata al Governo, quest'ultimo è ritenuto dimissionario».

5.2. La questione di fiducia su richiesta del Presidente della Repubblica. – La sola anomalia nella disciplina della questione di fiducia prevista nella Costituzione tunisina rispetto agli *standards* prevalenti nel diritto comparato è la possibilità che essa sia posta non dal Capo del Governo, ma su iniziativa del Presidente della Repubblica⁵¹: si tratta di una anomalia dal punto di vista logico e giuridico, in quanto la verifica della permanenza del rapporto di fiducia non viene in questo caso richiesta da uno dei due *partner* di esso (il Capo del Governo e l'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo), ma da un terzo soggetto (il Presidente della Repubblica), il quale non è parte della relazione fiduciaria. Peraltro, l'art. 99 CT regola chiaramente questa procedura: il Presidente può farvi ricorso al massimo due volte durante il suo mandato; la fiducia deve essere rinnovata a maggioranza assoluta; se la fiducia non è confermata, il Governo è considerato dimissionario e il Presidente della Repubblica designa la personalità che ritiene più adatta a formare il nuovo governo.

⁴⁶ Art. 49 e 50 della Costituzione francese del 1946, art. 49.3 della Costituzione francese del 1958 e art. 98.1 della Costituzione dell'Estonia del 1992.

⁴⁷ Art. 116 del Regolamento della Camera dei deputati italiana e art. 161 del Regolamento del Senato italiano.

⁴⁸ Come quella prevista dall'art. 49.1 della Costituzione francese del 1946 e dall'art. 112 della Costituzione spagnola del 1978.

⁴⁹ ... come nell'art. 49 della Costituzione francese del 1946 e nell'art. 94 della Costituzione italiana del 1947 (e nell'art. 116 del Regolamento della Camera dei deputati italiana e nell'art. 161 del Regolamento del Senato italiano).

⁵⁰ ... come i voti di fiducia previsti dalla Legge fondamentale di Bonn.

⁵¹ Il solo precedente di una procedura di questo tipo di cui abbiamo notizia è l'art. 66, lett. d) del progetto di revisione costituzionale adottato nel novembre 1997 dalla Commissione bicamerale sulle riforme costituzionali del Parlamento italiano, istituita in base alla legge cost. n. 1/1997 e presieduta dall'on. Massimo D'Alema. Tale disposizione era stata a suo tempo molto criticata [si v. M. OLIVETTI, *La posizione costituzionale e i poteri del Presidente della Repubblica* (artt. 65, 66, 67.2, 68), in V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (a cura di), *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali della XIII legislatura. Cronaca dei lavori e analisi dei risultati*, Torino 1999]. Fortunatamente quel progetto non venne poi approvato dal Parlamento italiano.

Anche se la posizione della questione di fiducia su richiesta del Presidente non configura un'ipotesi di responsabilità politica diretta del Governo verso il Capo dello Stato, ci si può chiedere se l'art. 99 CT non costituisca una tecnica che il Presidente può utilizzare per disfarsi di un governo a lui politicamente poco gradito. In effetti, se si considera che la fiducia dell'ARP nel Governo, una volta concessa al momento della sua formazione, è presunta sino a quando non sia revocata espressamente, l'invito del Presidente all'ARP a «procedere ad un voto di fiducia al Governo» è piuttosto un invito ad un voto di censura (non costruttiva) che un rinnovo della fiducia iniziale ed appare quasi un sostituto funzionale del potere presidenziale di revoca del Governo. Si tratta forse di un modo per trovare una soluzione a conflitti politici, che la Costituzione tunisina ha posto accanto alla procedura per trovare una soluzione a conflitti propriamente costituzionali, vale a dire della possibilità di adire la Corte costituzionale affinché risolva i conflitti fra il Presidente della Repubblica e il Capo del Governo (art. 101 CT). L'idea di base è che i conflitti fra le due «teste» dell'esecutivo devono essere arbitrati da una terza autorità (l'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo o la Corte costituzionale) e non risolti sulla base dei semplici rapporti di forza o della supremazia giuridica di una di esse sull'altra.

In ogni caso, la procedura prevista dall'art. 99 CT mette in gioco non solo la responsabilità politica del Capo del Governo, ma anche quella del Capo dello Stato: la richiesta al Parlamento di votare la fiducia al Governo non è senza conseguenze per lo stesso Presidente della Repubblica, visto che l'art. 99,3 CT stabilisce che «in caso di voto di fiducia al governo per due volte, il Presidente della Repubblica è considerato dimissionario».

Questo intervento presidenziale nel rapporto fiduciario, se non utilizzato con prudenza, può avere effetti destabilizzanti.

5.3. La mozione di sfiducia costruttiva. – L'art. 97 CT prevede il procedimento tipico dei regimi parlamentari, nel quale si manifesta in forma piena la responsabilità politica del Governo nei confronti dell'assemblea rappresentativa: la mozione di sfiducia.

L'iniziativa della mozione è di competenza di un *quorum* di almeno un terzo dei membri dell'ARP: si tratta di un *quorum* piuttosto elevato⁵², che potrebbe essere irraggiungibile per tutti i gruppi parlamentari – singolarmente considerati – in una Assemblea eletta con un sistema proporzionale⁵³. La mozione deve essere motivata, verosimilmente affinché siano chiari i motivi per i quali viene ri-

⁵² Peraltro tale *quorum* era già stato previsto dalla legge costituyente n. 2011-6 sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici.

⁵³ Ad es. l'art. 94 della Costituzione italiana del 1947 prevede un *quorum* di 1/10 dei deputati o dei senatori, così come l'art. 49,2 della Costituzione francese del 1958, mentre l'art. 89 della Costituzione della Bulgaria del 1991 e l'art. 97,2 della Costituzione dell'Estonia del 1992 prevedono un *quorum* di un quinto dei membri del Parlamento.

tirata la fiducia al Governo. Sembra che fra le condizioni di ricevibilità della mozione di sfiducia vada inclusa la presentazione di un candidato alla carica di Capo del Governo: se questa interpretazione è esatta, la mozione di sfiducia ha il carattere di una «mozione di sfiducia costruttiva», secondo il modello tedesco, con la conseguenza che una mozione di sfiducia «semplice» (nella quale non sia indicato il nome di un candidato alla carica di Capo del Governo) dovrebbe essere dichiarata inammissibile dalla presidenza dell'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo⁵⁴. La mozione deve essere presentata alla Presidenza dell'Assemblea; è previsto un intervallo di quindici giorni fra il deposito della mozione e la votazione di essa, ma non vi è alcun termine massimo entro cui la votazione debba aver luogo.

La mozione di sfiducia deve essere approvata a maggioranza assoluta, con la conseguenza che un voto di sfiducia a maggioranza semplice gioca in favore del Governo, che non risulta dimissionario in conseguenza di esso. Più in generale, se la mozione non è approvata, la fiducia si intende rinnovata e non può essere presentata alcuna altra mozione di sfiducia nei sei mesi successivi⁵⁵.

Se la mozione è approvata a maggioranza assoluta, essa produce due effetti: da un lato il Governo censurato è considerato dimissionario; dall'altro il candidato indicato nella mozione è incaricato automaticamente della formazione di un nuovo Governo, senza necessità di una designazione da parte del Presidente della Repubblica. Peraltro non si tratta di una elezione parlamentare del nuovo Capo del Governo, come nel caso tedesco, in cui il Cancelliere federale eletto con una mozione di sfiducia costruttiva deve solo essere nominato dal Presidente federale. Si applicano le norme sulla formazione del Governo che sono state esposte *supra* nel par. 4.2.1: il Capo del Governo ed i ministri saranno nominati dal Presidente solo dopo che abbiano ottenuto la fiducia dell'ARP, secondo la procedura prevista dall'art. 89 CT.

6. *I rapporti fra il Presidente della Repubblica ed il Governo.* – A) Per quanto concerne i rapporti interorganici, il Presidente della Repubblica non ha il potere di revocare né il Capo del Governo, né il Governo nel suo complesso e si è visto che egli è altresì sprovvisto del potere di revocare i ministri su proposta del Capo del Governo, il quale può invece procedere direttamente lui stesso in tal senso. Si è anche visto che, peraltro, il potere del Presidente di invitare l'Assemblea a votare la fiducia al Governo (art. 99 CT), se non ha una portata esattamente

⁵⁴ Per un esempio di mozione di sfiducia costruttiva «facoltativa» – vale a dire prevista come una possibilità accanto alla mozione di sfiducia semplice – si v. invece l'art. 66 della «piccola» Costituzione polacca del 1992.

⁵⁵ Ma questa limitazione non impedisce al Presidente della Repubblica (né al Capo del Governo) di chiedere all'Assemblea un voto di fiducia nello stesso intervallo di tempo.

equivalente a un potere di revoca⁵⁶, ne può costituire un sostituto funzionale, a certe condizioni. Tale potere, infatti, è insignificante di fronte a un governo che sia sostenuto da una chiara maggioranza nell'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo, ma esso può giocare contro il governo nel caso di un esecutivo di minoranza «tollerato» dall'ARP: la conseguenza dell'invito del Presidente è infatti l'obbligo per il Governo di ottenere un voto di fiducia dell'ARP a maggioranza assoluta; se l'Assemblea non conferma la fiducia al Governo, questi è considerato dimissionario e il Presidente è abilitato a scegliere un nuovo Capo del Governo (il quale peraltro deve a sua volta ottenere la fiducia dell'ARP prima di assumere le sue funzioni).

Occorre sottolineare che il Presidente della Repubblica non ha in nessun caso il potere di decidere da solo e in maniera libera né la nomina del Capo del Governo (dato che può designarlo, ma è autorizzato a nominarlo solo una volta che il Capo del Governo abbia ottenuto la fiducia preventiva dell'ARP)⁵⁷, né lo scioglimento del Parlamento (può infatti procedervi solo nei due casi previsti dalla Costituzione, secondo il modello tedesco⁵⁸).

B) Per quanto riguarda gli atti del potere esecutivo, la Costituzione tunisina ha rifiutato il modello per l'adozione degli atti complessi da parte del Capo dello Stato e del Capo del Governo secondo lo schema della controfirma ministeriale⁵⁹, elaborato nella tradizione delle monarchie costituzionali e dei regimi parlamentari europei⁶⁰, transitato dalla tradizione monarchica a quella repubblicana attraverso le leggi costituzionali francesi del 1875⁶¹. Gli atti del Presidente tunisino non sono dunque adottati sulla base della partecipazione funzionale (e dell'assunzione di responsabilità) del Capo del Governo o dei ministri e lo stesso accade per gli atti del Governo, i quali non sono formalmente adottati dal Presidente.

Le funzioni di Capo dello Stato e quelle di Capo del Governo sono dunque distinte dalla Costituzione, ma vi è una assai delicata sfera di co-decisione – e al tempo stesso di riparto di poteri – che riguarda le funzioni in materia di politica estera, di difesa e di sicurezza nazionale. Questa sovrapposizione di ruoli è forse una delle questioni più problematiche nell'organizzazione dei pubblici poteri

⁵⁶ Come il potere previsto dall'art. 51 della Costituzione tunisina del 1959, secondo il quale «Il Presidente della Repubblica mette fine alle funzioni del governo o di uno dei suoi membri di sua stessa iniziativa o su proposta del Primo Ministro».

⁵⁷ Vi è qui una netta differenza rispetto all'art. 53 della Costituzione del 1959.

⁵⁸ Cf. *infra* nr. 7.1.

⁵⁹ Lo nota correttamente A. CANEPA, *Alcune considerazioni*, cit., p. 52 con riferimento al progetto di costituzione del 1° giugno 2013.

⁶⁰ Al riguardo si v. C. ESPOSITO, *Saggio sulla controfirma ministeriale*, in C. Esposito, *Capo dello Stato-Controfirma ministeriale*, Milano 1962, 57 ss.

⁶¹ E dalle leggi costituzionali francesi del 1875 essa è passata a molte costituzioni repubblicane europee, come la Costituzione italiana del 1947 (art. 87 e 89), la Legge fondamentale di Bonn e le Costituzioni francesi del 1946 e del 1958.

nella Costituzione del 2014: l'assenza di una linea di autorità chiara rende possibili conflitti che sarà difficile risolvere sia sul piano politico che su quello giuridico. La complessa disciplina della presidenza del Consiglio dei ministri⁶² si presta anch'essa a derive conflittuali.

L'art. 101 CT prevede espressamente la competenza della Corte costituzionale per risolvere i conflitti di competenza fra il Capo dello Stato e il Capo del Governo, entro il termine breve di una settimana dal ricorso di una delle due parti. Vi è qui un cambiamento netto rispetto a quanto previsto dall'art. 20 della legge costitutiva n. 2011-6 sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici, che aveva conferito all'Assemblea Nazionale Costituente la competenza a risolvere i conflitti fra Capo dello Stato e Capo del Governo.

7. I rapporti fra il Parlamento e il Presidente della Repubblica. – Oltre alle norme che disciplinano la partecipazione del Presidente della Repubblica al procedimento di formazione delle leggi (iniziativa, veto, convocazione di un referendum)⁶³, la disciplina dei rapporti fra il Presidente e il Parlamento concerne soprattutto la possibilità per ciascuno di questi due organi di mettere fine al mandato dell'altro, prima del decorso del termine di cinque anni fissato per ciascuno di essi dalla Costituzione: si tratta della procedura di destituzione del Presidente del potere di scioglimento anticipato dell'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo.

7.1. Lo scioglimento anticipato dell'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo. – La Costituzione del 2014 riconosce al Capo dello Stato il potere di scioglimento anticipato del Parlamento, ma – seguendo una impostazione simile a quella prevista dalla Legge fondamentale di Bonn – ne circoscrive l'operatività solo a casi specifici, previsti dalla Costituzione (art. 77.2 CT), che sembrano essere solo due:

a) Il Presidente è tenuto a sciogliere l'Assemblea dei rappresentanti del Popolo se non è possibile formare un Governo che ottenga la fiducia dell'Assemblea entro quattro mesi dalla prima designazione di un Capo del Governo da parte del Presidente della Repubblica all'indomani delle elezioni legislative (art. 89.4 CT)⁶⁴.

b) Il Presidente può altresì sciogliere l'ARP se non è possibile formare un governo in seguito ad una crisi di governo apertasi durante la legislatura, e in particolare se il Capo del Governo da lui designato non riesce a formare il governo entro trenta giorni dalla designazione o se non ottiene la fiducia (art. 99

⁶² Cf. *supra* nr. 4.4.

⁶³ Si v. *supra*, nr. 3.

⁶⁴ Cf. *supra* nr. 4.2.1., *sub* B).

CT). In questo secondo caso, a differenza che nel primo, il Presidente della Repubblica sembra disporre di un margine di apprezzamento sul se sciogliere o meno l'ARP.

In entrambi i casi, la Costituzione prevede dei termini entro i quali devono tenersi nuove elezioni legislative, che devono aver luogo non prima di 45 e non oltre 95 giorni dallo scioglimento.

Lo scioglimento anticipato dell'ARP è inoltre espressamente vietato in due fasi della vita costituzionale: i primi sei mesi successivi al voto di fiducia al primo governo formato dopo l'inizio della legislatura; gli ultimi sei mesi del mandato del Presidente della Repubblica. Questi due divieti sembrano confermare l'esistenza di margini di apprezzamento del Presidente in ordine alla decisione sullo scioglimento (almeno nel secondo dei due casi indicati sopra), in quanto, altrimenti, sarebbero privi di *ratio legis*.

7.2. La destituzione del Presidente della Repubblica. – Simmetricamente al potere di scioglimento, la Costituzione permette all'Assemblea dei Rappresentanti del popolo di attivare una procedura che permette la destituzione del Presidente della Repubblica «a causa di una violazione manifesta della Costituzione» (art. 88 CT). A differenza di quanto previsto da altre Costituzioni, non si tratta di un'accusa penale – come l'attentato alla Costituzione previsto dall'art. 90 della Cost. italiana o l'*impeachment* regolato dalla Cost. degli Stati Uniti – ma non si tratta neppure di una forma di responsabilità politica di tipo classico, come quella che l'ARP può far valere nei confronti del Governo. La nozione di «violazione manifesta» della Costituzione ha evidentemente in sé un tasso elevato di valutazione politica.

La procedura prevista dall'art. 88 CT ha natura mista, politica quanto all'iniziativa (rimessa alla maggioranza dei membri dell'ARP, attraverso una mozione) ed all'attivazione (per la quale è necessaria la maggioranza dei due terzi dei membri dell'ARP) e giurisdizionale quanto alla decisione. L'effetto della deliberazione parlamentare non è, infatti, la destituzione (e neppure la sospensione) del Presidente dalla sua carica⁶⁵, ma solamente l'attivazione di un processo davanti alla Corte costituzionale, la quale può assolvere il Presidente dall'accusa di violazione manifesta della Costituzione o può condannarlo.

La condanna produce due effetti necessari: la revoca del Presidente della Repubblica e l'incandidabilità del Presidente stesso in qualsiasi altra elezione, e dunque la perdita dell'eleggibilità alle cariche pubbliche elettive. La revoca non

⁶⁵ In questo senso disponeva invece l'art. 13 della legge n. 2011-6 sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici, secondo il quale l'iniziativa per la destituzione del Presidente (eletto dalla stessa Assemblea Costituente) spettava ad un terzo dei membri dell'Assemblea ed era deliberata a maggioranza assoluta. La rimozione del Presidente è oggi assoggettata a condizioni più rigorose di quelle previste sotto la Costituzione del 1959, in base alla riforma costituzionale del 1976: tale potere era stato peraltro abrogato dalla riforma del 1988.

esclude «eventuali accuse penali», ma tali accuse dovrebbero essere attivate in conseguenza del giudizio della Corte costituzionale e non costituiscono un effetto diretto del giudizio stesso.

8. *Le garanzie esterne al «triangolo istituzionale»*. – Le regole relative al «triangolo istituzionale» (Presidente della Repubblica, Capo del Governo, Assemblea Rappresentativa del Popolo) devono infine essere situate in un contesto che inquadra i poteri politici, democraticamente legittimati, in una serie di limiti esterni, per imporre i quali la Costituzione ha creato una «rete» di autorità indipendenti, tentando così di rendere pluralista il sistema utilizzato dalla società tunisina per autogovernarsi.

Le principali fra queste autorità sono quelle che compongono il potere giudiziario, vale a dire le giurisdizioni ordinaria, amministrativa e finanziaria e la Corte costituzionale, disciplinate dal Capitolo V della Costituzione. Ma un ruolo significativo deve essere riconosciuto altresì alle autorità (*instances*) indipendenti che «operano per il rafforzamento della democrazia» e sono regolate dal Capitolo VI della Costituzione tunisina: l'autorità elettorale (*Instance électorale*), l'autorità per la comunicazione audiovisiva, l'autorità dei diritti dell'uomo, l'autorità per lo sviluppo durevole e per la protezione dei diritti delle generazioni future e l'autorità per la buona *governance* e la lotta contro la corruzione. La missione di rafforzare la democrazia, depoliticizzando alcune questioni e procedure che ne condizionano il funzionamento, conferma l'opzione generale in favore di una democrazia «vincolata»⁶⁶, che sembrerebbe essere l'idea centrale della Costituzione del 2014 per ciò che concerne l'organizzazione dei poteri pubblici. Anche le procedure di democrazia diretta (in particolare il referendum) e partecipativa e la garanzia dell'autonomia locale, che sono evidentemente giustificate da altre ragioni, possono essere interpretate come forme ulteriori di inquadramento del potere politico centrale.

9. *Conclusioni: quale semipresidenzialismo?* – A) La qualificazione del sistema di governo previsto dalla Costituzione tunisina è diversa a seconda che si riconosca o meno come «tipo» di governo autonomo il sistema semipresidenziale o che si riconduca fra i sistemi a carattere presidenzialista o al regime parlamentare razionalizzato la maggior parte delle esperienze in cui si possono riconoscere gli elementi essenziali propri di tale categoria. Nella Costituzione del 2014 sono infatti ravvisabili i tre elementi della definizione duvergeriana di regime semipresidenziale: a) l'elezione del Presidente della Repubblica a suffragio

⁶⁶ Su questa nozione si v. B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici* (2000), Roma 2003, 40 ss.

universale; b) l'attribuzione al Presidente di importanti poteri propri; c) l'attribuzione del potere esecutivo ad un Primo Ministro e ad un Governo, responsabili davanti al Parlamento.

Com'è noto, l'ambiguità della nozione di regime semipresidenziale sta da un lato nella effettiva consistenza dei poteri presidenziali e dall'altro nel rapporto che viene concretamente ad instaurarsi fra Presidente e Capo del Governo.

Dal primo punto di vista, l'inconsistenza dei poteri presidenziali o la loro atrofizzazione può rendere *apparente* il semipresidenzialismo, come nei casi di Islanda, Irlanda e Austria, circa i quali già Duverger⁶⁷ riconosceva che l'elezione popolare del Presidente non incideva sensibilmente sulla concentrazione del potere politico nel raccordo tra Primo Ministro e maggioranza parlamentare (con la conseguenza che tali regimi sono nella sostanza di tipo parlamentare).

Dal secondo punto di vista i semipresidenzialismi si differenziano fra quelli in cui il Capo dello Stato finisce per essere l'effettivo capo dell'esecutivo, usurpando i poteri di direzione politica formalmente riconosciuti al Primo Ministro, come accade nell'esperienza francese, e governando attraverso di esso (salvo che nei periodi di coabitazione) e quelli nei quali i poteri presidenziali, pur variamente incisivi nei diversi casi, costituiscono per lo più un contrappeso (o un intralcio) rispetto al circuito governo-maggioranza parlamentare.

B) Appare al momento improbabile che il sistema tunisino possa funzionare come un semipresidenzialismo apparente, ma il significato che verrà assunto dalle prerogative presidenziali previste dalla nuova Costituzione è per ora incerto. Si possono al riguardo formulare tre ipotesi, che dipendono per lo più dall'assetto del sistema dei partiti, oltre che dalla personalità dei titolari delle cariche politiche.

Una prima possibilità è che nel sistema tunisino si affermi un ruolo di direzione politica del Capo del Governo e della sua maggioranza nell'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo, con un Capo dello Stato operante come contropotere e come garante della continuità della vita costituzionale e della stabilità della politica estera. Si tratterebbe di un regime semipresidenziale equilibrato (non molto diverso da vari regimi parlamentari), come quello praticato in Portogallo dal 1983⁶⁸, in Finlandia dal 1982, in Polonia dal 1995: in questi sistemi l'elezione popolare del Presidente della Repubblica non modifica l'equilibrio complessivo del sistema di governo, ma introduce un correttivo ad esso, al fine di evitare il

⁶⁷ M. DUVERGER, *La nozione di regime «semi-presidenziale»*, cit., 261. Ai casi di semipresidenzialismo apparente si possono forse oggi aggiungere quelli della Slovacchia e della Bulgaria. È più difficile collocare i sistemi costituzionali della Slovenia (dopo la fine delle presidenze di M. Kucan e J. Drnovsek), della Croazia (dopo la fine dell'era di F. Tudjman) e della Repubblica Ceca (questo Paese è l'ultimo ad aver introdotto l'elezione popolare del Presidente della Repubblica in un sistema di tipo parlamentare, nel quale esso in precedenza era eletto dal Parlamento).

⁶⁸ Sul semipresidenzialismo in Portogallo si v. I.A.MORAIS, J.M. FERREIRA DE ALMEIDA, R.LEITE PINTO, *O Sistema de Governo semipresidencial. O caso português*, Lisboa 1984.

dispotismo della maggioranza. L'elezione diretta del Presidente serve a riconoscere al Capo dello Stato maggiore autorevolezza e a fornirgli una legittimazione indipendente dalla maggioranza parlamentare, che gli consenta di svolgere un ruolo di «freno» rispetto a quest'ultima e di moderazione del conflitto politico, ma non ha il significato di scegliere, attraverso l'elezione popolare, il principale «motore» della politica nazionale⁶⁹.

Se un assetto di questo tipo non può essere escluso, al momento sembra più probabile che l'ampiezza dei poteri presidenziali previsti dalla Costituzione del 2014 e l'indeterminazione di alcuni di essi apra la via ad altri due scenari.

Il primo è quello di un semipresidenzialismo conflittuale, come quello che ha caratterizzato alcune fasi della vita costituzionale dei Paesi citati in precedenza (il Portogallo durante le due presidenze di Ramalho Eanes fra il 1976 e il 1986, la Polonia sotto la presidenza di Lech Wałęsa fra il 1990 e il 1995, in parte la Finlandia durante la lunga presidenza di Uhro Kekkonen dal 1956 al 1982), talune fasi dell'esperienza democratica della Lituania sulla base della Costituzione del 1991 e in più occasioni il regime politico della Romania dal 1991 in poi. In tali situazioni, i conflitti politici fra il Presidente e il Primo Ministro (o il Parlamento) non hanno riguardato solo alcune specifiche questioni, ma la direzione dello Stato nel suo insieme. La ragione «costituzionale» di questi conflitti (al di là dunque delle specifiche cause politiche di essi) sta nell'uso attivo dei poteri presidenziali e nella finalizzazione di essi ad assumere la direzione della politica nazionale e non solo un ruolo di contrappeso rispetto al circuito decisionale imperniato sull'asse «governo-maggioranza parlamentare».

L'altro possibile sviluppo del sistema di governo tunisino è l'emersione di un'egemonia del Presidente della Repubblica sul potere esecutivo e la trasformazione del Capo del Governo in un «numero due» dell'esecutivo, subordinato (politicamente, anche se non legalmente) al Capo dello Stato. Tale eventualità potrebbe verificarsi qualora l'elezione presidenziale diventi l'elezione politicamente decisiva (l'*élection-reine*, per utilizzare la terminologia francese), quella in cui ha luogo la vera competizione per decidere l'orientamento della politica generale dello Stato e alla quale partecipano i capi delle forze politiche principali, come nell'esperienza della Quinta Repubblica francese e negli esempi di presidenzialismo autoritario del mondo arabo⁷⁰, della Russia e di molti Stati africani⁷¹.

⁶⁹ Tale legittimazione può inoltre agevolare la funzione di «motore di riserva» che il Capo di Stato può del resto assumere anche in un regime parlamentare, come la stessa esperienza costituzionale italiana dimostra.

⁷⁰ Secondo T. LE ROY, *Le constitutionnalisme*, cit. 554, che scriveva prima della rivoluzione del 2011, per quanto attiene alla forma di governo e al ruolo del Capo dello Stato «les Constitutions du Maghreb sont toutes construites, principalement, sur le modèle des Constitutions françaises, plus particulièrement de la Constitution de 1958».

⁷¹ Da ultimo questo sembra essere anche l'equilibrio che va delineandosi in Turchia dopo la prima applicazione, nell'agosto 2014, dell'elezione del Presidente della Repubblica a suffragio universale (introdotta dalla riforma costituzionale del 2011).

E pure la dinamica politica legata alle prime elezioni parlamentari e presidenziali tunisine dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 2014 sembra spingere in questa direzione: la decisione del dialogo nazionale di non applicare l'art. 89 CT (che disciplina, come si è visto, il procedimento di formazione del governo) all'indomani delle elezioni parlamentari del 27 ottobre e di attendere l'esito delle elezioni presidenziali del 23 novembre e 21 dicembre e l'elezione alla presidenza della Repubblica (e non alla carica di Capo del Governo) di Beji Caïd Essebsi, leader del partito *Nidaa Tunes*, che ha ottenuto il maggior numero di seggi nelle elezioni parlamentari, sembrano indicare una tendenza a situare il motore centrale del sistema istituzionale nel palazzo presidenziale di Cartagine e non nella *Casbah* di Tunisi (sede del Capo del Governo).

RECENSIONI

POTERI IMPLICITI

Recensione a Cristiano Celone,

La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici,

Milano 2012

Giuseppe Morbidelli

La tematica dei poteri impliciti attiene alla teoria generale del diritto. E anzi è una tematica classica, che si incontra tutte le volte in cui si va a definire l'ampiezza (e di converso i limiti) di un potere, pubblico o privato che esso sia. Potremmo trarre tanti esempi già dal diritto romano o dall'opera dei glossatori: era infatti ricorrente che una determinata competenza pur non espressamente attribuita venisse ritenuta implicita perché strumentale, o necessaria o consequenziale. Per venire a tempi più recenti, la teoria dei poteri impliciti ha una specifica consacrazione nell'ultimo comma della sez. 8° dell'art. 1 della Costituzione USA, che attribuisce al Congresso il potere di fare tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati nella sezione stessa e di tutti gli altri poteri che la Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti. Fu proprio facendo leva su tale disposizione che Hamilton, nella sua qualità di segretario del Tesoro, for-

nò al Presidente Washington la teoria degli *implied powers* atta a giustificare la conformità a Costituzione della istituzione di una Banca Nazionale. Teoria ripresa e rinsaldata dalla Corte Suprema nel 1819¹, e che poi – come alla fine del XIX secolo ebbe ad osservare il futuro Presidente W. Wilson – ha costituito il principio dinamico basilare della teoria costituzionale americana. In virtù di essa sono ritenuti costituzionali tutti i mezzi adottati dal Governo i quali siano da ritenere idonei a raggiungere lo scopo della Costituzione, e nel contempo coerenti con la lettera e lo spirito della stessa. La *necessary and proper clause* ha fatto sì che la Corte Suprema abbia ad esempio considerato “potere implicito” del Congresso la creazione di un diritto penale federale, la regolamentazione dei diritti dei lavoratori, l'esecuzione di ispezioni parlamentari, la confisca per l'esazione dei tributi, il diritto di espropriazione, il diritto di negare l'accesso agli stranieri o di espeller-

li. L'unico limite è che non si incontrino divieti espressi o che non si tratti di poteri così rilevanti e specifici – come ad esempio quello di far la guerra o quello di introdurre imposte – che non possano essere ontologicamente intesi come *implied o incidental* in altri poteri.

La teoria dei poteri impliciti è stata del resto intesa come propria di ogni ordinamento e di ogni testo normativo (salvo che questo non contenga una disposizione espressa di esclusione), anche in carenza di una clausola “abilitante” come quella della costituzione statunitense. Risponde anzi ad una esigenza di interpretazione evolutiva, in quanto consente di adattare la normativa (specie quella dotata di rigidità, come le costituzioni moderne) via via ai bisogni del tempo². Del resto, la stessa notissima sentenza della Corte Cost. 303/2003, che ha individuato una competenza del legislatore statale per ragioni di sussidiarietà verticale in materie di competenza regionale, non ha fatto altro che trarre questa competenza per implicito dall'art. 118, comma 1° Cost., destinato tra l'altro alle funzioni amministrative.

Nel diritto amministrativo, anche perché diritto non codificato e in continuo movimento, dove il fine dell'interesse pubblico da perseguire è costante e pressante, la teoria dei poteri impliciti ha sede precipua di elezione. Tanto che intere categorie di poteri, per non dire isti-

tuti, in assenza di espressa previsione normativa sono stati ricavati per implicito: si pensi all'annullamento d'ufficio, alla revoca, alla convalida, alla sospensione, tutti ora positivizzati dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 che ha integrato e novellato la l. 7 agosto 1990, n. 241. Come pure si ritiene un potere implicito il potere di autotutela esecutiva a difesa anche di beni del patrimonio indisponibile, per quanto ai sensi dell'art. 823, comma 2°, cod. civ., la facoltà per la pubblica amministrazione di procedere in via amministrativa è riferita ai soli beni del demanio. Non solo: per molto tempo è stato considerato implicito il potere di coazione, ovvero il potere della pubblica amministrazione di dare attuazione ai provvedimenti rimasti non eseguiti da parte degli interessati pur intimati in tale senso: si riteneva cioè consustanziale allo stesso potere amministrativo la c.d. esecutorietà del provvedimento (tesi invero abbandonata dopo le critiche della dottrina più autorevole, a partire da Benvenuti, Sandulli e Cassese e ora contraddetta *ex professo* dall'art. 21-ter l. 241/1990). Sono altresì poteri impliciti ad esempio il potere di diffida, i poteri dell'Amministrazione vigilante di annullare i provvedimenti dell'Ente vigilato, di sciogliere gli organi direttivi, di nominare un commissario *ad acta*, di emanare atti di indirizzo. Si ritiene implicito il potere di emettere provvedimenti a sanatoria

di comportamenti realizzati senza titolo, che hanno determinato la realizzazione di una *res*: come è evidente in tale circostanza la sanatoria investe non l'atto amministrativo, bensì l'intervento nel suo risultato dotato di consistenza materiale (potere che può incontrare limitazioni legislative, che di fatto invero riconoscono la presenza di tale potere, e allora in tal caso non è più implicito: v. ad es. art. 36 T.U. 6 giugno 2001, n. 380 e v. art. 146, comma 1°, lett. c, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42).

Si potrebbe invero obiettare che tali istituti trovano fondamento in principi generali, cioè in tutte quelle regole non scritte ma ricavabili da fonti positive (quali cod. civ., cod. proc. civile, leggi amministrative di particolare rilievo come T.U. degli enti locali o T.U. pubblico impiego, etc., fonti comunitarie, la stessa Costituzione), che "informano" e "piegano" il diritto amministrativo.

Sicché si tratterebbe di poteri legittimati direttamente dalla fonte "principio", e non in virtù dell'applicazione della teoria dei poteri impliciti. In realtà il confine tra le due categorie (potere per principio o potere per implicito) non è affatto netto. Sovente si applica il principio o meglio si ritiene sussistente il principio in quanto implicito: ad es. l'annullamento, la revoca, la sospensione, sono conseguenze e dunque impliciti ai poteri ammini-

strativi soggetti appunto a revoca. Quanto ai vari poteri dell'amministrazione vigilante o al potere di diffida, sono intrinsecamente impliciti, nell'un caso al potere di vigilanza, nell'altro caso al potere di adottare misure di autotutela (decisoria o esecutiva) o sanzioni interdittive. In ogni caso la presenza di principi autoapplicativi non fa venir meno il carattere implicito del potere, in quanto trattasi sempre di un potere inserito in un potere provvedimento espresso, e dunque un potere incidentale o annesso, ed è semmai questa connessione che trova titolo nei principi generali.

Il tema è particolarmente sentito con riguardo ai poteri delle autorità indipendenti anzi, è stato "risvegliato" proprio dall'erompere (per dirla con Alberto Predieri) di tali autorità. Ciò per la preminente ragione che la legislazione si limita ad attribuire competenze di carattere generale e ad enunciare solo alcuni obiettivi rimessi alla loro cura. Ciò accade per varie ragioni rappresentate dal carattere indeterminato dei valori da tutelare (pluralismo, completezza di informazione, efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, risparmio, stabilità delle banche e delle compagnie di assicurazione ecc.), e, con riguardo specifico alle competenze di regolamentazione di settori tecnici, dal fatto che sono necessari interventi connotati da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica.

Conseguentemente – è osservazione comune – i poteri conferiti all’Autorità vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge, in quanto quest’ultime lasciano alle Autorità margini di discrezionalità così ampi “da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco”³, tanto che si è parlato di regolamenti “per obiettivi” o quasi “indipendenti”. Si è di conseguenza più volte discettato per individuare il punto oltre il quale il principio di legalità, anche nella sua portata meramente formale, possa ritenersi non più rispettato, e di converso fino a che punto possa arrivare il criterio della strumentalità o dell’implicito. La risposta a tale quesito non può essere data in astratto, essendo necessario verificare caso per caso, tenendo conto sia dello specifico potere affidato sia della specifica disciplina legislativa (di fonte statale o comunitaria), afferente alla materia oggetto di attribuzione di competenza. La prevalente dottrina ha osservato che il rispetto del principio di legalità può essere assicurato anche attraverso una rete di «limitatori» della discrezionalità ricavabili dal sistema. La riserva di legge ed il principio di legalità vengono infatti soddisfatti non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dall’ordinamento che rendono in concreto l’atto sindacabile. Ed invero, contribuiscono a costituire la c.d. “raf-

frontabilità”, oltre ai principi generali, una procedura partecipata e trasparente, nonché una adeguata motivazione. In particolare si tende a sottolineare come la partecipazione costituisce una surroga della *interpositio* legislativa. In talune sentenze si afferma *expressis verbis* che nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale viene compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio⁴. Si aggiunge che è in fondo la naturale flessibilità e mobilità delle materie affidate alle Autorità indipendenti a far sì che queste non si prestino ad essere guidate da regole stabilite *ex ante* dal legislatore: il che tuttavia è controbilanciato dal fatto che *standards* univoci sono ravvisabili nelle regole della tecnica (quelle che una volta si chiamavano le “regole dell’arte”), le quali determinano risposte normative a contenuto obbligatorio. A tal proposito, è da ricordare che la giurisprudenza ha costantemente rilevato che il principio di legalità è invero quando si tratta di norme “*confacenti al particolare ambito tecnico – specialistico cui si riferiscono*”⁵. Al punto che, addirittura con riguardo alla disciplina di sanzioni amministrative (quindi a stretta legalità), si è affermato che è ammissibile nella

normativa regolamentare “una certa «elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili», purché «esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala di doveri propri della funzione esercitata»⁶; specialmente «quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma ... è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli»⁷. Per andare al concreto, facendo riferimento ai regolamenti (definiti istruzioni di vigilanza) di Banca d'Italia, si afferma che la loro rispondenza al principio di legalità nasce dal fatto che si muovono entro criteri oggettivi, ricavabili dalla regolamentazione tecnica del settore bancario⁸. Ne deriva che laddove si debbano determinare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto materie di carattere tecnico come ad esempio l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio, le partecipazioni detenibili, l'organizzazione contabile ed i controlli interni, soccorrono specifiche regole tecniche che nascono dalla dottrina, dalla pratica, dai principi deontologici, i quali contribuiscono a dettare criteri volti a garantire la cosiddetta “raffrontabilità”⁹.

Naturalmente se si vanno a calare queste regole generali ed astratte, volte ad individuare le reti di protezione della legalità, sulla varie-

gata casistica, non mancano zone d'ombra. In particolare le *querelles* hanno investito i poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, titolare di attribuzioni “a ridotta tassatività”, tantoché il Consiglio di Stato, ha osservato, proprio con riguardo alla legge istitutiva (l. 481/1995) che essa “è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare”¹⁰. Così ad esempio si è ritenuto che nel potere di tutelare la sicurezza degli impianti rientra anche il potere di imporre una garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall'uso del gas fornito da impianti di distribuzione a tutti gli utenti finali civili (ma di diverso avviso era stato il TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 6392). In altra occasione, si è discusso se a seguito della liberalizzazione del settore l'autorità per l'energia possa dettare tariffe per la fornitura del gas naturale: a fronte di una lettura della disciplina per cui il potere di regolazione era venuto meno, fatta propria dal TAR Lombardia, il Consiglio di Stato (Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352) ha ritenuto invece ancora sussistente tale potere in quanto strumentale alla salvaguardia delle dinamiche concorrenziali a tutela dell'utenza. La tematica si arricchisce sempre di nuovi aspetti: è recente la sentenza del TAR Lom-

bardia, Sez. III, 14/03/2013, n. 683, che ha negato la possibilità per l'Autorità di poter disporre di poteri incidenti sull'autonomia contrattuale: nella specie si trattava della prescrizione adottata in nome del buon funzionamento del mercato, che prevede un indennizzo in favore dei venditori "uscenti" danneggiati (le cui prestazioni sono state cioè non pagate dai clienti, passati nel frattempo ad altri fornitori, secondo lo schema del c.d. "turismo energetico"), a ristoro del pregiudizio derivante dall'impossibilità o dalla scarsa convenienza economica di recuperare dall'*ex* cliente le somme non pagate.

Ma si tratta di questioni e problemi trasversali a tutte le Autorità. Sicché la monografia di Cristiano Celone intitolata "*La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*" non poteva non immergersi nel tema dei poteri impliciti. Da un lato, per le ragioni "ontologiche" di decifrabilità dei poteri dell'Autorità indipendente, decifrabilità che passa attraverso la individuazione dei poteri connessi, strumentali o impliciti che siano, dall'altro perché le funzioni evocate nello stesso titolo del libro "vigilanza" e "regolazione", hanno a loro volta un contenuto aperto, quando non indeterminato: il che ancora una volta riconduce all'individuazione di ciò che vi è di implicito (e, di rimando, di non implicito).

Lo studio costituisce nel con-

tempo la prima ricostruzione sistematica dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, tantopiù alla luce del più sistematico ruolo regolatorio che essa ha assunto a seguito del codice dei contratti pubblici nonché della legislazione più recente. Come logico che sia, la monografia ha una parte preliminare-introductiva dedicata alla teoria generale in punto di funzione di vigilanza e di funzione di regolazione, nella quale si mette in luce la interdipendenza tra le due funzioni, in quanto la nozione stessa di regolazione, oltre ad avere come caratteristica proprio la unitarietà dell'obiettivo, è identificabile proprio attraverso la compresenza e convergenza di funzioni indirizzate a tal fine. Sicché sia la normazione, che l'esecuzione, che la vigilanza, sono funzionali allo stesso obiettivo e tra di loro collegate e interconnesse. La monografia poi indaga la struttura dell'Autorità, e con essa i requisiti di indipendenza, nonché le varie forme di autonomia (contabile, organizzativa, finanziaria). Si sofferma a lungo evidenziandone i vari profili problematici su tutta la panoplia di funzioni di cui dispone l'Autorità: di controllo, di sanzione (pecuniaria e interdittiva), di autorizzazione degli organismi di attestazione (SOA), di sospensione, decadenza e annullamento degli attestati di qualificazione della SOA, di verifica, di segnalazione e proposta, di ispezione, di pareri (non vinco-

lanti), di regolamentazione dell'esercizio delle proprie funzioni, di nomina di componenti della Camera arbitrale, etc.

In questa disamina, il dibattito sui poteri impliciti è uno dei fili sotto traccia attorno a cui si svolge il percorso dell'Autore. In primo luogo tale filo investe la vigilanza, di cui si mette in luce come ad essa si riconduca un ampio spettro di poteri, non sempre espressamente attribuiti e dunque impliciti. Vero è che c'è vigilanza e vigilanza, nel senso che l'istituto deve sempre essere misurato alla luce del diritto positivo, che può escludere espressamente talune funzioni di quelle che, in linea generale, fanno parte dell'"arsenale" della vigilanza o aggiungerne altre non tipiche, tanto che la dottrina ha parlato di manifestazioni "possibili" della vigilanza essendo di contro non corretto *"fissare dei principi generali, in quanto ad ogni particolare fattispecie, legislativamente prevista, corrisponde una serie più o meno estesa e più o meno intensa di poteri che si ricollegano agli istituti della vigilanza e della tutela"*¹¹. Non solo: l'istituto deve essere misurato alla luce del rapporto ordinamentale che lega vigilante e vigilato, o meglio dello stato di autonomia che caratterizza il vigilato (un conto è se è un ente strumentale, un conto se un ente autonomo, un conto un soggetto privato etc.). Tuttavia la "summa" dei poteri che la stratificata legisla-

zione ha via via attribuito alle amministrazioni vigilanti ha determinato un vero e proprio "precipitato" di poteri che si ritengono comunque essere compresi nell'ambito della nozione di vigilanza, a meno che non vi siano espresse eccezioni di legge (ad es. la nomina di un commissario straordinario *"costituisce attuazione del principio generale, applicabile a tutti gli enti pubblici, del superiore interesse pubblico al superamento, con tale rimedio, degli organi di ordinaria amministrazione, i cui titolari siano scaduti o mancanti"* (Corte Cost. 20 gennaio 2004, n. 27).

Con riguardo alle autorità indipendenti, la individuazione dei confini alla vigilanza e più nello specifico delle concrete manifestazioni di misure in cui può dispiegarsi si fa ancora più complessa: sia perché si intreccia con la camaleontica e multiforme nozione di regolazione, sia perché tali autorità dispongono di una serie di poteri puntuali, riconducibili alla vigilanza (si pensi ai poteri di ispezione e a quelli giurisdizionali o a quelli autorizzativi o inibitori etc.). Non è però possibile trarre un "sistema" di poteri validi per tutte le autorità, o in altre parole dedurre per via analogica dai poteri di una autorità poteri da attribuire ad altre autorità. Ognuna ha una sua rete di competenze, collegate al ruolo assegnato dall'ordinamento: ad esempio non è certo possibile far transitare altrove competenze e po-

teri attribuiti a Banca d'Italia e ISVAP (ora IVASS) nei confronti di banche e compagnie di assicurazioni, soggetti vigilati in tutta la loro attività, per evidenti ragioni di tutela della stabilità di tali regolamenti e del risparmio.

L'Autore distingue con avvedutezza due caratteri delle funzioni di vigilanza (a sua volta imbricate con quelle di regolazione, quando non con essa sovrapponibili): una *preventiva*, con finalità principalmente interpretativa ed integrativa della normativa, nonché orientativa e conformativa delle attività dei soggetti vigilati, che si concretizza soprattutto nell'adozione di regolamenti e di atti e provvedimenti generali, anche di *soft law*; ed una *successiva*, con finalità spiccatamente correttiva e conformativa e con una portata tendenzialmente generale, che è di solito esercitata tramite provvedimenti individuali di regolazione, inseriti talvolta all'interno di schemi provvedimentali tradizionali, rubricati, per esempio, come autorizzazioni o diffide, oppure ancora attraverso atti individuali di *moral suasion*.

La funzione *successiva*, ove abbia effetti vincolanti, non può che rispondere al principio di legalità, nella sua sottospecie rappresentata dal principio di tipicità. Nel senso che non è possibile far leva sulla cura degli interessi pubblici affidati per estrarne poteri a ciò funzionali. In tal senso è sempre attuale quan-

to si legge in una storica sentenza: il "*noto principio della tipicità degli atti amministrativi, cioè il principio per cui la pubblica Autorità può emanare esclusivamente i tipi di atti che sono previsti dalla legge, e per cui le norme che conferiscono poteri amministrativi sono tassative*", e la "*tipicità degli atti amministrativi implica cioè l'identificazione di uno schema legale tipico per ciascun atto, con la conseguenza che l'atto che per qualche profilo decampi dallo schema è illegittimo*"; con la precisazione che "*la competenza provvedimento delle Autorità amministrative non è identificata esclusivamente attraverso la "materia" intesa come sfera di interessi. Un concreto provvedimento amministrativo può decampare dallo schema legale, e quindi essere illegittimo, anche quando sia indiscussa la sua congruenza all'interesse pubblico la cui tutela è affidata all'Autorità emanante*"¹². Di conseguenza l'Amministrazione non può imporre la concessione edilizia (oggi permesso di costruire) per dar luogo a modifiche d'uso di immobili cui si dia corso senza opere: la disciplina legislativa degli strumenti urbanistici all'epoca consentiva a questi di porre solo prescrizioni che venivano inverte o controllate in sede di esecuzione di opere. In altre parole non è sufficiente la competenza nella materia, occorre l'attribuzione espressa di quel potere, tantopiù che il Consiglio di Stato nella sentenza 12 settembre 2006,

n. 5317 della Sez. IV, ha messo in luce proprio con riguardo alla Autorità in oggetto che «la ricostruzione dogmatica del concetto di vigilanza implica un rapporto organizzatorio diverso e più tenue del rapporto gerarchico e che deve essere inteso come potere strumentale al corretto esercizio della funzione in quella determinata materia stabilita dalla legge e non è caratterizzata dal controllo su di un'attività amministrativa già svolta, ponendosi piuttosto come indirizzo all'attività da svolgersi». Vero è che lo stesso Consiglio di Stato, ancora con riguardo all'Autorità sui contratti pubblici, ha ritenuto che essendole stati conferiti penetranti poteri di controllo, quali l'indicazione del contenuto che devono assumere certi atti (nel caso di specie il potere dell'Autorità nei confronti delle SOA), si possa ritenere sussistente, al fine di rendere effettiva la vigilanza, un potere di annullamento dei predetti atti, anche se non riconosciuto espressamente dalla legge. Peraltro di diverso avviso era stato il TAR Lazio¹³ basandosi sul fatto che non era riscontrabile alcuna norma né della legge né del regolamento che prevedesse in capo all'Autorità un potere di diretta incidenza sulle attestazioni rilasciate dalle SOA; sicché aveva concluso come fosse da escludere che tale Autorità potesse legittimamente emanare veri e propri provvedimenti di annullamento delle attesta-

zioni rilasciate. La incertezza della questione è del resto dimostrata dal fatto che tale potere è stato ora espressamente riconosciuto dall'art. 40, comma 4°, lett. b), e comma 9° *ter*, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici). Ed invero una lettura ortodossa del principio di tipicità è tantopiù necessaria considerata la genericità degli obiettivi affidati alle Autorità, che investono il buon andamento del mercato, la tutela della concorrenza etc., sì che assegnare loro, senza base legislativa i poteri a ciò funzionali significherebbe dar luogo a veri e propri provvedimenti *extra ordinem*.

E' vero che le Autorità tendono ad una interpretazione estensiva: gli esempi adottati delle misure adottate da AEEG e dalla stessa Autorità per i contratti lo dimostrano. Ed è vero che si assiste ad una estensione dei poteri attraverso la estensione dell'oggetto del potere provvedimento espressamente attribuito: caso tipico è la diffida di AGCM *ex art. 15 l. 287/1990* che accompagna l'accertamento di un illecito anticoncorrenziale: mentre il contenuto della diffida dovrebbe consistere esclusivamente nell'inibizione a non ripetere o proseguire nel comportamento illecito, l'Autorità tende a conformare il comportamento dell'impresa nel mercato ben oltre quelli che sono i limiti risultanti dall'illecito accertato. In altre parole l'Autorità non si limita a registra-

re il disvalore concorrenziale di un certo comportamento, ma tende a configurare il migliore assetto possibile per quel dato mercato e, pertanto, utilizza la diffida per conformare il mercato imponendo obblighi di comportamento. Nascono così veri e propri obblighi di *facere*, e dunque AGCM esplica una funzione che si aggiunge al contenuto tipico della diffida.

L'Autore dà conto di questa prassi per trarne conseguenze sul piano generale, atte ad individuare una regolazione *ex post con effetti conformativi* come connotato tipico delle funzioni delle Autorità. Ma a guardar bene la estensione di oggetto del provvedimento va considerata alla stregua di un *obiter dictum*: in tal guisa ha effetti sul piano della *moral suasion*, ma non direttamente conformativi e precettivi. Sicché appare più corretto ricondurre tutta la prassi regolatoria in questione di AGCM al ruolo orientativo che fa parte della fisionomia di ogni Autorità, e non come conferma del principio per cui l'interesse da curare consente di adottare ogni sorta di provvedimento ritenuto idoneo allo scopo. Del resto l'Autore non giunge a dire questo, limitandosi ad evidenziare una tendenza espansiva dei poteri delle Autorità e nel contempo a condividere, sul piano dell'efficienza e dell'efficacia del sistema, tale indirizzo conseguente alla finalità generale di garanzia del buon funzionamento dei mercati, e

nel contempo, di tutela e valorizzazione di una pluralità di diritti fondamentali degli operatori economici, dei cittadini, dei consumatori e degli utenti, nonché di beni ed interessi pubblici di rilevanza costituzionale, in genere non ordinati gerarchicamente e quindi lasciati alla ragionevole ed equilibrata composizione delle medesime autorità indipendenti. Celone dedica altresì particolare attenzione alla funzione di vigilanza (e, sempre per connessione, di regolazione) *preventiva*, con particolare riguardo al potere regolamentare. Sul punto non disquisce tanto sul tema, cui abbiamo fatto riferimento in precedenza, della "vaghezza" e della "genericità" degli oggetti da disciplinare con la normazione, quanto sulla presenza stessa di tale potere normativo. In sintesi, nel pensiero dell'Autore, determinazioni, comunicati, deliberazioni, costituiscono tutti espressione di un potere strettamente congiunto a quello di vigilanza e anzi indispensabile perché l'Autorità possa esplicare la sua funzione tipica volta a garantire il corretto funzionamento del sistema dei contratti pubblici al punto che possono estrinsecarsi in veste normativa, cioè con effetti vincolanti *erga omnes*. In altri termini, l'Autore sostiene che il potere regolamentare-regolatorio, anche se non espressamente positivizzato, da un lato è strettamente connesso alla funzione di vigilanza, dall'altro è funzionale

anzi necessario per raggiungere e soddisfare nel modo migliore i molteplici obiettivi e valori e interessi che la legge ha affidato all'Autorità. Senonchè la tesi dell'Autore circa la presenza di un potere di dettare regole generali ed astratte con effetti direttamente conformativi, pur illustrata con dovizia di argomenti, non appare sostenibile per le stesse ragioni di difformità dal principio di tipicità – legalità prospettato con riguardo alla regolazione conformativa *ex post*. Non solo: la lettura estensiva del potere di vigilanza, sino a ricomprendere il potere regolamentare è stata respinta dalla Corte Costituzionale (sentenza 29 settembre 2003, n. 300) pur con riguardo agli atti di mero indirizzo del Ministero dell'Economia e delle Finanze, quale Autorità di vigilanza sulle fondazioni bancarie: la Corte ha difatti osservato che l'attività di vigilanza ha natura dell'attività di controllo, che si articola nella sequenza parametro-verifica-giudizio: il parametro è da individuare nella norma di legge e non può, come invece avviene quando sussista *espressamente* un potere di indirizzo, essere ulteriormente specificato o conformato dall'autorità di vigilanza con propri atti.

Celone invero radica le proprie conclusioni anche sul coacervo di funzioni di cui dispone l'Autorità, che di conseguenza necessiterebbe di una previa determinazione nell'interesse delle stazioni appaltanti e

così del buon funzionamento del mercato. Ma in tal maniera si ripercorre, sotto nuova veste, l'antico ragionamento di Federico Cammeo, che fondava il potere regolamentare sulla attribuzione di poteri discrezionali, che in tal maniera venivano ad essere autoregolamentati, a tal fine rifacendosi alla famosa formula di Gneist secondo la quale *“ciò che l'Autorità può comandare e vietare in ogni singolo caso, può comandarlo o vietarlo in generale per tutti i casi simili dell'avvenire”*. Tesi peraltro che è stata da gran tempo abbandonata, a partire dal fondamentale saggio di Zanobini del 1922, che dimostrò il necessario ancoraggio alla legge del potere regolamentare, stante la diversa natura degli atti amministrativi “regolamentari” rispetto agli atti amministrativi “provvedimentali”.

Aggiungasi che, in una materia già così intensamente disciplinata a livello comunitario oltre che a livello statale, un potere regolamentare ulteriore, in quanto si aggiungerebbe al regolamento esecutivo dettato con d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, non potrebbe che essere fonte di incertezze interpretative, anche perché alla fin fine non si tradurrebbe che in norme interpretative delle norme sovraordinate, e dunque passibili di disapplicazione. Ed invero perché lo scopo primario della stessa istituzione dell'Autorità è quello di garantire la tutela della concorrenza nel settore dei contrat-

ti pubblici, e come rilevato più volte dalla Corte Costituzionale, le regole di concorrenza esprimono un carattere unitario¹⁴, ne deriva che l'“arcipelago” di fonti si porrebbe in contraddizione con tale valore.

Sicché la strada scelta dal legislatore di dare ad AVCP funzioni di orientamento, di *moral suasion*, di monitoraggio, di consulenza, di espressione di poteri-consultivi di vario tipo (es. di precontenzioso o sulle clausole di bandi e lettere di invito) e non di poteri regolamentari, risponde all'esigenza di avere un'Autorità dotata di alte competenze tecniche, che funga da punto di riferimento e da supporto per le stazioni appaltanti e per le imprese e non un produttore di ulteriori norme, delle quali non si sente certo il bisogno tantopiù a livello di fonti secondarie.

I poteri di *soft law* al pari e forse più di tutti gli altri pur dotati di forza conformativa sono del resto di primaria importanza ai fini del corretto funzionamento del mercato, nell'interesse delle imprese ma anche e soprattutto delle stazioni appaltanti e con esse nell'interesse pubblico ad una efficiente ed economica realizzazione delle opere pubbliche e prestazione di servizi e forniture. Merito della monografia è stato mettere in risalto che tale compito di carattere orientativo-interpretativo costituisce la “cifra significativa” delle funzioni dell'Autorità, la quale appunto va vista non

come un mero “gendarme” della mera correttezza formale delle procedure. Del resto l'art. 8, comma 5 del Codice dei contratti, laddove richiama “«le delibere dell'Autorità»” che «riguardino questione di interesse generale o la soluzione di questione di massima»” costituisce un segnale inequivoco del ruolo di ente di regolazione *ex ante*.

Come pure merito dell'Autore è aver messo in luce la funzione dinamica e attenta al risultato dell'Autorità di vigilanza, nonché, pur nella variegatezza di attribuzioni, la sua funzionalizzazione verso l'espansione massima dei principi di concorrenza e di non discriminazione e nel contempo di efficienza ed economicità nella gestione dei contratti. Emerge dalla monografia la consapevolezza che le funzioni assegnate ad AVCP dal Codice dei contratti, cui si aggiungono quelle assegnate più recentemente (ad es. in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, di vigilanza per la razionalizzazione della spesa sanitaria, di verifica dello stato di attuazione delle opere pubbliche, di banca dati nazionale dei contratti pubblici, di verifica dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento, di redazione di schema tipo per le informazioni sui costi unitari, etc.) pongono tutti i presupposti a che tale Autorità si affermi come regolatore a tutto campo del complesso, vasto e “contenziosissimo” settore dei contratti pubblici, regola-

zione che sarà tanto più efficace e dunque fonte di certezza e stabilità quanto maggiore sarà l'*auctoritas* che nel tempo e sul campo essa riuscirà ad acquisire, *auctoritas* che a sua volta necessita di un inquadramento dogmatico, di una ricostru-

zione sia sul piano esegetico sia sul piano delle *rationes* sottese, di una rivisitazione critica dell'"arsenale" dei poteri attribuiti, contenuti questi ora tutti rinvenibili nella monografia di Celone.

NOTE

¹ Nel noto caso *MacCulloch vs Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) in cui si ebbe ad affermare che "se lo scopo è legittimo e costituzionale allora tutti i mezzi che sono appropriati e vengono adottati chiaramente al fine di raggiungerlo e che non sono espressamente vietati dalla Costituzione, ma anzi sono coerenti con il testo e lo spirito della Costituzione, sono costituzionali".

² V. in tal senso già A. LEVI, *La teoria hamiltoniana degli implied powers della Costituzione*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Rendiconti della classe scienze morali, storiche e filologiche*, serie VIII, vol VI, 1952, 513.

³ Così P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2003-2004, Torino, 2004, XV.

⁴ V. Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giornale dir. amm.*, 4/2007, 378 ss. con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità indipendenti*, cui si rinvia anche per i molti richiami di dottrina e di giurisprudenza sulla c.d. "legalità procedimentale".

⁵ V. Cass., Sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 770.

⁶ V. Corte Cost. 24 luglio 1995, n. 356, in *Giur. cost.*, 1995, I, 2631.

⁷ V. Corte Cost. 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.*, 1981, I, 843.

⁸ V. Cass., Sez. I, 23 marzo, 2004, n. 5743, in *Foro amm. Cds*, 2004, 679.

⁹ V. in argomento quanto rilevato in G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grotanelli de Santi*, Milano 2007, spec. 599 ss. Si potrebbe aggiungere che, a fronte di norme tecniche, la giurisprudenza costituzionale non solo riduce il tasso di raffrontabilità, ma legge con minore rigore il riparto di competenze tra Stato e Regioni (si rinvia sul punto a A. CONTIERI, *Normative tecniche come limite all'attività normativa*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo Annuario*, 2004, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Milano 2005, 105). Va detto anche che, in talune occasioni, la Corte Costituzionale ha invero fatto un uso eccessivamente disinvolto del criterio della tecnicità. Ciò in particolare con riguardo alla disciplina di cui alla legge urbanistica: infatti dopo aver precisato che la riserva relativa di legge ex art. 42, comma 2°, consente al legislatore di attribuire alla pubblica Amministrazione il potere di incidere sulla concreta disciplina del godimento degli immobili "qualora, nella legge ordinaria siano contenuti elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'Amministrazione", la Corte ebbe rilevare che "gli ampi poteri (così testualmente la Corte), conferiti ai commi dall'art. 7 della legge urbanistica, secondo cui, com'è noto, mediante l'emanazione dei piani regolatori il territorio comunale viene distinto in zone più o meno edificabili, con rilevanti conseguenze per il diritto del proprietario", sono in linea con la riserva di legge, in quanto l'imposizione di vincoli di zona sulle aree altrimenti fabbricabili non costituisce esercizio "di discrezionalità indiscriminata ed incontrollabile", bensì di discrezionalità tecnica", rimanendo pertanto esclusa la prospettata violazione della riserva relativa di legge" (v. in tal senso la sentenza Corte Cost. 3 maggio 1966 n. 38, negli stessi termini Corte Cost. 11 maggio 1971 n. 94).

¹⁰ Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

¹¹ M. STIPO, *Vigilanza e tutela*, Enc. giur. Treccani, *ad vocem*.

¹² Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991; Id., Sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128.

¹³ Sez. III, 13 marzo 2004, n. 2439; Id., 19 maggio 2003, n. 4368.

¹⁴ V. sul punto le pertinenti osservazioni di E. CARLONI, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, 2010, 680.

ABSTRACT

Gustavo Zagrebelsky, *Il tempo e lo spazio del “capro espiatorio”. Del paradosso della dignità in carcere*

L'Autore compie una riflessione sul carcere, muovendo dal rapporto che esiste tra esso e i principi costituzionali. Dopo alcune considerazioni sulla funzione sociale del capro espiatorio, l'Autore afferma che l'idea della conciliabilità tra la dignità umana e la condizione carceraria in quanto tale è una nobile illusione, perché il carcere contraddice qualsivoglia concezione della dignità, essendo quello, nonostante il riconoscimento di diritti in capo ai detenuti, un microcosmo avulso dalla comune condizione umana. L'Autore prosegue poi la riflessione evidenziando come secondo Costituzione la pena carceraria dovrebbe essere considerata *extrema ratio*, perché è soltanto fuori dal carcere che è possibile la risocializzazione del condannato. Di qui, la proposta di ripensare alle pene in una prospettiva non segregante: l'Autore considera alternative possibili le sanzioni restitutorie e risarcitorie così come la giustizia riparativa, restaurativa, riconciliativa.

The Time and the Space of the “Scapegoat”. On the Paradox of Dignity in Prison

The Author meditates on prison, moving from the relationship existing between prison and constitutional principles. After some considerations on the social function of the scapegoat, the Author affirms that the idea of a possible conciliation between human dignity and detention as such is a noble illusion. The prison, indeed, contradicts any concept of dignity, because, despite the recognition of some rights for the detainees, it is a microcosm divorced from common human condition. The Author proceeds noting that, according to the Constitution, the detention sentence should be considered as a means of last resort, because it is only outside prison that the re-socialization of the convicted can be pursued. Consequently, he proposes a reorganization of penalties in a non-segregating perspective: the Author considers possible alternative sanctions (i.e.: restoration and restitution) as well as restorative, reparative and reconciliative justice.

Claudio De Fiores, *Interpretazione delle leggi e interpretazione costituzionale*

L'Autore esamina il rapporto fra l'interpretazione della Costituzione e l'interpretazione delle leggi, analizzando in particolare le differenti tecniche inter-

pretative delle norme giuridiche: interpretazione giudiziale, interpretazione autentica, interpretazione dottrinale. In questa prospettiva l'articolo ripercorre le principali tappe del pensiero giuridico: il metodo scientifico di Savigny, il procedimento spirituale di Kelsen, il realismo giuridico di Ross, la teoria originalista americana, la teoria della bivalenza di Dworkin. Secondo l'Autore con l'entrata in vigore della Costituzione sarebbe emersa una nuova teoria dell'interpretazione che utilizza tecniche e strumenti differenti da quelli impiegati generalmente per l'interpretazione delle leggi.

Interpretation of Acts and Constitutional Interpretation

The Author examines the relationship between the interpretation of the Constitution and the interpretation of acts and especially the different methods of interpreting the rules of law: judicial interpretation, interpretative acts, interpretation of legal doctrine.

In this perspective, the article analyzes the development of the legal literature: the scientific method of Savigny, the spiritual way of Kelsen, the legal realism of Ross, the original intent of the American jurists, the theory of the bivalence of Dworkin. The Author considers that the Constitution has meant the emergence of a new theory of legal interpretation that uses other instruments than those are generally applied for the interpretation of the acts, leading to the achievement of a specific statute for the interpretation of constitutional law.

Tatiana Guarnier, *Legge di delega e questione di fiducia. Appunti su una convivenza sospetta*

Il saggio studia le più recenti prassi della delegazione legislativa, con particolare riguardo al procedimento di formazione della legge di delega. Constatato un frequente uso della questione di fiducia su maxi-emendamenti integralmente sostitutivi del testo della legge di delega, l'autrice studia i profili di incostituzionalità di queste prassi, sia con riferimento all'art. 76 Cost., sia con riferimento all'art. 72, comma quarto, Cost.

Nel silenzio che la Costituzione riserva all'istituto della questione di fiducia e a quello degli emendamenti, il saggio ricostruisce il quadro costituzionale di riferimento, dimostrando l'incompatibilità con la legge di delega della questione di fiducia, per come disciplinata dai regolamenti parlamentari, con l'aiuto della giurisprudenza costituzionale che ha contribuito negli ultimi anni a delineare il rapporto fra Governo e Parlamento nell'esercizio di altra funzione normativa primaria (quella di decretazione d'urgenza).

Dall'analisi emergono numerosi profili di incostituzionalità, sia per il mancato rispetto della separazione delle funzioni, sia per la sovrapposizione fra soggetto delegante e soggetto delegato, sia per il mancato rispetto della riserva di Assemblea, sia per le alterazioni della forma di governo che ne conseguono.

Queste violazioni risultano aggravate quando la questione di fiducia viene apposta su maxi-emendamenti, ragione per cui il lavoro dedica un apposito spazio alle relative prassi ed alle specifiche ragioni di incostituzionalità.

Enabling Act and Vote of Confidence. Notes on a Suspicious Cohabitation

The essay studies the more recent practices of enabling legislation, with particular regard to the procedure of creation of the enabling acts. Noted a frequent use of the vote of confidence on maxi-amendments that integrally replace the text of the enabling act, the author studies the issues of unconstitutionality of these practices, both with reference to art. 76 of the Constitution, and with reference to art. 72, par. 4, of the Constitution.

As the Constitution is silent both on the vote of confidence and the amendments, the article retraces the constitutional framework, demonstrating the incompatibility between enabling acts and vote of confidence, as regulated by parliamentary rules, with the support of the constitutional case-law that in recent years has contributed to define the relationship between Government and Parliament in the exercise of another primary legislation function (that of urgent decrees).

The analysis reveals several unconstitutionality: the incomppliance of the separation of competences, the overlapping between enabling and enabled bodies, the incomppliance of the parliamentary debate's reservation, and the alterations of the form of government that these practices imply. These violations are worsened when the vote of confidence concerns maxi-amendments, so the work devotes a particular attention to this practice and to its specific reasons of unconstitutionality.

Antonio Iannuzzi, *Crisi economico-finanziaria e decreti-legge "manifesto". Sulla dubbia legittimità costituzionale delle numerose previsioni dichiarate salvifiche ed urgenti che differiscono i loro effetti al momento dell'adozione delle norme di attuazione*

La ragione genetica degli ultimi tre governi che si sono succeduti è stata quella di fronteggiare la dirompente crisi economico-finanziaria in atto. Lo strumento privilegiato per far fronte all'emergenza economica è stato il decreto-legge. Tuttavia, i decreti che sono stati adottati hanno fatto ampiamente ricorso, per diverse ragioni, a norme non immediatamente applicative, ma destinate ad acquistare efficacia solo a seguito dell'adozione di atti secondari.

Il saggio analizza l'azione dei due governi che hanno preceduto quello attualmente in carica, facendo emergere, attraverso l'analisi dei dati quantitativi, come il tasso di attuazione delle norme contenute nei decreti-legge anticrisi sia davvero molto basso. Se di per sé il ricorso eccessivo da parte di un decreto-legge a norme secondarie costituisce una patologia, la ricorrente mancata ado-

zione delle norme attuative rappresenta una conferma dell'incostituzionalità di tali decreti per l'evidente insussistenza del presupposto costituzionale della straordinaria necessità e urgenza.

Economic and Financial Crisis and Token Decree-law. About the Doubtful Constitutional Legitimacy of Many Acts Declared Urgent and Necessary to Save the State Whose Effects Are Postponed to the Adoption of the Norms of Implementation

The genetic reason behind the creation of the last three governments has been the necessity to deal with the serious economic and financial crisis. The instrument preferred to face the economic emergency has been the decree-law. Nevertheless, the decrees adopted have frequently used, for different reasons, norms that are not self-executing but that will become effective only after the adoption of secondary acts.

This paper analyses the action of the two governments that had come before the one now in charge, with the aim to underline, through the exam of the quantitative data, that the rate of implementation of the norms contained in the anti-crisis decree-laws is very low. Besides the fact that the excessive use of secondary norms into decree-laws indicates a pathology, the frequent missed adoption of norms of implementation represents a confirmation of the unconstitutionality of these decrees because of the clear lack of the constitutional requirement of the extraordinary necessity and urgency.

Flaminia Aperio Bella, *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*

Lo scritto prende le mosse da recenti pronunce giurisdizionali e evoluzioni normative per riflettere sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico nell'ambito del sistema dell'affidamento di commesse pubbliche, con particolare riferimento ai settori di acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni, gas e poste (ex esclusi). Tenendo a mente la rigida funzionalizzazione che ha guidato l'elaborazione e l'evoluzione delle due figure in ambito eurounitario, l'analisi dell'ambito soggettivo di applicazione delle regole di evidenza pubblica è condotta evidenziando le differenze tra impresa pubblica e o.d.p. e rifuggendo da semplicistici riferimenti alla nozione di "pubblica amministrazione". L'applicazione dell'approccio scelto al dibattito sull'ambito oggettivo di operatività del regime ad evidenza pubblica negli affidamenti nei settori speciali consente di (i) delineare il confine tra le attività "strumentali", in cui trovano applicazione le regole evidenziali, e quelle in cui tali norme non hanno ragione di operare, con ciò che ne discende in termini di giurisdizione competente a conoscere delle relative controversie, (ii) riconsiderare la nozione di o.d.p. *in parte qua*.

About the Notions of “Public Undertaking” and “Bodies Governed by Public Law”

In the light of some recent court decisions and legislative reforms, the article focuses on the notions of “public undertaking” and “bodies governed by public law” within the system of public procurement, especially in the water, energy, transport and postal services sectors. According to the strict functionalization that guided the development of the two notions in EU law, the analysis of the subjective scope of application of procurement procedures is carried out highlighting the differences between “public undertaking” and “bodies governed by public law”, avoiding references to the notion of “public administration”. If the same approach is applied to the objective scope of application of procurement procedures in the above sectors it allows (i) to identify the contracts awarded “for purposes other than the pursuit of their activities” in water, energy, transport and postal services, where procurement procedures are not applicable (with relevant consequences on the competence for judicial review), (ii) to reconsider the notion of “o.d.p. *in parte qua*”.

Marco Olivetti, *La forma di governo nella costituzione tunisina del 2014*

La Costituzione tunisina del 2014, che costituisce il risultato del complesso processo costituente apertosi dopo la caduta del presidente Ben Ali nel 2011, contiene una disciplina dettagliata degli organi di governo fra cui è distribuita la funzione di indirizzo politico (Assemblea dei Rappresentanti del Popolo, Presidente della Repubblica, Capo del Governo): essa regola la formazione, il funzionamento, le competenze di tali organi ed i rapporti fra di essi. Le caratteristiche principali della forma di governo tunisina sono un parlamento monocamerale ed un potere esecutivo di carattere dualistico, fra le cui due “teste” – il Presidente della Repubblica e il Capo del Governo – è previsto un preciso sistema di *checks and balances*. Malgrado una disciplina dei rapporti fra tali organi che utilizza varie tecniche del parlamentarismo razionalizzato (la regolazione dettagliata della formazione del governo e del rapporto fiduciario, nonché delle forme di partecipazione del Presidente della Repubblica al processo decisionale politico), non è per il momento chiaro se il sistema tunisino di governo sia collocabile fra i regimi parlamentari o fra quelli di carattere semipresidenziale e, in questa seconda eventualità, di quale tipo di semipresidenzialismo si tratti. La prassi che va emergendo dopo l’entrata in vigore della Costituzione sembra far intravedere un ruolo non meramente rappresentativo del Capo dello Stato, ma all’interno di un contesto pluralistico, che dovrebbe differenziare sensibilmente la forma di governo tunisina dal presidenzialismo autoritario tuttora dominante nel mondo arabo.

The System of Government in the Tunisian Constitution of 2014

The Constitution of Tunisia, adopted in 2014, is the result of the complex

process of constitution-drafting that begun in 2011 after the fall of president Ben Ali and includes a detailed regulation of the governing authorities between which the political power is shared (Assembly of People's Representatives, President, Head of the Government): the Constitution regulates the formation, the working and the competences of such authorities, as well as their respective relations. The main characters of the Tunisian system of government are a single-Chamber Parliament and the dualistic structure of the executive power: the Constitution foresees a system of checks and balances between the two "heads" of the Executive (the President and the Head of the Government). Notwithstanding a regulation of the relations between such authorities that is clearly inspired to the techniques of the so-called "rationalized parliamentarism" (the detailed regulation of the formation of the government and of the relation of confidence between Parliament and Government, as well as the regulation of the forms in which a participation of the President to the decision-making process), it is not clear for the moment if the Tunisian system of government should be included between the parliamentary or between the semi-presidential systems, and, in this second case, which kind of semi-presidential government should it be. The constitutional practice that is emerging after the entry into force of the Constitution outlines a non merely representative role for the Head of the State, but in a pluralistic context, that is supposed to distinguish clearly the Tunisian system of government from the forms of authoritarian presidentialism that currently still prevail in the Arab world.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

GUSTAVO ZAGREBELSKY, Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino, Presidente emerito della Corte costituzionale

CLAUDIO DE FIORES, Professore straordinario di Diritto pubblico e costituzionale, Seconda Università degli Studi di Napoli

TATIANA GUARNIER, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Camerino

ANTONIO IANNUZZI, Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi Roma Tre

FLAMINIA APERIO BELLA, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre

MARCO OLIVETTI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università LUMSA di Roma

GIUSEPPE MORBIDELLI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, "Sapienza" Università di Roma

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Guarnier, Iannuzzi, Aperio Bella, Olivetti.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2015: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di maggio 2015
da *La Buona Stampa* – Napoli

