

PREFAZIONE

Il progetto di questo manuale è di offrire, in un unico volume, gli elementi fondamentali del diritto pubblico italiano e le nozioni specialistiche relative al sistema dei servizi alla persona. Il lettore potrà ricavare una conoscenza sia del contesto istituzionale e amministrativo generale, sia dell'ordinamento di settore in un percorso unitario che si pone in linea con la struttura di molti corsi universitari (e di tante prove concorsuali) che, pur non essendo specificamente dedicati ai profili giuridici, richiedono una buona conoscenza anche di questi elementi. Il testo è destinato perciò anzitutto agli studenti dei corsi dell'area medica e infermieristica o che seguono un percorso più legato alle scienze sociali. Ma si rivolge pure a un pubblico più vasto di quello universitario e concorsuale: può risultare utile, infatti, anche ai tanti operatori che si trovano ogni giorno, nell'esercizio della loro professione, di fronte a problemi giuridici per affrontare i quali non hanno una preparazione giuridica specifica.

Il testo è stato concepito assumendo il punto di vista di chi, per motivi di studio o professionali, voglia arrivare non solo a comprendere l'impianto normativo e giurisprudenziale della materia nella sua declinazione teorica, ma anche interpretare in modo concreto le regole e i limiti che, quotidianamente, danno forma al lavoro in questi ambiti. A tal fine servono sia le nozioni di base del diritto pubblico (il sistema delle competenze, il sistema delle fonti, il sistema della tutela dei diritti, il sistema delle responsabilità), sia una ricostruzione della troppo complessa legislazione che disciplina i servizi socio-sanitari e le relative professioni.

La parte generale sfrutta l'impianto dell'ormai collaudato *Diritto pubblico*, di R. Bin e G. Pitruzzella, giunto già alla XII edizione, di cui utilizza l'impostazione e i lineamenti fondamentali, ma alleggerendone le parti più strettamente tecnico-giuridiche: e lo integra con una ricostruzione del tutto originale dei tratti fondamentali della legislazione in materia socio-sanitaria e dei principi costituzionali che la ispirano, approfondendo, sia per la sanità che per il sistema di *welfare*, i modelli, le strutture, le prestazioni e le responsabilità degli operatori. Un *Indice delle definizioni* posto in calce al libro potrà risultare strumento molto utile sia per orientarsi meglio nella lettura del testo, sia per trovare una rapida risposta a dubbi e problemi che inevitabilmente insorgono nell'attività professionale.

ROBERTO BIN-DANIELE DONATI-GIOVANNI PITRUZZELLA

Agosto 2014

I. LO STATO E GLI ENTI PUBBLICI

1. LO STATO. DEFINIZIONE

Stato è il nome dato ad una particolare forma storica di *organizzazione del potere politico*, che esercita *il monopolio della forza legittima* in un determinato territorio e si avvale di un *apparato amministrativo*.

Lo Stato moderno nasce e si afferma in Europa tra il XV ed il XVII secolo e si differenzia dalle precedenti forme di organizzazione del potere politico, per la presenza di due caratteristiche: *a)* una concentrazione del potere di comando legittimo nell'ambito di un determinato territorio in capo ad un'unica autorità; *b)* la presenza di un'organizzazione amministrativa in cui opera una burocrazia professionale.

Lo **Stato moderno** è un *apparato centralizzato stabile che ha il monopolio della forza legittima in un determinato territorio*. Il concetto giuridico che è servito a inquadrare questa caratteristica dello Stato è quello di **“sovrànità”**.

La sovranità ha *due aspetti*: quello interno e quello esterno. Il primo consiste nel *supremo potere di comando* in un determinato territorio, che è tanto forte da non riconoscere nessun altro potere al di sopra di sé. Possono esistere molteplici centri di potere all'interno dello Stato, ma nessuno è pari o superiore ad esso. Il secondo aspetto consiste nell'*indipendenza* dello Stato rispetto a qualsiasi altro Stato. I due aspetti sono strettamente intrecciati: lo Stato non potrebbe vantare il monopolio della forza legittima e quindi il supremo potere di comando su un dato territorio se non fosse indipendente da altri Stati.

2. SOVRANITÀ E ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

Tradizionalmente la sovranità “esterna” non riconosceva altri limiti se non quelli di volta in volta scaturenti da accordi tra gli Stati (i “Trattati” del diritto internazionale). Dopo la seconda guerra mondiale si è sviluppato un processo di limitazione giuridica della sovranità “esterna” degli Stati, con la finalità principale di garantire la pace e tutelare i diritti umani. Il processo è stato avviato con il trattato istitutivo dell'**Organizzazione delle Nazioni Unite** (ONU), approvato a San Francisco il 26 giugno 1945, che ha come finalità principale il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale; poi con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Tuttavia anche l'ONU, come afferma il trattato istitutivo, “è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi membri” e pertanto vieta l'ingerenza nelle questioni interne di ciascuno Stato.

La limitazione della sovranità statale diventa invece molto più evidente ed intensa con la creazione in Europa di **Organizzazioni sovranazionali**; cioè con l'istituzione della *Comunità economica europea* (CEE, istituita nel 1957) e con i suoi sviluppi successivi (→ § II).

3. LA CITTADINANZA

La **cittadinanza** è uno *status* cui la Costituzione riconnette una serie di *diritti* e di *doveri*. Essa è condizione per l'esercizio dei diritti connessi alla titolarità della sovranità da parte del popolo, tra cui in particolare i diritti "politici" (→ § X.13), come l'elettorato "attivo" e "passivo" (→ § III.1.1), ma è anche fondamento di alcuni doveri costituzionali, espressione della solidarietà che esiste tra i componenti di un unico popolo (dovere di difendere la Patria, concorrere alle spese pubbliche in ragione delle proprie capacità contributive, fedeltà alla Repubblica e osservanza della Costituzione e delle leggi: → § X.14). La Costituzione italiana stabilisce che nessuno può essere privato della cittadinanza per motivi politici (art. 22, che vieta altresì di privare una persona, sempre per motivi politici, della capacità giuridica e del nome). Ma i modi in cui la cittadinanza può essere acquistata, perduta e riacquistata sono disciplinati dalla legge (attualmente la legge 91/1992 ed il relativo regolamento di esecuzione adottato con d.P.R. 572/1993, ora modificati in senso restrittivo dalla legge 94/2009).

✓ COME SI ACQUISTA, SI PERDE E SI RIACQUISTA LA CITTADINANZA ITALIANA

La cittadinanza italiana viene acquistata:

A) con la nascita per:

- *ius sanguinis*, ossia acquista la cittadinanza il figlio, anche adottivo, di padre o madre in possesso della cittadinanza italiana, qualunque sia il luogo di nascita;
- *ius soli*, ossia acquista la cittadinanza colui che è nato in Italia da genitori ignoti o *apolidi* (cioè privi di qualunque cittadinanza), o che, nato in Italia da cittadini stranieri, non ottenga la cittadinanza dei genitori sulla base delle leggi degli Stati cui questi appartengono;

B) lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, diviene cittadino se entro un anno dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana;

C) su istanza dell'interessato (gravata dal pagamento di un "contributo" di 200 euro), rivolta al sindaco del Comune di residenza o all'autorità consolare, e in particolare:

- dal coniuge, straniero o apolide, di un cittadino o cittadina italiani qualora ricorrano determinate condizioni (che dopo il matrimonio risieda in Italia per almeno due anni o che siano decorsi almeno tre anni dalla data del matrimonio e in costanza del medesimo: i termini sono dimezzati in presenza di figli);
- dallo straniero che possa vantare un genitore o un ascendente in linea retta di secondo grado che sia cittadino italiano per nascita;
- dallo straniero, che abbia raggiunto la maggiore età, adottato da cittadino italiano e residente nel territorio nazionale da almeno cinque anni successivi all'adozione;
- dallo straniero che ha prestato servizio alle dipendenze dello Stato per almeno cinque anni;
- dal cittadino di uno degli Stati membri della UE, dopo almeno quattro anni di residenza nel territorio della Repubblica;
- dall'apolide dopo almeno cinque anni di residenza;
- dallo straniero, dopo almeno dieci anni di regolare residenza in Italia.

La medesima legge disciplina i casi di *perdita della cittadinanza*, che può avvenire o *per rinuncia oppure automaticamente* in presenza di certe condizioni. Nella prima ipotesi rientra, in particolare, il caso del cittadino che possieda, acquisti o riacquisti una cittadinanza straniera, qualora risieda o abbia deciso di stabilire la propria residenza all'estero. Nella seconda ipotesi rientra il caso del cittadino che svolgendo funzioni alle dipendenze di uno Stato estero, intenda conservare questa posizione nonostante l'intimazione del Governo italiano a cessare tale rapporto di dipendenza. La cittadinanza perduta può essere riacquistata quando ricorrano alcune condizioni, fissate dalla legge 91/1992.

4. LA CITTADINANZA DELL'UNIONE EUROPEA

Con l'integrazione europea il rapporto tra lo Stato ed i propri cittadini cessa di avere quel carattere di esclusività che aveva in passato. Il Trattato sull'Unione europea del 1992 (noto come Trattato di Maastricht) ha introdotto l'istituto della **cittadinanza dell'Unione** (artt. 20-25 TFUE). Presupposto della cittadinanza dell'Unione è la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione *“completa la cittadinanza nazionale e non la sostituisce”* (art. 20 TFUE). I diritti di cittadinanza devono essere integrati attraverso il riferimento a quel complesso di situazioni soggettive che sorgono in base al Trattato UE e alle relative norme di attuazione. Tant'è che il cittadino dell'Unione, oltre a poter agire in giudizio davanti agli organi di giustizia dell'Unione, può agire nei confronti dello Stato di cui possiede la cittadinanza per far valere i diritti che gli spettano in forza della cittadinanza comunitaria.

In particolare, queste situazioni soggettive comprendono: *“il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente Trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione di esso”* (art. 21 TFUE); la possibilità di godere della *“tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato”*, qualora lo Stato di nazionalità non sia *“rappresentato”* nello Stato terzo (art. 23 TFUE); il diritto di petizione al Parlamento europeo ed il diritto di rivolgersi al mediatore europeo (art. 24 TFUE).

Ma l'aspetto più importante della disciplina in esame è l'attribuzione al cittadino dell'Unione del diritto di *elettorato attivo e passivo* (→ § III.1.1) *“alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiede”*, nonché alle *“elezioni del parlamento europeo nello Stato membro in cui risiede”* (art. 22 TFUE). In entrambi i casi il diritto di elettorato viene riconosciuto al cittadino dell'Unione alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato in cui risiede.

Inoltre, l'Unione si impegna a rispettare i diritti fondamentali quali sono sanciti dalla **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino** (→ § X.4) e quali risultano dalle *“tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”* (art. 6 TUE). Il sistema è completato da un apparato di garanzie: ogni persona può adire la Corte di giustizia, con riguardo ad atti delle istituzioni comunitarie che considera contrari ai diritti fondamentali.

✓ DALLO STATO-NAZIONE ALLE SOCIETÀ MULTICULTURALI

La cittadinanza nel processo di costruzione dello Stato ha avuto un ruolo fondamentale, esprimendo il legame stabile, che affondava le sue radici in una storia ed in una cultura comuni, tra un gruppo di persone e lo Stato, da cui il diritto faceva discendere uno *status* particolare, costituito da un complesso di situazioni soggettive attive e passive. Da qui derivava la distinzione tra i cittadini e gli **stranieri**, che non potevano vantare nel territorio dello Stato il complesso di diritti propri dei cittadini. Oggi, però, la distinzione è in crisi. Già si è visto come i cittadini dell'Unione europea possono vantare una serie di diritti anche nei confronti degli Stati membri dell'Unione diversi da quello di cui hanno la cittadinanza nazionale. Devono aggiungersi le conseguenze che sulla materia in esame derivano per effetto degli afflussi migratori di massa nei Paesi più ricchi e liberi, dell'utilizzazione di stranieri extracomunitari in diverse attività economiche, del sostanziale stabilirsi in tali Paesi di singoli e di intere famiglie provenienti da altri Paesi e da differenti civiltà. Pertanto, alla distinzione tra cittadini e stranieri tende a subentrare un'altra, basata sulla nozione più lata di "residente" (→ § XI.3.1). Anche attraverso il riconoscimento di tali diritti agli stranieri residenti si intende fornire una risposta ai problemi sollevati dall'affermazione delle **società multiculturali**, per cui nell'ambito del territorio dello Stato si trovano a coesistere gruppi con diverse provenienze geografiche, differenti tradizioni culturali e religiose, insomma appartenenti a civiltà diverse. La coesistenza pacifica di tali gruppi oggi difficilmente può avvenire attraverso l'assimilazione alla cultura comune ai cittadini dello Stato e, perciò, sembra richiedere la garanzia del mantenimento della rispettiva identità culturale e l'equiparazione ai cittadini nel godimento di un nucleo fondamentale di diritti. In questo modo si garantisce la permanenza delle identità particolari, a condizione, però, che queste non pretendano di trasformarsi in un assoluto imponendosi, cioè, alle altre identità culturali. Tutto ciò rinvia al valore fondamentale che nelle odierne democrazie pluraliste assume il *principio di tolleranza*.

5. LO STATO COME APPARATO

Lo Stato si differenzia da altre organizzazioni politiche che pure hanno realizzato il monopolio della forza legittima in un determinato territorio (come, per esempio, i Comuni italiani del XIV secolo), per la presenza di *un apparato organizzativo servito da una burocrazia professionale*. L'organizzazione è *stabile* nel tempo ed ha carattere *impersonale* perché esiste e funziona sulla base di *regole predefinite*.

La complessa attività dell'apparato è scomposta, secondo diversi criteri, in numerosi compiti minori, ciascuno dei quali è esercitato da strutture minori. In questo modo si traduce nell'organizzazione statale il più generale principio di divisione del lavoro. Naturalmente, l'apparato organizzativo e le strutture che lo compongono sono azionati da uomini, ma questi operano nei limiti delle competenze assegnate e di procedure prestabilite. Tutto ciò comporta che l'esistenza dell'apparato prescinde dalle concrete persone fisiche che lo fanno funzionare.

Una persona, quindi, può essere sostituita con un'altra, purché questa abbia l'addestramento specificamente richiesto per lo svolgimento dei compiti particolari che dovrà adempiere. Poiché l'apparato esiste indipendentemente dalle persone che lo fanno funzionare, esso ha carattere impersonale.

Il funzionamento dell'apparato presuppone la presenza di una **burocrazia professionale**. Quest'ultima è formata di soggetti che "per vivere" prestano la loro opera professionale a favore dello Stato, eseguendo compiti amministrativi nel rispetto di determinate regole tecniche.

L'apparato statale civile e militare nello Stato assoluto era alle dipendenze della corona, che concentrava la titolarità delle funzioni pubbliche; dopo l'avvento dello Stato liberale, le funzioni pubbliche furono divise tra più organi di vertice da cui, sia pure secondo modalità diverse, dipendeva l'apparato con la sua burocrazia. In ogni caso, le dimensioni dell'apparato sono cresciute progressivamente, anche perché alla burocrazia statale si sono affiancate altre burocrazie pubbliche preposte ad enti diversi dallo Stato (come i Comuni), fino ad arrivare alla situazione attuale. Oggi le burocrazie degli apparati pubblici dei maggiori Paesi variano fra i tre ed i sei milioni di persone e hanno spese complessive che sovente sono pari alla metà del prodotto interno lordo (cioè della complessiva produzione di beni e servizi del Paese).

✓ LE DIMENSIONI DELL'APPARATO STATALE

Per renderci conto delle dimensioni dell'apparato statale è utile richiamare qualche dato numerico. Sull'effettiva consistenza della burocrazia italiana dopo l'unificazione non esistono dati assolutamente certi. Secondo le stime più attendibili, dai 2.859 posti in organico del 1861 si sarebbe passati agli 11.407 del 1876. Verso la fine del secolo l'Italia, con una popolazione di 31 milioni di abitanti, contava 90.618 dipendenti pubblici. Nello stesso anno, la Francia, con 38 milioni e mezzo di abitanti, aveva 416.000 dipendenti, l'Austria-Ungheria, con 41 milioni e 300 mila abitanti, 63.535 dipendenti, il Belgio, con 31 milioni di abitanti, aveva 47.880 dipendenti. Perciò in Italia i dipendenti pubblici rappresentavano il 3 per mille della popolazione contro l'11 della Francia e l'8 del Belgio. Naturalmente le dimensioni della burocrazia sono cresciute con l'incremento dei compiti dello Stato. Nel 1991 gli addetti al settore pubblico in Italia ammontavano a 4,2 milioni di persone, e quindi il numero di addetti per ogni 100 abitanti era pari a 6,5. In Francia ed in Gran Bretagna questo rapporto era pari rispettivamente a 8,8 e 9,2.

6. LO STATO COME PERSONA GIURIDICA

La nozione di **persona giuridica** è centrale nel sistema giuridico. È il soggetto cui l'ordinamento attribuisce *la capacità di agire in modo giuridicamente rilevante e di costituire centri di imputazione di effetti giuridici*. Infatti, oltre alle persone fisiche, l'ordinamento giuridico può attribuire la "soggettività giuridica" a entità immateriali. Le persone giuridiche non sono altro che figure soggettive immateriali tendenzialmente equiparate, quanto alla capacità d'imputazione giuridica, alle persone fisiche. Le associazioni riconosciute e le società commerciali sono esempi a tutti noti di persone giuridiche. Esse sono disciplinate dal diritto privato (artt. 1-42 cod. civ.). Ma vi sono poi persone giuridiche disciplinate dal diritto pubblico, cioè da apposite leggi che istituiscono **enti pubblici** a cui è affidata la cura di particolari interessi pubblici.

✓ STATO ORDINAMENTO, STATO PERSONA, STATO COMUNITÀ ... NOZIONI!

Nel linguaggio tecnico è comune l'uso di qualificazioni diverse del termine "Stato" per evidenziare alcuni diversi profili. Spesso sono qualificazioni che assumono un significato preciso solo nel contesto teorico in cui si collocano. Usuale però è la contrapposizione tra **Stato persona** e **Stato comunità**. Il primo termine è usato per indicare l'apparato dello Stato, l'organizzazione del potere pubblico, i soggetti che governano: perciò si usano anche espressioni sostanzialmente equivalenti (e talvolta meno popolari) come *Stato apparato*, *Stato Governo*, *Stato ente*, *Stato soggetto* o *Stato in senso stretto*. Il secondo termine indica invece l'intera organizzazione sociale, la società civile pluralistica dotata di propri ordinamenti, di proprie organizzazioni, di autonomia: per cui si usano anche espressioni come *Stato collettività*, *Stato nazione* ecc. Infine si usa l'espressione **Stato ordinamento** per lo più per indicare l'insieme dei due fenomeni, la somma dello Stato persona e dello Stato comunità.

Anche oggi spesso si dice che lo Stato (per esempio, lo Stato italiano) ha la personalità giuridica. Ma si tratta di un'affermazione che non corrisponde alla realtà. Infatti, giuridicamente lo Stato non agisce mai unitariamente, come avviene invece per altri enti (per esempio, il Comune). Nelle liti, attive e passive, parte in giudizio non è mai lo Stato, bensì un certo ministro, o il prefetto, o il dirigente, o un'altra parte dell'apparato. Anche i rapporti di diritto sostanziale intercorrono tra un determinato soggetto (per esempio, un privato o un altro ente pubblico) e una parte dell'apparato che prende il nome di "organo". Così pure la responsabilità civile riguarderà sempre un determinato organo, piuttosto che lo Stato in quanto tale. Perciò, se si vuole descrivere la realtà correttamente, non resta altro che definire lo Stato come "*un'organizzazione disaggregata*", cioè come "*un congiunto organizzato di amministrazioni diverse*" (M.S. Giannini).

7. GLI ENTI PUBBLICI

Infatti lo Stato non esaurisce il mondo dei "pubblici poteri". Accanto allo Stato esistono numerosi e diversi enti pubblici, come le Regioni, le Province, i Comuni, dotati di personalità giuridica. In termini onnicomprensivi, gli **enti pubblici** possono essere definiti come *quegli apparati costituiti dalle comunità per il perseguimento dei propri fini, i quali sono riconosciuti come persone giuridiche o comunque come soggetti giuridici*. Essi sono tenuti distinti rispetto alle persone giuridiche private (come le associazioni riconosciute, le fondazioni, le società, tutte regolate dal codice civile), le quali sono strumenti offerti all'autonomia privata delle persone fisiche per meglio perseguire i propri interessi leciti, quali che siano. Invece, gli enti pubblici sono istituiti per il soddisfacimento degli *interessi ritenuti comuni ad una determinata comunità*, cioè degli **interessi pubblici** (per esempio, la comunità territoriale locale espressa nell'ente Comune).

Nello Stato contemporaneo coesistono numerosissimi interessi pubblici, spesso tra loro in conflitto (come può essere il caso dell'interesse allo sviluppo industriale e di quello alla tutela ambientale, che attualmente in Italia fanno capo a distinti ministeri), per cui si parla di *eterogeneità degli interessi pubblici*. Inoltre viene riconosciuta

l'**autonomia politica** delle comunità locali (artt. 5 e 114 Cost.), per cui sono istituiti alcuni enti rappresentativi delle collettività territoriali (Regioni, Comuni, Province). I loro organi sono eletti direttamente dai cittadini e possono esprimere maggioranze e indirizzi politici diversi da quelli dello Stato, con l'osservanza dei limiti previsti dalla Costituzione. Questi enti territoriali assumono un rilievo crescente, non solo per il loro numero (in Italia esistono venti Regioni oltre cento Province e più di ottomila Comuni), ma per l'ampiezza delle loro funzioni. Nelle organizzazioni pubbliche contemporanee esistono anche molti altri tipi di enti, istituiti per soddisfare interessi pubblici, che non sono espressioni di collettività territoriali: gli enti pubblici non territoriali, gli enti pubblici economici, le autorità amministrative indipendenti, ecc.

8. L'EVOLUZIONE DELLE FORME DI STATO

Lo Stato assoluto è la prima forma dello Stato moderno. Esso nacque in Europa tra il quattrocento ed il cinquecento e si affermò nei due secoli successivi: si caratterizzava per l'esistenza di un apparato autoritario separato e distinto dalla società e per l'affermazione di un *potere sovrano* attribuito interamente al **Re**, o meglio alla **Corona**. Questa si distingueva dal Re perché non era una persona fisica ma un *organo* dello Stato, dotato quindi dei requisiti dell'impersonalità e della continuità garantiti da precise leggi di successione che impedivano la vacanza del trono.

Lo **Stato assoluto** è quel modello di Stato in cui il potere sovrano è *concentrato* nelle mani della Corona, che perciò era titolare sia della funzione legislativa che di quella esecutiva, mentre il potere giudiziario era esercitato da Corti e Tribunali formati da giudici nominati dal Re. La volontà del Re era la fonte primaria del diritto e, quindi, ciò che egli voleva aveva efficacia di legge (*quod principi placuit legis habet vigorem*). Il suo potere assoluto non incontrava limiti legali (il Re era *legibus solutus*), né poteva essere condizionato dai desideri dei sudditi. Ciò perché il potere regio non derivava da scelte umane, ma era ritenuto di origine divina.

Lo **Stato liberale** è una forma di stato che nasce tra la fine del settecento e la prima metà dell'ottocento, a seguito della crisi dello Stato assoluto, dello sviluppo del modo di produzione capitalistico e dell'affermazione della borghesia. I *caratteri strutturali* che definiscono la forma di stato liberale sono caratterizzati:

a) da una *finalità* politico costituzionale *garantistica*. Lo Stato è considerato uno *strumento per la tutela delle libertà e dei diritti degli individui*, in primo luogo del diritto di proprietà;

b) dalla concezione dello *Stato minimo*. Se lo scopo dello Stato liberale è esclusivamente quello di garantire i diritti, allora deve trattarsi di uno *Stato limitato*, titolare cioè solamente di quelle funzioni necessarie all'adempimento della finalità garantistica (in particolare, le funzioni giurisdizionale, di tutela dell'ordine pubblico, di difesa militare, di politica estera, di emissione della moneta). Uno Stato quindi che, a differenza dello Stato assoluto, si astiene dall'intervenire nella sfera economica, affidata alle relazioni ed alle autoregolazioni dei soggetti privati. Nei suoi programmi rientra-

no perciò un basso livello di tassazione (corrispondente alla limitata attività degli apparati pubblici) e il pareggio di bilancio (lo Stato deve evitare di intraprendere sono investimenti tali da comportare un massiccio ricorso all'indebitamento);

c) dal *principio di libertà individuale*. Lo Stato riconosce e tutela la libertà personale, la proprietà privata, la libertà contrattuale, la libertà di pensiero e di stampa, la libertà religiosa, la libertà di domicilio, ma si tratta di libertà riferite esclusivamente all'*individuo*. Lo Stato liberale, pertanto, si contrappone agli assetti giuridici di origine feudale, sopravvissuti in larga parte anche durante l'assolutismo, i quali conoscevano dei *corpi intermedi* (le corporazioni professionali, i ceti, come la nobiltà e il clero) che assorbivano l'individuo e dai quali dipendeva gran parte dei diritti dei singoli. Invece, il pieno sviluppo dei traffici commerciali e l'autonomia che si intende garantire al singolo individuo, fanno sì che lo Stato liberale escluda qualsiasi diaframma tra sé ed i singoli cittadini, definendo un sistema giuridico che presuppone una società formata da individui eguali di fronte alla legge;

d) dalla *separazione dei poteri*. Lo Stato liberale affida la tutela dei diritti individuali ad una peculiare tecnica di organizzazione, cioè la *separazione dei poteri*. Il potere politico viene cioè suddiviso tra soggetti istituzionali diversi, che si controllano reciprocamente;

e) dal *principio di legalità*. La tutela dei diritti è affidata inoltre alla *legge*. La sua caratterizzazione come *Stato di diritto* significa, infatti, che ogni limitazione della sfera di libertà riconosciuta a ciascun individuo deve avvenire per mezzo della legge. Tutta l'attività dei pubblici poteri deve essere fondata su una previa autorizzazione legislativa e non esistono potestà pubbliche che non siano espressamente previste dalla legge.

✓ "STATO LIBERALE" E "STATO DI DIRITTO"

Stato liberale e Stato di diritto sono due espressioni che spesso si confondono, e non senza ragione: essi infatti sono nati assieme, figli della stessa ideologia. Ma quando si parla di "*Stato liberale*" si fa riferimento proprio alla ideologia "liberista" e individualista, all'idea dello Stato minimo che si limita a garantire le condizioni di pace e di sicurezza entro le quali si può liberamente svolgere l'iniziativa dei privati. Lo **Stato di diritto**, invece, è concetto più giuridico: esso si basa su alcuni pilastri necessari (la separazione dei poteri, il principio di legalità, la tutela dei diritti, il principio di eguaglianza) i quali possono adattarsi anche ad uno Stato che non aderisce alla ideologia liberale. Infatti, anche i moderni *Stati sociali* si riconoscono come *Stati di diritto*, pur avendo superato e rinnegato i tratti più marcatamente ideologici dello Stato liberale e il suo ristretto modo di intendere il principio di rappresentanza.

f) dal *principio rappresentativo*. Anche nello Stato assoluto erano sopravvissuti i parlamenti medievali, ma questi rappresentavano dei corpi collettivi distinti e contrapposti (come la nobiltà, il clero, o determinate città); viceversa, le assemblee legislative dello Stato liberale rappresentano l'intera "nazione" o l'intero "popolo", come entità complessiva. Pertanto, i singoli parlamentari devono agire liberi da mandati vincolanti da parte del rispettivo collegio elettorale (si parla, perciò, di "*divieto di mandato imperativo*"). Ma i rappresentanti vengono comunque eletti da un corpo elettorale assai ristretto, essenzialmente circoscritto alla classe borghese. Di conseguenza,

esiste una forte omogeneità sociale e culturale tra i rappresentanti, autori della legge, ed i soggetti cui la legge si applica. Tale omogeneità costituisce la principale garanzia che la legge abbia effettivamente contenuti tali da renderla strumento di garanzia della proprietà e delle altre libertà individuali.

Lo **Stato di democrazia pluralista** si afferma a seguito di un lungo processo di trasformazione dello Stato liberale, che porta all'allargamento della sua base sociale. Lo Stato monoclasse si trasforma così in uno **Stato pluriclasse**: l'elemento determinante per l'approdo a questa forma di stato è da ravvisare nel processo di allargamento dell'elettorato attivo, che è culminato nel *suffragio universale*.

✓ LA PROGRESSIVA ESTENSIONE DEL DIRITTO DI VOTO

Il diritto di voto, che nello Stato liberale era limitato a pochi, sulla base del censo e della cultura, è stato esteso progressivamente, attraverso una serie di tappe intermedie. Così, per esempio, nel Regno Unito, il processo ebbe inizio nel 1832 (con il *Representation of the People Act*) e, dopo varie altre riforme (in particolare, nel 1867 e nel 1884), ebbe una spinta decisiva nel 1919 con l'introduzione del suffragio universale e raggiunse il suo culmine nel 1969, allorché il diritto elettorale venne attribuito al compimento del diciottesimo anno di età. In Italia un primo incremento notevole dell'elettorato si realizzò con la riforma del 1882 (gli elettori arrivarono a rappresentare il 6,9% della popolazione), ma fu solo nel 1912 che si introdusse il suffragio "quasi universale", perché il diritto di voto era accordato a tutti i cittadini maschi che avessero compiuto ventun anni e sapessero leggere e scrivere, o avessero prestato servizio militare per un certo tempo (questa riforma portò l'elettorato a rappresentare il 23,2% della popolazione, con un aumento di oltre cinque milioni di persone). Bisognò aspettare il 1946 per estendere il diritto di voto anche alle donne, mentre nel 1975 l'età al raggiungimento della quale il diritto di voto viene attribuito è stata abbassata da ventuno a diciotto anni. Altri Paesi, come la Francia, la Germania e la Svizzera, già dal 1890 riconoscevano il suffragio universale maschile, ma le condizioni politiche di quei Paesi impedirono per lungo tempo che si realizzasse un reale ingresso delle masse popolari nella vita politica.

Ciò che conta nel passaggio dallo Stato liberale a quello di democrazia pluralista è che l'ampliamento "quantitativo" della base elettorale ne provoca anche una profonda trasformazione "qualitativa". In particolare, tre trasformazioni hanno determinato il modo di essere dello Stato di democrazia pluralista:

- l'affermazione dei partiti di massa, che organizzano la partecipazione politica di milioni di elettori;
- la configurazione degli organi elettivi come luogo di confronto e di scontro di interessi eterogenei;
- il riconoscimento, insieme ai diritti di libertà già garantiti dallo Stato liberale, di **diritti sociali** come strumenti di integrazione nello Stato dei gruppi sociali più svantaggiati;
- l'estensione dell'amministrazione pubblica, alla quale è affidato il compito di organizzazione le prestazioni sociali e i relativi servizi, tipici dello **Stato sociale**.

9. STATO UNITARIO, STATO FEDERALE, STATO REGIONALE

I modelli di organizzazione dello Stato contemporaneo nei suoi rapporti con le collettività locali sono diversi. Si suole distinguere tra **Stato unitario** e **Stato composto**: nel primo, il potere è attribuito al solo Stato centrale o comunque a soggetti periferici da esso dipendenti (in questo caso si parla di **decentramento amministrativo** o burocratico, perché i soggetti periferici fanno parte dell'organizzazione statale); nel secondo, il potere è distribuito tra lo Stato centrale ed enti territoriali da esso distinti, che sono titolari del potere di indirizzo politico e delle funzioni legislativa e amministrativa in determinate materie, ed agiscono mediante organi rappresentativi che sono espressione delle popolazioni locali (in tal caso si parla di **decentramento politico**).

Lo Stato unitario ha caratterizzato a lungo l'esperienza europea (con le rilevanti eccezioni della Germania e della Svizzera), mentre quel tipo di Stato composto che è lo Stato federale ha caratterizzato l'esperienza degli Stati Uniti d'America. Da alcuni anni, però, anche in Europa ha avuto successo lo Stato composto, nelle sue due varianti di: 1) *Stato federale*; 2) *Stato regionale*.

Numerosi sono gli esempi di Stati qualificati come federali, sicché è molto difficile costruire un modello unitario. Ad ogni modo, di regola, i caratteri tipici dello **Stato federale** vengono individuati nel modo seguente:

a) l'esistenza di un ordinamento statale federale, dotato di una Costituzione scritta e rigida, e di alcuni enti politici territoriali dotati di proprie Costituzioni (tali enti hanno denominazioni diverse: Stati membri in USA, Brasile, Messico, Australia; Länder in Germania e Austria; Province in Canada e Argentina; Regioni in Belgio);

b) la previsione da parte della *Costituzione federale di una ripartizione di competenze tra Stato centrale e Stati membri* con riguardo alle tre tradizionali funzioni (legislativa, esecutiva e giurisdizionale), con la conseguenza che, per modificare questa ripartizione, deve essere seguito il procedimento di revisione costituzionale;

c) l'esistenza di un *Parlamento bicamerale, in cui cioè esiste una Camera rappresentativa degli Stati membri* (la quale è variamente denominata: Senato negli USA ed in Australia, Canada, Argentina, Brasile, Messico e Belgio; *Consiglio federale* in Austria e Germania);

d) la partecipazione degli Stati membri al procedimento di revisione costituzionale, che può essere diretta ovvero indiretta tramite la partecipazione allo stesso procedimento della seconda Camera; la presenza di una Corte costituzionale in grado di risolvere i conflitti tra Stato federale e Stati membri.

✓ L'ORIGINE STORICA DEGLI STATI FEDERALI

Gli esempi storici più importanti di Stati federali sono nati da un processo di associazione di Stati inizialmente indipendenti. Il primo passo di questo processo è, di regola, costituito dalla nascita di una **Confederazione di Stati** (Stati Uniti 1777-1787, Svizzera 1815-1848, Germania 1815-1867). Con questa espressione si indica una forma di aggregazione tra Stati indipendenti e sovrani, per far fronte a comuni esigenze di carattere militare ed economico, la quale non dà vita ad uno Stato nuovo, in quanto si fonda su un trattato di diritto internazionale concluso tra gli Stati e non su una nuova Costituzione. Come si osservava, in molti casi la Confederazione si è trasformata in Stato federale

(USA, 1787; Svizzera 1848; Federazione tedesca del nord e Impero tedesco 1871). Non mancano però gli esempi di processi inversi, per cui dalla dissoluzione dello Stato unitario è nato uno Stato federale (Austria 1920; Germania 1949; Belgio, che si è trasformato nel 1970-71 in Stato regionale e nel 1994 in Stato federale).

Lo **Stato regionale**, di regola, è distinto da quello federale, nell'ampio genere dello Stato composto, per i seguenti caratteri:

a) la presenza di una Costituzione statale che riconosce e garantisce l'esistenza di **enti pubblici territoriali** dotati di autonomia politica, cioè capaci di darsi un proprio indirizzo politico, sia pure nell'ambito dei limiti posti dalla Costituzione (*Regioni* in Italia, *Comunità autonome* in Spagna), e dotati di propri statuti (ma non di una propria Costituzione);

b) l'attribuzione costituzionale alle Regioni di competenze legislative e amministrative; una partecipazione assai limitata all'esercizio di funzioni statali ed in particolare a quella di revisione costituzionale; la mancanza di una seconda Camera rappresentativa delle Regioni; l'attribuzione ad una Corte costituzionale del compito di risolvere i conflitti tra Stato e Regioni, assicurando comunque la preminenza dell'interesse nazionale, ove se ne accerti l'esistenza, anche nelle materie di competenza regionale.

In realtà, la distinzione tra Stato federale e Stato regionale, nella concreta esperienza costituzionale, è difficile da tracciare; infatti, l'utilità della distinzione è contestata da una parte della dottrina costituzionalista. La distinzione fondamentale, perciò, resta quella tra Stato unitario e Stato composto e tra Stati a forte decentramento politico e Stati a decentramento politico limitato.

Altra distinzione che è molto importante per comprendere il funzionamento di uno Stato composto è quella tra **federalismo duale** e **federalismo cooperativo**: il primo, tipico dell'esperienza liberale, vede una forte divisione tra lo Stato federale e gli Stati membri, per cui ognuno opera nell'ambito delle sue attribuzioni senza interferenze con l'altro; viceversa il secondo, che si sviluppa con la crescita dei compiti dei poteri pubblici nelle democrazie pluraliste, si caratterizza per la presenza di interventi congiunti e coordinati nelle stesse materie da parte dello Stato centrale e degli stati membri (o delle Regioni).

10. LA POTESTÀ PUBBLICA

Lo Stato e gli enti pubblici, di regola, sono collocati dalle norme giuridiche in una posizione di *supremazia* rispetto ai soggetti privati. Per tale ragione gli effetti giuridici degli atti da essi compiuti, ed in primo luogo l'obbligo di osservarli, derivano esclusivamente dalla loro manifestazione di volontà, essendo irrilevante il consenso o il dissenso dell'interessato. Le leggi, i provvedimenti amministrativi e le sentenze producono effetti nei confronti dei loro destinatari, anche se questi non vi hanno prestato alcun consenso e persino se dissentono dal loro contenuto. Questo potere di determinare unilateralmente effetti giuridici nella sfera dei destinatari dell'atto, indipenden-

temente dal loro consenso (→ § VIII.2), prende il nome di **potestà pubblica** o di **potere di imperio**. Le potestà pubbliche però devono essere attribuite dalla legge e devono essere esercitate in modo conforme al modello legale. Al di fuori di quanto previsto espressamente dalla legge un'autorità pubblica non può esercitare alcuna potestà (**principio di legalità**).

Ben diversa è la posizione dei soggetti privati che, almeno in via tendenziale, sono collocati su un piano di parità giuridica e possono provvedere da sé e liberamente a disciplinare i propri rapporti, nel rispetto dei limiti stabiliti dalla legge (perciò si parla di **principio di autonomia privata**).

Occorre però aggiungere che attualmente lo Stato e gli altri enti pubblici sempre più frequentemente utilizzano istituti tipici del diritto privato per soddisfare interessi pubblici, con la conseguenza che, in questi casi, i rapporti instaurati con altri soggetti si svolgono su un *piano paritario*. Ciò avviene, per esempio, quando un Comune invece di espropriare un immobile lo acquista con un contratto di compravendita. In tanti altri casi, vengono utilizzati istituti propri del diritto privato per soddisfare un interesse pubblico, come quando un Comune per erogare un servizio pubblico locale (per esempio, lo smaltimento dei rifiuti urbani, la gestione di un parcheggio pubblico, i trasporti pubblici urbani, e così via) utilizza lo strumento della società per azioni.

✓ LA CADUTA DELLE ANTICHE DISTINZIONI: GLI ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO

La tendenza a rendere sempre meno rilevante la distinzione tra soggetti privati ed enti pubblici è accentuata per effetto dell'influenza del diritto comunitario. Quest'ultimo, infatti, non conosce la distinzione tra le due categorie di soggetti, ma ha elaborato la nozione di **organismo di diritto pubblico**. Al diritto comunitario non interessano le varie qualificazioni giuridico-formali, diverse da paese a paese, che potrebbero essere d'ostacolo per il funzionamento del mercato unico: l'obiettivo è di evitare che il danaro pubblico finisca nelle casse di operatori privati senza che sia assicurata una gara pubblica e trasparente a cui le imprese di tutti i paesi comunitari possano partecipare su piano di parità. Non si vuole che le imprese nazionali siano avvantaggiate rispetto alle altre in relazione alle opere pubbliche e agli acquisti da parte degli apparati pubblici, che ammontano spesso ad importi molto grandi, poiché si potrebbe così gravemente distorcere la concorrenza e il mercato, alla pari di qualsiasi altro aiuto o privilegio che lo Stato volesse dare alle proprie imprese. La nozione di "organismo di diritto pubblico" assicura che anche ad enti che formalmente non fanno parte della pubblica amministrazione vengono applicate le direttive in materia di appalti pubblici, se prendono soldi pubblici. Così, per esempio, una società per azioni (cioè un soggetto privato regolato dal codice civile), se è costituita da un Comune per l'erogazione di un servizio pubblico (come la distribuzione del gas o la raccolta dei rifiuti), rientra nella nozione comunitaria di "organismo di diritto pubblico" e pertanto, se intende affidare a terzi la realizzazione di un'opera pubblica o richiede a terzi la fornitura di beni o di servizi, dovrà rispettare le regole sugli appalti al pari di un ente pubblico (come il Comune, la Regione o un'amministrazione dello Stato). Ormai la nozione di organismo di diritto pubblico è stata accolta anche dal diritto italiano, ai fini dell'applicazione della propria normativa sugli appalti e di altre norme di diritto pubblico.

11. UFFICI ED ORGANI

Ognuno degli apparati minori in cui si articola l'organizzazione dello Stato e degli altri enti pubblici può essere configurato come una "macchina organizzativa" congegnata in modo tale da soddisfare gli interessi pubblici per la cui cura è stata creata. Perciò opera secondo regole prestabilite che delineano un particolare *disegno organizzativo*, rivolto allo svolgimento di determinati servizi, a ciascuno dei quali è preposta una o più persone, e che ha una sua assegnazione di beni strumentali e di risorse finanziarie. L'*unità strutturale elementare dell'organizzazione* si chiama **ufficio**. Il disegno organizzativo prefigura l'ufficio come un servizio prestato da persone, ma questo servizio è considerato in astratto, prescindendo dalle persone fisiche che vi sono concretamente preposte. Un ufficio potrebbe essere momentaneamente privo di titolare (si dice allora che c'è una "vacanza" dell'ufficio), ma non per questo l'ufficio scompare.

Naturalmente ciascun apparato, per adempiere i suoi compiti, deve poter instaurare rapporti giuridici con altri soggetti. A tal fine l'apparato deve servirsi di una particolare categoria di uffici che prendono il nome di **organi**. La dottrina giuridica ha lungamente dibattuto su cosa debba intendersi esattamente per organo, ma in questa sede può essere accolta la seguente definizione: "*l'organo è un ufficio particolarmente qualificato da una norma come idoneo ad esprimere la volontà della persona giuridica e ad imputarle l'atto e i relativi effetti*" (M.S. Giannini). La persona giuridica (l'*ente*) può avere parecchi *uffici*, di cui però solo alcuni (gli *organi* appunto) hanno la capacità giuridica di compiere atti giuridici (ossia, come si dice correttamente, a manifestare verso l'esterno la volontà dell'*ente*). Per esempio, un ministero è composto di centinaia di uffici cui sono preposte migliaia di persone: non tutti però possono manifestare la volontà dell'apparato compiendo atti che vengono giuridicamente imputati allo stesso. Solamente i titolari di pochi uffici sono abilitati dal diritto a fare questo, e tali uffici prendono appunto il nome di "organi". Così sarà un dirigente a stipulare contratti per il ministero, impegnandolo giuridicamente; a sua volta il dirigente avrà un ufficio di segreteria che però non potrà agire all'esterno imputando effetti giuridici al ministero. L'organo fa parte dell'organizzazione (ha un rapporto di "immedesimazione organica" con la persona giuridica), mentre la singola persona fisica che vi è preposta ha con la persona giuridica un particolare rapporto che si chiama rapporto di servizio, da cui scaturiscono diritti e doveri reciproci.

Degli organi si usano fare molte classificazioni. Tra le più importanti meritano di essere ricordate le seguenti. Una prima classificazione consente di distinguere gli **organi rappresentativi**, i cui titolari sono eletti direttamente dal corpo elettorale o che comunque sono istituzionalmente collegati ad organi elettivi (l'esempio più importante è costituito dal Parlamento), dagli **organi burocratici**, cui sono preposte persone che professionalmente prestano la loro attività in modo pressoché esclusivo a favore dello Stato o di altri enti pubblici, senza alcun rapporto con il corpo elettorale. Come si è visto, all'origine dello Stato vi era un'organizzazione di tipo burocratico che, solamente dopo la crisi delle monarchie assolute e la rivoluzione francese, è stata affiancata da un'organizzazione rappresentativa collegata al corpo elettorale.

Un'altra distinzione è quella tra **organismi attivi, consultivi e di controllo**: i primi decidono per l'apparato di cui sono parte, e quindi assolvono un compito deliberativo; i secondi danno dei consigli (che si chiamano "*pareri*") ai primi sul modo in cui esercitare il loro potere decisionale; i terzi devono verificare la conformità alle norme (come si dice, la "*legittimità*"), ovvero la opportunità (cioè il "*merito*") di atti compiuti da altri organi. È opportuno aggiungere che i pareri espressi dagli organi consultivi si distinguono a loro volta in:

- a) **parere facoltativo**, se l'organo deliberativo ha la facoltà di richiederlo, ma non l'obbligo;
- b) **parere obbligatorio**, qualora essi debbono essere obbligatoriamente richiesti;
- c) **parere vincolante**, che devono essere obbligatoriamente seguiti dall'organo che decide.

Il principio è che, se la legge non lo prevede espressamente, i pareri non sono vincolanti: perciò, salvo che la legge non dica il contrario, consentono all'organo che decide di agire in difformità dagli stessi, con l'unica conseguenza di un aggravio di motivazione.

12. ORGANI COSTITUZIONALI

Tra gli organi i più rilevanti sono gli **organismi costituzionali**. Questa categoria comprende gli organi dotati delle seguenti caratteristiche:

- sono *elementi necessari* dello Stato, nel senso che la mancanza di uno di essi determinerebbe l'arresto della complessiva attività statale;
- sono *elementi indefettibili* dello Stato, nel senso che non può aversi la loro soppressione o sostituzione con altri organi senza determinare un mutamento dello Stato (per es. se venisse soppresso il Parlamento cambierebbe radicalmente la forma del nostro Stato);
- la loro struttura di base è interamente dettata dalla Costituzione;
- ciascuno di essi si trova in *condizione di parità giuridica* con gli altri organi costituzionali (il che, ovviamente, non impedisce differenze, anche notevoli, di autorità politica).

In sintesi, si può affermare che gli organi costituzionali si differenziano dagli altri non soltanto per una diversità di funzioni, ma soprattutto per una differenza di posizione, poiché solo essi individuano lo Stato in un determinato momento storico.

13. L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA. SERVIZI E FUNZIONI

L'attività amministrativa si distingue in **funzione pubblica** e **servizio pubblico**.

La prima si caratterizza per i poteri autoritativi, che si esercitano unilateralmente e producono conseguenze giuridiche nella sfera del destinatario indipendentemente dal

suo consenso. Classiche funzioni pubbliche sono quelle dirette alla difesa e alla tutela dell'ordine pubblico. La seconda si svolge senza l'uso di poteri autoritativi, anche se il relativo comportamento è adempimento di un obbligo imposto da una legge a tutela di interessi generali. Perciò, mentre il provvedimento con cui è espropriato un bene ad un privato o la multa per divieto di sosta costituiscono esercizio di funzione pubblica, l'attività di cura dei malati da parte delle Aziende sanitarie locali, oppure la raccolta dei rifiuti urbani in un Comune sono servizi pubblici.

Il concetto di "servizio pubblico" è complesso. Per la sua comprensione la dottrina si è in un primo tempo basata sulla concezione soggettiva, in base alla quale (semplificando) potevano considerarsi servizi pubblici tutte le prestazioni di attività assegnate alla responsabilità di un soggetto pubblico. In seguito questa impostazione è stata messa in discussione, specie di fronte alla forte crescita del ruolo dei soggetti privati quali erogatori di attività analoghe in forza di atti di "concessione del servizio". Si è così approdati ad una concezione "oggettiva" degli stessi servizi, che allargava il novero di questi a tutte le attività che in quanto tali rispondevano a interessi di carattere generale. In tal modo l'attenzione si è focalizzata sulla *natura dell'attività* e perdeva di rilievo la *natura del soggetto gestore*.

Nella prospettiva giuspubblicistica, nessuna delle due letture pare completamente soddisfacente. I servizi pubblici sembrano attività scomponibili in tre momenti:

a) in prima battuta occorre che le attività siano attribuite all'amministrazione direttamente dalla legge, o in base ad atti che la legge disciplina. Si pensi in questo senso rispettivamente alla legge istitutiva del servizio sanitario, che attribuisce le attività di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione alle Usl, o all'atto del consiglio comunale che assume come proprio servizio il trasporto degli inabili al lavoro. Si tratta di atti di "*assunzione del servizio*", in forza dei quali essi entrano nella titolarità dell'amministrazione, la quale in tal modo è obbligata alla soddisfazione dei relativi bisogni;

b) l'erogazione delle attività è poi "programmata", nell'intento di giungere ad una definizione puntuale dei destinatari, delle condizioni e dei costi di erogazione delle prestazioni (con variabilità significativa, a secondo delle scelte di chi è di volta in volta competente, delle tariffe poste a carico dell'utenza). In questa seconda "fase" inoltre si definisce la forma di erogazione delle prestazioni;

c) infine vi è la fase dell'erogazione vera e propria che potrà essere posta direttamente in carico all'amministrazione pubblica, oppure affidata a soggetti esterni ad essa. In quest'ultimo caso si possono configurare modelli giuridici ed economici diversi, che vanno dalla concessione all'appalto di servizi (con conseguenti differenze nel regime delle responsabilità per le prestazioni offerte).

✓ CI SONO SERVIZI E SERVIZI ...

Il novero dei servizi pubblici, così estesosi negli ultimi decenni, ricomprende attività anche molto diverse tra loro, per cui, a fronte di una difficile definizione complessiva, gli studiosi si sono piuttosto indirizzati verso un'opera di classificazione dei servizi in ragione di diversi criteri. È però la legge a introdurre la distinzione forse più rilevante, e cioè quella tra **servizi pubblici a rilevanza economica** e **servizi privi di rilevanza economica**. La distinzione in realtà non si fonda esclusivamente sulla natura dell'attività "in sé" (ad es. lo smaltimento dei rifiuti, o il prestito di libri), ma prende forma anche in relazione alle scelte che si fanno in relazione alla sua erogazione. Due elementi assumono rilievo: il tipo di attività che si prefigura (per caratteristiche intrinseche, o dell'ambito territoriale, o del numero e tipo di utenti) di un certo tipo, e la forma di gestione la cui scelta è rimessa all'ente, che potrà adottare o meno, secondo i casi, forme e modalità di gestione tipiche dell'impresa.

È importante introdurre una precisazione. L'Unione europea, in ragione della sua connaturata tendenza a promuovere la libera circolazione di servizi, professioni e beni, e quindi la libera concorrenza, ha di fatto cercato di limitare i casi in cui determinate attività, potenzialmente idonee a stare sul mercato, fossero assunte dalle amministrazioni pubbliche come servizi pubblici e sottoposte a un regime comunque "speciale". Si è però riconosciuto (art. 106 TFUE) agli Stati membri la possibilità di operare la distinzione in ragione della "specifica missione" affidata ai gestori pubblici. In questo senso prende forma la differenza tra **liberalizzazione dei servizi** (o *privatizzazione sostanziale*), e cioè il ritorno di determinate attività nella piena autonomia degli operatori privati, e quindi sul mercato, dalla *privatizzazione formale*, che invece consiste nella scelta di un'amministrazione di gestire con *forme privatistiche* (per es. società per azioni) attività che sono già (e restano) servizi in mano pubblica. In quest'ultimo caso, per rispetto alle indicazioni comunitarie, si possono però introdurre regole di tipo concorrenziale per l'affidamento ai privati di alcune di queste attività.

II. L'UNIONE EUROPEA

1. ORIGINI E SVILUPPI

La storia della Comunità europea inizia nel 1951, con la stipulazione del Trattato di Parigi che istituisce la CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio). Con i Trattati di Roma del 1957 (entrati in vigore il 1° gennaio 1958) vengono istituite la CEE (Comunità economica europea) e l'Euratom (Comunità europea per l'energia atomica).

Nel 1965, con il Trattato di Bruxelles, gli organi esecutivi (il Consiglio e la Commissione) delle tre Comunità vengono fusi.

Nel 1976 viene decisa l'elezione diretta a suffragio universale del Parlamento europeo.

Nel 1987 entra in vigore l'Atto unico europeo, che segna una notevole espansione delle competenze formalmente attribuite alla Comunità europea (politica sociale, ambiente, coesione economica e sociale, ecc.) e procedure decisionali più agili.

Nel 1992 viene firmato il Trattato di Maastricht, entrato in vigore alla fine del 1993: la competenza della Comunità si estende ulteriormente nel campo della politica economica e della moneta e viene istituita l'**Unione europea**, che è un completamento delle comunità europee, integrate da due nuovi "pilastri", la politica estera e di sicurezza comune (PESC) e la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (GAI).

Dopo l'entrata in vigore (1° dicembre 2009) del Trattato di Lisbona (noto anche come Trattato di riforma), l'Unione europea ha definitivamente sostituito la Comunità europea.

Anche geograficamente la Comunità europea si era nel frattempo allargata. Al nucleo originale di sei Paesi (Italia, Francia, Germania, Belgio, Olanda, Lussemburgo), si sono aggiunti in seguito Regno Unito, Irlanda e Danimarca (1972), Grecia (1979), Spagna e Portogallo (1985), Austria, Finlandia e Svezia (1994), Polonia, Estonia, Lettonia, Lituania, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria, Slovenia, Cipro e Malta (2004), Romania e Bulgaria (2007), Croazia (2013), mentre è sempre più in dubbio l'ingresso futuro della Turchia. L'Unione contava ormai ventotto stati e quasi 500 milioni di cittadini, che parlano 23 lingue "ufficiali"; ma con il *referendum* del giugno 2016 il Regno Unito ha deciso per l'uscita dall'Unione europea, dando luogo a un processo lungo e complicato (c.d. *Brexit*).

Le Comunità europee sono sorte con l'obiettivo di assicurare ai Paesi europei una pace duratura dopo gli sconvolgimenti delle due guerre mondiali scoppiate nel corso del novecento. Tale obiettivo andava raggiunto integrando le economie dei Paesi fondatori. Perciò le libertà previste dal Trattato di Roma erano finalizzate all'instau-

razione di un mercato comune: le libertà di circolazione delle persone, dei beni, dei capitali e dei servizi. Successivamente, con la crescita dell'Europa politica – soprattutto dopo l'introduzione dell'elezione diretta del Parlamento Europeo – cominciò ad affermarsi la questione dei diritti dei cittadini europei, da far valere nei confronti del nuovo potere pubblico europeo. Il riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo è avvenuto per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia (vedi poi). Questa evoluzione dall'Europa del mercato all'Europa dei diritti, è stata codificata dall'art. 6 del Trattato dell'Unione: *“L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”*. Successivamente si è sviluppato un ampio dibattito sull'opportunità di tradurre i diritti di origine giurisprudenziale in diritti proclamati in un documento di natura costituzionale. L'obiettivo era non solo quello di consolidare la tutela di questi diritti, ma anche quello di realizzare una più profonda integrazione tra i cittadini dell'Unione europea, fondando quest'ultima su alcuni valori condivisi. Il primo risultato di questo dibattito è stata la proclamazione, in occasione del Consiglio europeo riunito a Nizza nel dicembre del 2000, della **Carta dei diritti dell'Unione europea**. Quest'ultima è articolata in sei “capi”, ciascuno riconducibile ad un valore o principio fondamentale, dedicati rispettivamente a: *dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia*, cui si aggiunge un “capo” sulle disposizioni generali. Sebbene la Carta formalmente non fosse inizialmente dotata di uno specifico valore giuridico, i giudici comunitari e quelli nazionali ne hanno utilizzato le clausole in alcune loro pronunce. Alla fine il Trattato di Lisbona le ha conferito piena efficacia giuridica.

2. LE COMPETENZE E I RAPPORTI CON GLI STATI MEMBRI

Gli Stati membri (tra cui l'Italia) hanno trasferito all'Unione europea poteri rilevanti, attribuendo loro sia la competenza a produrre, in determinati ambiti, norme giuridiche – che sono efficaci e vincolanti per gli Stati e tendenzialmente prevalgono sul loro diritto interno, talora con effetti diretti per i cittadini degli Stati membri – nonché il potere di adottare, in certi campi (come la politica agricola e la politica monetaria), decisioni prima riservate agli Stati. In questo modo, poteri che tradizionalmente definivano il nucleo della sovranità – come il potere normativo ed il governo della moneta – sono stati trasferiti a organizzazioni sovranazionali.

Le competenze dell'UE sono solo quelle espressamente previste dai Trattati (**principio di attribuzione**, art. 5 TUE e art. 7 TFUE). Esse, pertanto, non hanno competenze generali, ma specifiche e funzionali al raggiungimento degli obiettivi espressamente fissati. Anche se – occorre aggiungere – esse riguardano campi relevantissimi: libera circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali nel mercato unico; disciplina della concorrenza; agricoltura; trasporti; politica economica e monetaria; occupazione; politica sociale, istruzione e formazione professionale; protezione dei consumatori; industria; ricerca e sviluppo tecnologico; tutela dell'ambiente, ecc.

Il principio di tassatività delle attribuzioni è parzialmente temperato in due casi: in primo luogo, la UE può esercitare i poteri necessari per realizzare gli scopi del Trattato, pur se questo non lo prevede espressamente (**principio di autointegrazione** del diritto comunitario, art. 352 TFUE); inoltre, alla UE si applica il **principio dei poteri impliciti**, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per il quale l'attribuzione di una certa competenza comporta anche quella del potere di adottare tutte le misure necessarie per il suo esercizio efficace ed adeguato.

La UE, inoltre, deve fare uso solo dei mezzi strettamente necessari agli obiettivi da realizzare, ricorrendo a misure proporzionate ai risultati da raggiungere e non eccessive rispetto ad essi (**principio di proporzionalità**, art. 5 TUE). Nel caso di competenze concorrenti, attribuite, cioè, congiuntamente alla UE e agli Stati membri, l'intervento delle prime è ammesso solo se l'obiettivo dell'azione comunitaria non possa essere sufficientemente realizzato dagli Stati membri, e possa, invece, in relazione alle dimensioni o agli obiettivi dell'azione, essere meglio perseguito in ambito comunitario (**principio di sussidiarietà**, art. 5 TUE). Bisognerà, quindi, stabilire volta per volta quale livello sia più idoneo a perseguire gli obiettivi comunitari, preferendo quello in cui l'esercizio delle funzioni sia più efficace ed adeguato. L'azione comunitaria potrà, dunque, espandersi o restringersi, in relazione al variare delle circostanze concrete (carattere mobile o dinamico del principio di sussidiarietà).

✓ LA SUSSIDIARIETÀ FUNZIONA COME UN ASCENSORE

Bisogna stare attenti a non confondere il principio di sussidiarietà con quello di decentramento. Infatti, esso non comporta necessariamente il favore per la collocazione delle competenze al livello territoriale di governo più "basso", e perciò più "vicino" ai cittadini. La sussidiarietà richiede che la competenza, in relazione alla sua natura, sia collocata al livello territoriale dove possa essere esercitata nel modo migliore, cioè più efficiente, efficace ed adeguato alle finalità perseguite. Perciò si può osservare che il principio, a seconda delle caratteristiche della competenza presa in considerazione ovvero in relazione all'evolversi dei problemi e dei contesti socio-economici, può condurre talora a spostare verso l'alto (in altri casi verso il livello di governo più basso) l'esercizio dei poteri e delle competenze. Usando una metafora, potrebbe dirsi che la sussidiarietà funziona come un ascensore.

Il Trattato UE prevede, infine, che gli Stati coadiuvino le istituzioni europee nello svolgimento dei suoi compiti, adempiendo agli obblighi previsti ed evitando comportamenti che possono compromettere la realizzazione degli scopi comunitari (**principio di leale cooperazione**, art. 4.3 TUE).

3. L'ORGANIZZAZIONE

L'organizzazione comunitaria si articola in diversi organi:

a) il **Consiglio europeo** è l'organo di impulso politico, chiamato a definirne gli orientamenti politici generali, ma privo di poteri normativi propri (art. 15 TUE). È composto dai Capi di Stato o di Governo di ciascuno Stato membro e dal Presidente

della Commissione. Il Presidente, che rappresenta l'UE all'esterno, è eletto a maggioranza qualificata, dura in carica due anni e mezzo e non può ricoprire cariche nazionali;

b) il **Consiglio** esercita, congiuntamente al Parlamento europeo, la funzione legislativa e la funzione di bilancio; coordina le politiche generali di tutti gli Stati membri (art. 16 TUE). È formato da un rappresentante di ogni Stato, componente del Governo, in relazione alla materia trattata, o in alcuni casi dai Capi di Stato o di Governo, ed è presieduto, a turno, da ciascuno dei suoi componenti, per un periodo di sei mesi. Le deliberazioni del Consiglio sono generalmente assunte a *maggioranza qualificata*, che tiene conto anche della popolazione rappresentata da ogni suo membro. In casi specifici è richiesto il *consenso unanime* degli Stati. Nell'esercizio delle sue funzioni, il Consiglio è coadiuvato dal **Comitato dei Rappresentanti Permanenti** (COREPER), organo composto dai rappresentanti permanenti degli Stati membri (art. 240 TFUE), incaricato di preparare i lavori del Consiglio e, specialmente, di sottoporre al suo esame gli atti da deliberare, nonché di eseguire i compiti che lo stesso gli affida;

c) la **Commissione europea** si può considerare come il centro dei processi di decisione e come l'organo di propulsione dell'ordinamento comunitario. Essa dispone, infatti, di poteri di iniziativa normativa per gli atti che il Consiglio adotta; di poteri di decisione amministrativa e di regolamentazione; di poteri di controllo verso gli Stati riguardo all'adempimento degli obblighi comunitari, che possono sfociare in un ricorso di fronte alla Corte di giustizia ed in una condanna per lo Stato inadempiente. Inoltre, la Commissione può esercitare un controllo "indiretto" sugli Stati membri, attraverso le segnalazioni di soggetti privati, cittadini ed imprese, relative alla mancata attuazione del diritto comunitario: si crea, così, *un rapporto "trilatero"*, che coinvolge la Commissione, le amministrazioni nazionali ed i privati. Rilevante è il ruolo della Commissione riguardo alla gestione dei finanziamenti comunitari: essa stabilisce l'ammontare dei Fondi strutturali, cioè dei finanziamenti stanziati dalla Comunità per esigenze di sviluppo economico, occupazionale e formativo degli Stati membri, e la loro ripartizione ai singoli Stati; istituisce, disciplina e finanzia le azioni comunitarie, cioè iniziative specifiche riguardanti settori determinati, come l'ambiente urbano o i mass media, rivolte sempre agli Stati.

La Commissione, dopo l'uscita del Regno Unito (*Brexit*), è composta di ventisette membri (ogni Stato ha diritto di averne uno), che durano in carica cinque anni, scelti in base alle loro competenze generali e alle garanzie di indipendenza offerte, e designati di comune accordo dagli Stati membri e dal futuro presidente della stessa. Il Parlamento europeo elegge il presidente su proposta del Consiglio ed approva la composizione della Commissione; il Parlamento può censurare, sempre collettivamente, la Commissione, costringendola alle dimissioni. I membri della Commissione sono designati dal Consiglio su proposta degli Stati: ma il presidente della Commissione deve essere d'accordo sulla loro designazione, assegna loro le competenze e può chiedere e ottenere le loro dimissioni. Fa parte della Commissione, anzi ne è il Vicepresidente, l'Alto rappresentante per gli affari esterni, che rappresenta l'UE nella politica estera;

d) il **Parlamento europeo** è composto dai rappresentanti (che con l'elezione del 2009 sono 750) dei cittadini dell'Unione, eletti in ciascuno Stato (il più piccolo ne

elegge 6, il più grande 96), per cinque anni, a suffragio universale e diretto (art. 14 TUE). Il PE è, dunque, un organo rappresentativo e dotato di legittimazione democratica, che partecipa ormai pienamente al processo di formazione degli atti normativi, attraverso la **procedura legislativa ordinaria** (l'ex **procedura di codecisione**), disciplinata dall'art. 294 TFUE. In essa, l'adozione degli atti normativi, proposti dalla Commissione, richiede il consenso sia del PE che del Consiglio, il dissenso dei quali è comunque superabile con la convocazione di un apposito Comitato di conciliazione, chiamato a trovare un accordo tra i due organi. Sono poi previste diverse **procedure legislative speciali**, sempre però basate sulla partecipazione di entrambi gli organi legislativi.

Il PE dispone inoltre di un potere di iniziativa legislativa indiretta, esercitato tramite la Commissione. Inoltre, il PE risponde alle petizioni dei cittadini comunitari e nomina un **Mediatore**, chiamato ad indagare sui casi di cattiva amministrazione delle istituzioni comunitarie, denunciati dagli stessi cittadini. Il PE è, infine, titolare di *poteri di controllo verso la Commissione*, che si sostanziano nell'istituzione di *commissioni temporanee di inchiesta* (art. 226 TFUE), o nella presentazione di *interrogazioni* (art. 230 TFUE); ma, soprattutto, nel *voto di fiducia iniziale sul presidente e sui membri della Commissione* e nella possibilità di approvare una *mozione di censura* verso la stessa, che ne provoca le dimissioni (art. 234 TFUE). Il peso del PE si è concretamente manifestato nel caso della Commissione Santer, dimessasi nel 1999, per effetto della sola presentazione di una mozione di censura da parte del PE, e ancor prima di un suo voto;

e) la **Corte di giustizia** è l'organo giurisdizionale comunitario, chiamato ad assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione ed applicazione del Trattato (art. 19 TUE). È composta da tanti giudici quanti sono gli Stati membri ed ha il compito di giudicare sulle violazioni del diritto comunitario, commesse dagli Stati membri o dalle istituzioni europee, sulla legittimità degli atti normativi comunitari, e di interpretare il diritto comunitario in via pregiudiziale. La Corte è coadiuvata dal *Tribunale di primo grado*, titolare di competenze specifiche, le cui sentenze possono essere impugnate di fronte alla Corte stessa per motivi di solo diritto (art. 256 TFUE);

f) la **Corte dei conti** è l'organo di controllo contabile della Comunità, chiamata ad esaminare le entrate e le spese della stessa e degli organi da essa creati (art. 287 TFUE);

g) il **Comitato economico e sociale** è un organo consultivo del Consiglio, della Commissione e del PE (art. 301 TFUE). È composto dai rappresentanti delle diverse categorie economiche e sociali ed esprime i suoi pareri obbligatoriamente, nei casi previsti dal Trattato, o su richiesta delle istituzioni comunitarie, o di propria iniziativa;

h) il **Comitato delle Regioni** è anch'esso un organo consultivo delle istituzioni europee (art. 305 TFUE). È composto dai rappresentanti delle collettività regionali e locali, delle quali esprime le istanze a livello comunitario. Il Comitato è consultato obbligatoriamente dalle istituzioni comunitarie, nei casi previsti dal Trattato, o su loro richiesta; può anche esprimersi di propria iniziativa.

4. IL MERCATO, TRA STATO E UNIONE EUROPEA

Lo Stato liberale e democratico sono sempre stati associati all'esistenza di un'economia di mercato. Ma nel moderno **Stato sociale** la libertà del mercato e dei suoi operatori (le imprese, le banche ecc.) incontrano limiti necessari al raggiungimento di finalità sociali o per contrastare le crisi economiche, dando luogo ad un'economia mista, in cui il ruolo dello Stato si è progressivamente esteso attraverso vari strumenti. Sono sorte imprese pubbliche o enti pubblici economici che operano con gli stessi strumenti delle imprese private ma non hanno il profitto come loro obiettivo principale. Spesso queste imprese sono gestite da società per azioni a partecipazione pubblica (le Poste italiane, per es., sono una società per azioni il cui capitale è tutto detenuto dal Ministero dell'economia).

Sin dall'origine i Trattati istitutivi della Comunità europea ponevano al centro degli obiettivi l'instaurazione di un *mercato comune*, un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Questo comportava l'adozione da parte della Comunità e degli Stati membri di una politica economica fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri, ispirata al principio di una *economia di mercato aperta e in libera concorrenza*.

Questi principi sono ribaditi dal Trattato sull'Unione europea – TUE, secondo cui *l'Unione instaura un mercato interno e si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva* (art. 3.3), nonché dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE, secondo cui *la politica economica dell'Unione è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza* (art. 119.1).

✓ IL MERCATO: ORDINE SPONTANEO O COSTRUZIONE GIURIDICA?

Anche se non mancano teorie che configurano il mercato quale un ordine spontaneo (come quella di Hayek), secondo la concezione prevalente, il mercato ha bisogno di norme ordinatrici, cioè di regole giuridiche che diano ordine al mercato, strutturino le relazioni economiche, fissino i principi che presiedono alla produzione ed allo scambio dei beni. *Quindi economia di mercato e libera concorrenza non esistono in natura ma sono il risultato di istituti giuridici*, quali ad esempio quelli che definiscono le capacità e le responsabilità dei soggetti, individuano la commerciabilità di certe categorie di beni, reprimono certi comportamenti perché lesivi della libertà di concorrenza, vietano certi contratti e dispongono meccanismi di tutela del consumatore. Anzi, poiché l'economia di mercato richiede la regolarità e le prevedibilità dell'agire, senza di cui non è possibile il calcolo economico, il mercato ha bisogno di essere governato da regole. Incerto è l'esito dell'affare, ma le regole entro cui si muovono i soggetti devono essere certe. Il mercato, quindi, non è un'entità a-storica ed a-giuridica, non pre-esiste al diritto, ma esiste proprio in quanto ha un *suo statuto giuridico* (N. Irti). Anzi, poiché le norme (nazionali e comunitarie) variano in funzione dei beni economici oggetto dello scambio e/o dei soggetti che li producono e li scambiano, *non esiste un solo mercato, bensì una pluralità di mercati, tanti quanti sono i nuclei di norme che regolano la produzione e lo scambio dei beni*.

Alla creazione di un mercato unico europeo si è giunti utilizzando tre strumenti previsti dai Trattati: 1) la *libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali* (le c.d. **quattro libertà**, capisaldi del liberalismo economico della Comunità); 2) il *divieto degli aiuti finanziari*; 3) la *disciplina della concorrenza*, e sotto qualsiasi forma, dello Stato alle imprese, salve alcune specifiche eccezioni. Gli Stati non possono cercare di impedire la creazione di un mercato comune limitando la circolazione delle merci e dei fattori produttivi (per esempio, attraverso tariffe doganali), oppure introducendo un privilegio per le proprie imprese, ed in particolare per le imprese pubbliche, erogando loro aiuti finanziari che creano ostacoli all'ingresso nel mercato nazionale di imprese straniere. I primi due tipi di disposizioni mirano proprio ad evitare questi comportamenti degli Stati, ponendo a loro carico l'obbligo di astenersi da tali comportamenti. Invece, le disposizioni del terzo tipo si rivolgono non agli Stati ma direttamente alle imprese che operano nel mercato, al fine di sanzionare quei comportamenti che falsano il gioco della concorrenza, per esempio attraverso concentrazioni che portano al monopolio. Perciò il Trattato contiene un'analitica disciplina della concorrenza, ponendo una serie di divieti (potenzialmente dotati di "effetto diretto": → § VII.7) ed affidando alla Commissione il compito di assicurarne l'osservanza da parte delle imprese che operano nel mercato unico.

Ma il diritto comunitario non si limita a garantire un mercato unico, basato sul principio della libertà di concorrenza, e perciò a vietare tutti gli interventi dello Stato che alterano la logica concorrenziale, ma ha posto le premesse giuridiche per la drastica riduzione, se non proprio l'eliminazione, dei monopoli pubblici o legati a diritti di esclusiva. Perciò anche quelle attività tradizionalmente configurate come servizi pubblici devono essere, in larga misura, sottoposte alle regole della concorrenza.

✓ LA LIBERALIZZAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI

Il Trattato prevede che le *imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale* (cioè quelle che, nella terminologia giuridica italiana, esercitano "servizi pubblici") siano sottoposte alle norme del Trattato, ed in particolare alle regole sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata (art. 86.2, ora sostituito dall'art. 106.2 del TFUE). Questa disposizione è stata interpretata dalla Corte di giustizia nel senso che si riferisce a qualsiasi attività di produzione di beni e servizi, salvo quelle ritenute "*tipiche prerogative dei pubblici poteri*" (come il controllo e la polizia dello spazio aereo o la polizia portuale), o non economiche, come quelle attinenti ai sistemi scolastici e di protezione sociale.

È così intervenuta una radicale modifica di uno dei tratti caratterizzanti la nozione di "servizio pubblico" proprio della tradizione giuridica dell'Europa continentale, cioè quello della esclusiva "politicalità" della decisione di considerare una determinata attività economica come servizio pubblico. Inoltre, ne deriva una riduzione dello spazio dell'impresa in mano pubblica, sempre più esposta alla concorrenza dei gestori privati; dall'altra parte, lo stesso Trattato CE pone il *divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità* (art. 12, e poi gli artt. da 81 a 89, ora sostituiti dagli artt. 18 e da 106 a 109 del TFUE), con la conseguenza che deve considerarsi illegittimo mantenere in mano pubblica talune imprese in nome dell'interesse nazionale ad evitare che la loro proprietà sia acquisita da cittadini di altri Stati.

Questi cambiamenti sono stati favoriti anche dall'inefficienza economica che ha molto spesso caratterizzato le gestioni pubbliche, con costi che la "crisi fiscale" dello Stato ha reso non più sopportabili; dall'integrazione dei mercati, ostacolata dalle frammentazioni delle discipline nazionali dei servi-

zi pubblici; dallo sviluppo tecnologico in diversi settori che spesso ha fatto venire meno il fondamento di fatto di alcuni monopoli pubblici, cioè l'esistenza di circostanze fisiche e tecniche che impedivano all'imprenditore privato di rendere un servizio accessibile a tutti (pensiamo a quanto è avvenuto nel settore delle telecomunicazioni, dove lo sviluppo tecnologico ha fatto sì che, per assicurare che tutti abbiano il servizio a prezzi ragionevoli, non c'è alcun bisogno di affidarlo ad un operatore soltanto). Tutto ciò spiega il rigore con cui gli organi europei hanno avviato politiche di *liberalizzazione* di interi settori, che vengono sottratti a diritti di esclusiva e aperti alla concorrenza, attraverso l'adozione di regolamenti e direttive (per esempio, per quanto riguarda le telecomunicazioni), ma anche con specifiche azioni di contrasto delle attività delle residue imprese pubbliche monopolistiche, che sono sottoposte alle regole della concorrenza.

5. L'UNIONE MONETARIA E I PARAMETRI DI MAASTRICHT

Il mercato unico è stato completato dalla creazione di una moneta unica (l'**EURO**), nonché dalla definizione e dalla conduzione di una *politica monetaria e di una politica del cambio* uniche, gestite direttamente da istituzioni comunitarie – il **Sistema europeo di banche centrali (SEBC)**, indipendente sia dalle istituzioni nazionali che da quelle comunitarie – in luogo degli Stati che aderiscono all'Unione economica e monetaria, prevista dal Trattato di Maastricht (1993) e avviata nel 1999.

Tra le finalità principali dell'Unione europea vi è quello di mantenere *la stabilità dei prezzi* (art. 3.2 TUE). In particolare, il TFUE ribadisce che l'obiettivo principale della politica monetaria e della politica del cambio è quello della stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche generali dell'Unione conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (art. 119.2). Perciò la politica monetaria e la politica del cambio comuni devono avere un obiettivo prioritario: la stabilità dei prezzi, e quindi la lotta all'inflazione (che consiste appunto nell'innalzamento del livello dei prezzi). Solo dopo avere assicurato questo obiettivo, può servire a sostenere le altre politiche della Comunità, ma anche qui conformandosi ad un altro principio, quello della **libertà di concorrenza**.

Esiste, pertanto, una stretta correlazione tra mercato aperto basato sulla libera concorrenza, moneta unica e stabilità dei prezzi. La moneta unica e la politica monetaria e del cambio comuni consolidano il mercato comune, perché così sono eliminati i residui strumenti attraverso cui gli Stati potevano proteggere le rispettive economie nazionali riducendo l'integrazione in un unico mercato comune. Inoltre, moneta unica e stabilità dei prezzi facilitano i calcoli economici degli operatori che intendono svolgere la loro attività in un unico grande mercato.

Ma l'instaurazione di una moneta unica impone un certo grado di convergenza tra le economie degli Stati partecipanti all'Unione. Ciò è richiesto in quanto in un mercato unico e aperto l'inflazione può essere esportata dai Paesi con economie più deboli ai Paesi con economie più solide (il problema, infatti, nella fase di gestazione della moneta unica è stato avvertito soprattutto dai tedeschi).

Da qui deriva la necessità che gli Stati che aderiscono all'Unione abbiano condizioni finanziarie interne tali da ridurre i pericoli di inflazione.

✓ I PARAMETRI DI MAASTRICHT

L'Unione monetaria europea stabilisce una serie di vincoli alle politiche di bilancio dei Paesi membri (con eccezione del Regno Unito, Danimarca, Svezia, che hanno scelto di restare fuori dall'Euro, e della Grecia, che ha potuto rientrare nei parametri solo in un secondo tempo). Agli Stati nazionali, infatti, viene imposto il rispetto di "finanze pubbliche sane" e, pertanto, il Trattato prevede che due volte l'anno gli Stati membri sottopongano i loro bilanci, quello in corso e quello previsto, ad una procedura di esame. L'obiettivo è quello di evitare i disavanzi eccessivi (che sono ritenuti i principali sintomi di finanze non sane). Secondo il Trattato CE ed il Protocollo aggiuntivo un **disavanzo** è ritenuto eccessivo se:

- il disavanzo supera la soglia del 3% del Prodotto Interno Lordo (PIL);
- il debito pubblico supera la soglia del 60% del PIL.

Per la verifica dei parametri di convergenza deve farsi riferimento al conto consolidato delle pubbliche amministrazioni che comprende, oltre alle amministrazioni statali, anche le Regioni, gli Enti locali e gli Enti di previdenza. Qualora in un Paese membro un disavanzo risulti eccessivo, la Commissione europea deve preparare un rapporto al Consiglio, che può fare delle raccomandazioni al Paese in questione. Ove queste non siano prese in considerazione possono essere emesse delle sanzioni pecuniarie. Questa disciplina è stata completata dal cosiddetto **Patto di stabilità e crescita**, concordato in occasione del Consiglio europeo di Amsterdam nel giugno 1997. In virtù del **Patto di stabilità** i Paesi aderenti si impegnano a porsi un obiettivo di bilancio pubblico in pareggio nel medio termine.

Queste prescrizioni si spiegano in quanto, nella prospettiva del Trattato, la politica di bilancio deve essere diretta ad assicurare la stabilità dei prezzi ed ha un ruolo strumentale rispetto alla politica monetaria. Ciò ha imposto ai Paesi aderenti all'Unione, e particolarmente all'Italia, un'opera di risanamento finanziario che ha consentito di rispettare i "parametri di Maastricht". Il risanamento finanziario ed il rispetto dei vincoli comunitari si appoggiano su procedure decisionali congegnate in modo tale da garantire il rispetto di tali vincoli ponendo freni alla crescita incontrollata della spesa ed all'indebitamento.

L'unione economica e monetaria comporta una moneta ed una politica monetaria unica gestite dal Sistema europeo di Banche centrali, che è un organismo di tipo "federale" composto dalle banche centrali nazionali e, in posizione sovraordinata, dalla Banca centrale europea (BCE). Oltre a definire e attuare la politica monetaria dell'Unione, il SEBC svolge le operazioni in cambi, gestisce le riserve ufficiali in valuta degli Stati membri, promuove il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento, gestisce tutte le informazioni statistiche. Nel SEBC, le Banche centrali – in Italia si chiama Banca d'Italia – svolgono fundamentalmente due compiti: concorrere, tramite il proprio vertice istituzionale, cioè il Governatore, a determinare le decisioni del Consiglio direttivo della BCE; dare attuazione a tali decisioni entro il confine del proprio Paese. Occorre aggiungere che la vigilanza del mercato del credito è rimasta alle Banche centrali, anche se occorre sottolineare come anche questo, per effetto di direttive comunitarie, è un mercato concorrenziale, in cui i controlli della Banca centrale sono di natura esclusivamente tecnica, prevalentemente a tutela degli utenti e della trasparenza del mercato. In questo contesto istituzionale, dunque, la funzione monetaria è stata integralmente sottratta alle autorità nazionali ed è concepita come attività "tecnica", completamente separata dai poteri politici nazionali e comunitari.

6. LA CRISI FINANZIARIA IN EUROPA E LA NUOVA GOVERNANCE ECONOMICA

In questo contesto istituzionale, dunque, la funzione monetaria è stata integralmente sottratta alle autorità nazionali ed è concepita come attività “tecnica”, completamente separata dai poteri politici nazionali e comunitari.

Secondo il meccanismo introdotto con il Trattato di Maastricht e confermato dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), la politica monetaria doveva essere condotta a livello sovranazionale dalla BCE, mentre le politiche di bilancio – la determinazione delle spese pubbliche, delle entrate e del debito pubblico – erano di competenza dei singoli Stati.

Il *Patto di stabilità e crescita* aveva aggiunto una sorveglianza *ex post* delle politiche di bilancio.

I fatti però hanno dimostrato che questo meccanismo non è riuscito ad imporre la riduzione del debito pubblico e del disavanzo di bilancio in modo da assicurare il rispetto dei parametri di Maastricht, né è riuscito ad impedire che gli squilibri macroeconomici e di bilancio di alcuni Paesi si riflettessero sulla stabilità finanziaria di tutta l'**Eurozona** (cioè di quella parte dell'Unione europea che ha adottato l'euro).

Nel 2010, il debito pubblico della Grecia era pari al 140,2% del PIL, dell'Irlanda al 97,4%, della Spagna al 64,4%, del Portogallo al 93%, dell'Italia al 118%. In questo contesto è aumentato il rischio, percepito dai mercati finanziari, che alcuni Stati non fossero più in grado di pagare i propri debiti (insolvenza o *default* dello Stato). Ne è derivato l'aumento notevole degli interessi che questi Stati hanno dovuto pagare agli acquirenti dei titoli di debito pubblico (gli interessi sono infatti il prezzo del denaro preso in prestito dagli Stati e questo prezzo aumenta quanto più cresce il rischio di un mancato rimborso del prestito). In questo modo si innesta un circolo vizioso: l'elevato *stock* di debito pubblico fa aumentare i tassi di interesse, ma l'aumento dei tassi di interesse significa aumento della spesa dello Stato, che è finanziata con altro debito pubblico. La conseguenza è stata l'aggravarsi della crisi finanziaria degli Stati il cui volume complessivo di debito è andato crescendo. I mercati finanziari, mossi ora da intenti speculativi, ora dalla paura dell'insolvenza dello Stato, hanno prima colpito con la richiesta di alti tassi di interesse uno Stato specifico, ma poi la paura e la speculazione si sono estesi da uno Stato all'altro, determinando così quello che è stato chiamato il rischio di “contagio”.

In questo modo si evidenziavano alcuni dei limiti istituzionali dell'Unione economica e monetaria. Gli Stati hanno messo in comune la politica monetaria ma hanno mantenuto la titolarità delle politiche di bilancio e non hanno previsto alcun meccanismo che in caso di crisi assicurasse il pagamento del debito pubblico.

I punti critici principali sono due. Il primo è che in caso di crisi delle finanze pubbliche di uno Stato, manca un meccanismo che garantisca la sua solvibilità. Normalmente, in casi del genere c'è il “garante di ultima istanza” rappresentato dalla Banca centrale che può stampare nuova moneta con cui pagare i debiti, col rischio però di far aumentare l'inflazione.

Questo non può avvenire per gli Stati dell'Eurozona, perché essi non dispongono più della politica monetaria, che è stata trasferita alla BCE, la quale, peraltro, ha come compito principale quello di assicurare la stabilità dei prezzi, quindi di evitare

l'inflazione. Il secondo punto critico è dato dalla debolezza dei meccanismi istituzionali con cui assicurare che gli Stati perseguano veramente l'obiettivo di avere finanze pubbliche "sane", visto che la politica di bilancio è rimasta nelle loro attribuzioni.

Per affrontare la grave crisi delle finanze degli Stati dell'Eurozona, sono state introdotte importanti riforme, che vanno nella direzione di un rafforzamento dell'integrazione europea.

In questo contesto, la nuova **governance economica europea** – introdotta tra il 2010 ed il 2012 – ha rafforzato il coordinamento a livello europeo delle politiche economiche nazionali e reso più efficace la sorveglianza sulle politiche di bilancio degli Stati membri dell'Eurozona. Essa ha come conseguenza una significativa limitazione dell'autonomia decisionale degli Stati, soprattutto di quelli che hanno un livello elevato di debito pubblico e rischiano l'insolvenza. I quali, infatti, sono tenuti a seguire le politiche economiche determinate in sede europea e ad adottare le riforme dirette a ridurre il disavanzo di bilancio ed il debito pubblico e a rendere più competitiva la loro economia (le cosiddette "riforme strutturali").

Le principali innovazioni adottate tra il 2010 ed il 2012 sono le seguenti:

a) il **semestre europeo**, che consiste in una procedura finalizzata al coordinamento preventivo delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri. Il calendario del semestre europeo è articolato nel modo seguente: 1) nel mese di gennaio, la Commissione elabora *l'analisi annuale sulla crescita* in cui indica le prospettive macroeconomiche e formula le proposte strategiche per l'economia europea; 2) nel mese di marzo, la Commissione predispone un rapporto sulla base del quale il Consiglio europeo indica i principali obiettivi di politica economica per l'UE e per l'Area Euro e le possibili strategie di riforma per conseguire tali obiettivi (linee guida); 3) nel mese di aprile gli Stati membri, tenuto conto delle suddette indicazioni, comunicano alla Commissione i propri obiettivi di medio termine e le principali azioni di riforma che intendono adottare e che sono contenuti nei *Programmi di stabilità* e nei *Programmi nazionali di riforma*; 4) nei mesi di giugno e luglio il Consiglio europeo e il Consiglio dei ministri finanziari, sulla base della valutazione dei programmi di stabilità, forniscono indicazioni specifiche per ciascun Paese. Il Consiglio può invitare uno Stato membro a rivedere il programma presentato; 5) nei mesi successivi ciascuno Stato, sulla base delle precedenti decisioni del Consiglio e della Commissione, predispone il bilancio e le misure di politica economica finalizzate al loro conseguimento;

b) la nuova *sorveglianza macroeconomica e finanziaria*, introdotta con il cosiddetto *six pack* (ossia con un insieme di sei regolamenti comunitari), che ha modificato il Patto di stabilità e crescita. In estrema sintesi, è stato introdotto un meccanismo di sorveglianza sui dati macroeconomici di ciascun Paese (quali il debito esterno, il saldo corrente, ecc.), per cui se la Commissione ritiene che vi siano degli squilibri può chiedere allo Stato di adottare misure di politica economica dirette alla loro eliminazione. Vi è poi il *braccio preventivo* del Patto di stabilità e crescita, in base al quale la Commissione esercita il controllo sulle finanze pubbliche dello Stato, attraverso una valutazione della dinamica della spesa pubblica, con l'obiettivo di raggiungere il pareggio di bilancio;

c) il **Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione europea**, firmato il 2 marzo 2012, la cui parte fondamentale è il patto di bilancio (cosiddetto *fiscal compact*). Si tratta di un vero e proprio trattato internazionale stipulato al di fuori dei Trattati su cui si fonda l'UE. Ad esso non hanno aderito il Regno Unito e la Repubblica Ceca. Il nuovo Trattato si caratterizza soprattutto per l'introduzione di due regole. La prima consiste nell'introduzione del pareggio di bilancio, o più precisamente del divieto per il deficit strutturale di superare lo 0,5% del PIL, nel corso di un ciclo economico. Regola che dovrà essere recepita dagli ordinamenti nazionali, possibilmente con una modifica costituzionale (per l'Italia → § III.5). La seconda consiste nell'individuazione di un percorso di riduzione del debito pubblico, in rapporto al PIL. In particolare, è stato stabilito che il rapporto debito/PIL deve diminuire ogni anno di 1/20 della distanza tra il suo livello effettivo e la soglia del 60% (per esempio se il debito è pari al 120% del PIL, la riduzione va calcolata sulla parte eccedente il parametro di Maastricht, cioè sul 60%; questo ammontare deve diminuire di un ventesimo l'anno, che per l'Italia equivale a alcune decine di miliardi di euro per ogni anno!);

d) l'introduzione di un meccanismo di solidarietà diretto ad aiutare gli Stati in difficoltà finanziarie. Prima, nel corso del 2010, è stato introdotto l'*European Financial Stability Facility (EFSF)*, dotato di risorse finanziarie messe a disposizione da parte degli Stati membri (440 miliardi di euro), per aiutare i Paesi in difficoltà, sulla base di piani caratterizzati da rigorosa "condizionalità" (vale a dire che gli aiuti finanziari sono subordinati ad un programma di riforme tese a migliorare i conti pubblici). Sulla base di questo meccanismo sono stati erogati ingenti aiuti finanziari alla Grecia, al Portogallo e all'Irlanda. La durata dell'EFSF veniva limitata a soli tre anni. Perciò successivamente, sulla base di un apposito trattato internazionale, è stato istituito un meccanismo permanente di intervento diretto ad assicurare la stabilità finanziaria nell'area euro: il **Meccanismo europeo di stabilità (MES)**, destinato ad assumere, dal 1 luglio 2012, le funzioni dell'EFSF. Al momento della sua istituzione il MES è stato dotato di un capitale sottoscritto di 700 miliardi di euro e di una capacità di prestito fino a 500 miliardi. Con successivi accordi si è provveduto a aumentare la suddetta capacità di intervento;

e) la creazione di un'**Unione Bancaria**, diretta a evitare i rischi di "contagio" tra sistema finanziario privato e finanza pubblica degli Stati.

III. L'ORGANIZZAZIONE COSTITUZIONALE IN ITALIA

1. PRINCIPI DEL SISTEMA ELETTORALE

I sistemi elettorali sono macchine estremamente complesse, fatte di molti congegni diversi. Qui ci limiteremo a tracciare i lineamenti più generali, con particolare riferimento al sistema elettorale adottato in Italia per le elezioni del Parlamento: ricordando che si vota anche per gli altri livelli di governo (Parlamento europeo, Regioni e Comuni) e che, per capire come funziona il sistema, si dovrebbe tener conto anche di almeno due altri elementi fondamentali, che qui dobbiamo trascurare: il sistema dei partiti e il loro finanziamento; le regole sulle campagne elettorali e il loro finanziamento.

1.1. *Diritto di votare e di essere eletti*

Il passaggio dallo Stato liberale a quello di democrazia pluralista ha comportato l'introduzione del suffragio universale (→ § I.8). L'art. 48 Cost. afferma infatti che sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età. Questa norma disciplina, pertanto, il cosiddetto **elettorato attivo**, cioè la capacità di votare. Esso è subordinato al possesso di due requisiti positivi: la *cittadinanza italiana* e la *maggiore età*.

✓ COME SI PERDE L'ELETTORATO ATTIVO

Tutti coloro che possiedono i requisiti vengono iscritti d'ufficio nelle **liste elettorali**. L'elettorato attivo viene escluso in presenza di alcune condizioni che danno luogo alla perdita del diritto di voto (si parla anche di *perdita della capacità elettorale*). Più precisamente, ai sensi dell'art. 48.4 Cost., ciò può avvenire solamente: 1) per *cause di incapacità civile*; 2) per *effetto di sentenze penali irrevocabili*, che per espressa previsione di legge portano alla perdita del diritto di voto; 3) per *cause di indegnità morale*. Secondo il diritto privato italiano, civilmente incapaci sono i minori e gli interdetti, mentre parzialmente capaci sono gli inabilitati. Tuttavia, il legislatore (d.P.R. 223/1967) ha riconosciuto la capacità elettorale ai ricoverati in ospedale psichiatrico, agli interdetti ed agli inabilitati. Per quanto concerne invece la seconda causa di perdita della capacità elettorale, la legge ha individuato quali sentenze penali irrevocabili di condanna determinano questo effetto; si tratta di sentenze pronunciate per delitti fascisti; mentre altre sentenze riguardanti un numero considerevole di delitti e contravvenzioni portano alla sospensione per cinque anni del diritto di voto. La stessa legge ha individuato i casi di "indegnità morale", escludendo temporaneamente dal diritto di voto coloro che sono sottoposti alle

misure di prevenzione di polizia e coloro che sono sottoposti all'interdizione temporanea dai pubblici uffici. Invece, i condannati a pena che comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici sono esclusi in via definitiva dal diritto di voto.

L'art. 48.2 Cost. pone alcuni principi che caratterizzano il diritto di voto, e più precisamente:

1. il *voto è personale*, con la conseguenza che è escluso il voto per procura;
2. il *voto è eguale*, secondo un principio basilare di un sistema democratico, che esclude radicalmente la possibilità che a certi soggetti sia attribuito il voto plurimo;
3. il *voto è libero*, con la conseguenza che la legge vieta e sanziona le coartazioni che possono derivare dall'esercizio di certe funzioni (pubblici ufficiali, ministri di ogni culto, ecc.) e considera reato l'elargizione di denaro e di cibo nell'imminenza delle elezioni;
4. il *voto è segreto*, laddove la segretezza serve a garantire l'effettiva libertà dello stesso (l'unica eccezione riguarda i ciechi, i quali per votare possono farsi accompagnare nella cabina elettorale);
5. il *voto è dovere civico*, ma si tratta di una formula assai ambigua: da una parte perché il costituente espressamente evitò di qualificarlo come dovere giuridico, dall'altra parte perché non ci sono sanzioni nei confronti di chi non vota, con la conseguenza che l'*astensionismo* può ritenersi perfettamente ammissibile e lecito.

✓ IL VOTO DEGLI ITALIANI ALL'ESTERO

Anche i *cittadini italiani residenti all'estero* hanno diritto di voto per l'elezione del Parlamento. La legge cost. 1/2000 ha introdotto un 3° comma dell'art. 48, il quale riconosce il diritto di voto anche a tale categoria di cittadini, rinviando alla legge la determinazione dei requisiti e delle modalità per l'esercizio del diritto. I cittadini residenti all'estero dovranno votare in un'apposita circoscrizione elettorale, la *Circoscrizione estero*, nella quale vengono eletti dodici deputati e sei senatori (così è stato stabilito nella successiva legge cost. 1/2001). Pertanto, il numero complessivo dei deputati e dei senatori è stato lasciato invariato, mentre sono stati proporzionalmente ridotti i parlamentari eletti sul territorio nazionale. La legge 459/2001 stabilisce le concrete modalità di voto.

Dall'elettorato attivo, di cui ci siamo fin qui occupati, va distinto l'**elettorato passivo**, che consiste nella capacità di essere eletto. Il principio generale è quello dell'eleggibilità di tutti gli elettori, salvo restrizioni particolari previste dalla Costituzione.

✓ LA RAPPRESENTANZA DI GENERE

Malgrado la proclamata eguaglianza nei diritti politici, in Italia le donne sono da sempre sottorappresentate nelle istituzioni e in particolare nelle assemblee elettive. Non sono mancati tentativi di rimediare a questa situazione attraverso congegni "paritari" inseriti nelle leggi elettorali (generalmente congegni imposti dalle leggi dello Stato alle elezioni locali), ma almeno all'inizio la Corte costituzionale li ha bocciati: non per il loro obiettivo, giudicato sacrosanto, ma per le tecniche impiegate: la sent. 422/1995, per esempio, censura la legge per le elezioni nei comuni minori per aver previsto

un meccanismo che vieta che in una lista i candidati di un sesso superino di oltre due terzi i candidati dell'altro. Norme del genere – dice la Corte – non si propongono di “rimuovere” gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, ma, per il modo in cui è organizzata la legge in cui sono inserite, mirano ad assicurare direttamente il risultato (si tratterebbe perciò di un caso di *reverse discrimination*: → § VII.3).

Le polemiche scatenate da questa sentenza hanno portato a una (non molto efficace) revisione dell'art. 51 Cost. e poi a un ammorbidimento della stessa Corte costituzionale: ma soprattutto a scrivere leggi più attente. Specie le leggi elettorali regionali hanno introdotto meccanismi molto efficaci, come la “**preferenza di genere**” prevista dalla legge campana (l'elettore può esprimere una seconda preferenza solo se è per un candidato di sesso diverso dalla prima), è “promossa” dalla Corte costituzionale (sent. 4/2010). In seguito la legge 215/2012 ha esteso l'applicazione della “preferenza di genere” alle elezioni comunali.

L'**ineleggibilità parlamentare** consiste in un impedimento giuridico, precedente all'elezione, che non consente a chi si trova in una delle cause ostative previste dalla legge di essere validamente eletto. L'**incompatibilità** invece è quella situazione giuridica in cui il soggetto, validamente eletto, non può cumulare nello stesso tempo la funzione di parlamentare con altra carica.

Diverso è il *fondamento giuridico* che sta alla base delle due figure: le ineleggibilità mirano a garantire in prima istanza la *libertà di voto e la parità di chances* tra i candidati, in modo che il procedimento elettorale si svolga con correttezza senza indebite influenze sulla competizione; invece, le incompatibilità sono volte in special modo ad assicurare che *l'imparziale esercizio delle funzioni elettive* non venga minacciato da conflitti di interessi o da motivi di ordine funzionale.

Sul piano degli *effetti*, le differenze sono cospicue: le cause di ineleggibilità hanno natura invalidante e determinano la nullità della stessa elezione; le cause di incompatibilità sono invece “caducanti” e producono la decadenza del titolare della carica elettiva qualora questi non faccia venire meno la causa di incompatibilità. Ciò significa che *le cause di incompatibilità possono essere rimosse* attraverso l'*opzione* da parte dell'interessato fra le due cariche.

✓ CAUSE DI INELEGGIBILITÀ

La legislazione ordinaria relativa alle ineleggibilità parlamentari è ancor oggi in gran parte costituita dal d.P.R. 361/1957, risultante dall'approvazione del T.U. delle leggi “*recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati*” (così come modificato dalle nuove leggi elettorali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica). Le cause di *ineleggibilità* possono essere ricondotte, per comodità espositiva, a tre gruppi:

- il primo comprende titolari di cariche di governo degli enti locali, funzionari pubblici, alti ufficiali (presidenti di giunte provinciali, sindaci di Comuni con popolazione superiore a 20.000 abitanti, capi e vice capi della polizia, capi di gabinetto dei ministeri, commissari di governo, ecc.) che per la carica ricoperta potrebbero esercitare una *captatio benevolentiae* sull'elettore o incidere sulla *par condicio* dei candidati. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della lett. a) dell'art. 7 del T.U., che prevedeva l'ineleggibilità parlamentare per i consiglieri regionali (sent. 344/1993). Tali cause di ineleggibilità non hanno effetto se le funzioni esercitate siano cessate almeno 180 giorni prima della data di scadenza del quinquennio di durata della Camera dei deputati;
- il secondo riguarda soggetti aventi rapporti di impiego con Governi esteri (diplomatici, consoli, addetti alle legazioni e consolati esteri, ecc.) (art. 9);

– il terzo gruppo riguarda quelle categorie di soggetti aventi peculiari rapporti economici con lo Stato (concessionari di pubblici servizi, dirigenti e consulenti di aziende sovvenzionate dallo Stato, ecc.) (art. 10).

Per questi ultimi due gruppi, la legge non prevede espressamente il termine entro cui la carica deve essere abbandonata per evitare di incorrere nella situazione di ineleggibilità. Tuttavia, per omogeneità di trattamento con le ipotesi comprese nel primo gruppo, si ritiene che le dimissioni debbano aver luogo comunque prima dell'atto di presentazione della candidatura.

A questi gruppi è da aggiungere la categoria dei magistrati (esclusi quelli in servizio presso le magistrature superiori), ritenuti non eleggibili nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione degli uffici in cui hanno svolto le proprie funzioni nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura (art. 8, così come modificato dalla legge 13/1997).

Le cause di ineleggibilità, che sopraggiungono nel corso del mandato elettivo, prendono il nome di **ineleggibilità sopravvenute**. Esse di norma si trasformano in *cause di incompatibilità*, seguendone il relativo regime giuridico.

✓ UN TERTIUM GENUS: LA "NON CANDIDABILITÀ"

Istituto diverso sia dall'ineleggibilità che dall'incompatibilità parlamentare è quello della cosiddetta **incandidabilità** (introdotto dalla legge 16/1992, e utilizzato più di recente dalla cosiddetta "legge anticorruzione", legge 190/2012), che consiste in una inidoneità funzionale assoluta non rimovibile dall'interessato. Ne sono colpiti coloro che hanno subito condanne per determinati reati (in particolare, delitti connessi al fenomeno mafioso, relativi al traffico di droga o armi, alcuni delitti dei pubblici ufficiali, reati commessi con abuso di potere o con violazione di doveri inerenti ad una pubblica funzione), o da misure di prevenzione inerenti a pericolosità di tipo mafioso. Le conseguenze sono di particolare gravità: la nullità dell'elezione o la decadenza nel caso di sopravvenienza delle cause anzidette.

Quanto alle cause di *incompatibilità parlamentare*, a parte quelle direttamente previste dalla Costituzione (incompatibilità con altre cariche, come il Presidente della Repubblica, il consigliere regionale ecc.), esse sono previste dalla legislazione ordinaria è contenuto nella legge 60/1953, che prevede incompatibilità con la titolarità di uffici pubblici o privati derivanti da nomina o designazione governativa (art. 1), con cariche in enti o associazioni che gestiscono servizi per conto dello Stato (art. 2) ed infine incompatibilità per le cariche direttive ricoperte negli istituti bancari o in società per azioni con prevalente esercizio di attività finanziarie (art. 3).

È importante sottolineare come secondo la Costituzione (art. 66) sia la stessa Camera cui il parlamentare appartiene a giudicare se esso si trovi o meno, al momento dell'elezione o successivamente, in una condizione di ineleggibilità o di incompatibilità. Contro queste decisioni non è possibile ricorrere davanti ad un Giudice. Invece, nel caso di elezioni regionali, provinciali e comunali, le ineleggibilità e le incompatibilità possono essere fatte valere davanti al Giudice ordinario.

1.2. Modelli di sistema elettorale

Il **sistema elettorale** è il meccanismo attraverso cui i voti espressi dagli elettori si trasformano in seggi. Il sistema elettorale si compone fondamentalmente di tre parti:

1. il *tipo di scelta* che spetta all'elettore;

2. la dimensione del **collegio**, che è l'ambito preso in considerazione per la ripartizione dei seggi in base ai voti (si chiama anche **circoscrizione elettorale**, se l'ambito è territoriale). Si distingue:

a) il *collegio unico*, che si ha quando esiste un solo collegio che serve a ripartire tra i candidati tutti i seggi in palio;

b) la previsione di *più collegi*, ciascuno dei quali eleggerà un certo numero di parlamentari. Quando, come avviene più frequentemente, ci sono più collegi, bisogna distinguere a seconda delle dimensioni del collegio, cioè del numero di parlamentari che vengono eletti nel collegio. Sotto questo profilo, possiamo distinguere ancora tra il **collegio uninominale**, in cui risulta eletto un solo candidato, e il **collegio plurinominale**, in cui vengono eletti due o più candidati. Occorre aggiungere che, nell'ambito dei collegi plurinominali, corre una grossa differenza tra i collegi in cui si elegge un piccolo numero di parlamentari (da tre a cinque) e collegi in cui si elegge un numero elevato di parlamentari (per esempio, venti o venticinque). Infatti, nel primo caso solo i partiti più grandi avranno effettive possibilità di accesso in Parlamento, poiché i seggi da attribuire sono pochi; viceversa, nel secondo caso, essendo elevato il numero dei seggi da ripartire, anche i partiti più piccoli avranno la possibilità di ottenere qualche seggio. Ciò vuol dire che i collegi di dimensioni piccole determinano il carattere selettivo del sistema elettorale, mentre, in presenza di collegi di dimensioni elevate, il sistema assume carattere proiettivo (più avanti spiegheremo meglio il significato di questi termini);

3. la **formula elettorale**, che è il meccanismo attraverso cui si procede – sulla base dei voti espressi – alla ripartizione dei seggi tra i soggetti che hanno partecipato alla competizione elettorale.

Tenendo conto della *formula elettorale*, i sistemi elettorali si distinguono in *maggioritari* e *proporzionali*.

A) Nei **sistemi elettorali maggioritari**, il seggio in palio è attribuito a chi ottiene la maggioranza dei voti. Questo significa una cosa importante: ai fini dell'attribuzione dei seggi contano solo i voti confluiti sul candidato che ottiene la maggioranza dei suffragi, mentre gli altri voti finiscono per non contare nulla. Nell'ambito dei sistemi maggioritari occorre poi distinguere due ipotesi:

a) se è richiesta la *maggioranza assoluta*: in questo caso, per essere eletti, occorre avere ottenuto almeno la metà più uno dei voti validi. Se nessun candidato la raggiunge, le discipline elettorali prevedono, di regola, un *secondo turno di votazione*. Al secondo turno, a seconda delle scelte fatte nei diversi sistemi elettorali, accedono i due candidati risultati più votati al primo turno, oppure tutti quei candidati che hanno conseguito una percentuale minima di voti; al secondo turno è eletto il candidato che ottiene più voti;

b) se è richiesta la *maggioranza relativa*: in questo caso è eletto semplicemente chi ottiene più voti, anche se questi non raggiungono la metà più uno dei voti validi. Gli esempi storicamente più importanti di maggioritario a turno unico sono offerti dal Regno Unito, dal Canada, dagli Stati Uniti.

B) I **sistemi elettorali proporzionali** sono quelli in cui i seggi in palio sono distribuiti a seconda della quota di voti ottenuta da ciascuna lista in competizione. Perciò, a differenza di quelli maggioritari, si tiene conto, ai fini della ripartizione dei seggi, di tutte le liste di candidati che abbiano ottenuto una quantità di voti almeno pari ad una percentuale minima, che prende il nome di **quoziente elettorale**. Tutte le liste che raggiungono questo livello minimo partecipano alla ripartizione dei seggi in rapporto al numero di voti ottenuto da ciascuna. Pertanto, i seggi in palio non saranno attribuiti tutti alla lista che ottiene più voti, ma verranno ripartiti tra le varie liste in relazione alla rispettiva consistenza numerica. Una volta attribuiti i seggi a ciascuna lista, si passa a vedere quali candidati di ciascuna lista sono stati eletti. Allo scopo possono essere seguiti due metodi principali:

a) se l'elettore può esprimere, oltre al voto per la lista, una o più preferenze per i candidati della lista, sono eletti i candidati con numero di preferenze più elevato;

b) se manca la possibilità di esprimere preferenze, i seggi sono attribuiti seguendo l'ordine dei candidati nella lista (la cosiddetta **lista bloccata**, che attribuisce grande potere ai dirigenti di partito, perché questi, scegliendo l'ordine dei candidati, sostanzialmente scelgono coloro che potranno essere eletti).

Un *sistema maggioritario* ha un *effetto selettivo*, nel senso che l'accesso alle aule parlamentari viene consentito esclusivamente a chi ottiene più voti nei collegi, e quindi solamente alle forze politiche maggiori. Invece, tutte le forze minori che, pur ottenendo percentuali anche significative di voti, non raggiungono la maggioranza nei singoli collegi, non avranno rappresentanza parlamentare. Viceversa, i *sistemi proporzionali* garantiscono l'accesso in Parlamento anche alle minoranze politiche, avendo come obiettivo quello di *fotografare la realtà politica del Paese*, sicché si può dire che essi hanno un *effetto proiettivo*.

Bisogna precisare però che l'effetto più o meno selettivo del sistema può dipendere altresì da fattori diversi dalla formula elettorale. Abbiamo già visto come la dimensione del collegio può ostacolare oppure favorire l'accesso alla rappresentanza parlamentare delle forze politiche minori (collegi con pochi seggi hanno effetto selettivo, mentre collegi con molti seggi hanno effetto proiettivo). Si può aggiungere che in alcuni sistemi, pur in presenza di formule proporzionali, un certo grado di selettività è dato dalla presenza di una **clausola di sbarramento**, in virtù della quale possono accedere alla ripartizione dei seggi solamente le liste che a livello nazionale abbiano conseguito una percentuale significativa di voti (per esempio, in Germania il 5%), con la conseguenza di escludere i partiti più piccoli. Un altro modo di coniugare formule proporzionali ed effetto selettivo consiste nella previsione di un **premio di maggioranza**, per cui le coalizioni che superino una certa percentuale di voti hanno attribuito in premio un certo numero di seggi.

In conclusione, si può osservare che *il sistema elettorale influenza l'assetto del si-*

stema politico e, poiché quest'ultimo condiziona il funzionamento della forma di governo, gli equilibri di quest'ultima sono spesso collegati alle caratteristiche del sistema elettorale. Più precisamente, il sistema elettorale influenza il numero dei partiti che compongono il sistema politico (i *sistemi selettivi* favoriscono la riduzione del numero dei partiti, mentre i *sistemi proiettivi* favoriscono la loro moltiplicazione), ed anche il tipo di rapporto che si instaura tra i partiti medesimi (il maggioritario a doppio turno, per esempio, tendenzialmente favorisce l'aggregazione, perché per vincere al secondo turno i partiti devono stringere alleanze che tengano conto dei risultati ottenuti al primo turno).

1.3. Il sistema di elezione del Parlamento in Italia

Sino al 1993 in Italia le due Camere del Parlamento erano elette con un *sistema proporzionale*. Una società attraversata da profonde fratture e un sistema politico fortemente polarizzato dal punto di vista ideologico ponevano in primo piano l'esigenza di garantire la reciproca sopravvivenza di forze politiche ed ideologiche, inizialmente molto distanti; stimolavano inoltre la necessità di favorire la ricerca dell'accordo in luogo della contrapposizione che, stante le caratteristiche della società e del sistema politico, avrebbe potuto sfociare in esiti violenti e distruttivi del sistema. La legge elettorale proporzionale assicurava a tutte le forze politiche garanzie di sopravvivenza, evitava la concentrazione di troppo potere nelle forze maggioritarie, incentivava – in un Parlamento in cui nessun partito aveva la maggioranza assoluta dei seggi ed in cui le forze di opposizione avevano assicurata una consistente rappresentanza parlamentare – la ricerca dell'accordo e della mediazione.

Perciò, il sistema elettorale proporzionale è stato una componente importante del **parlamentarismo compromissorio**, che per molti anni ha caratterizzato la democrazia italiana: un sistema basato su accordi tra maggioranza di governo e partiti di opposizione, piuttosto che sulla loro contrapposizione.

Le trasformazioni della società italiana, con il superamento delle iniziali contrapposizioni ideologiche, la crisi dei partiti e le crescenti difficoltà di funzionamento del parlamentarismo compromissorio, hanno prodotto una spinta verso una **democrazia maggioritaria**. Questa spinta ha avuto il momento di più alta tensione politica con il *referendum* elettorale del 1993, che ha avuto una delle più elevate percentuali di sì (oltre l'80%) dell'intera storia del *referendum* in Italia. Questo *referendum* riguardava l'abrogazione di alcune norme della legge elettorale del Senato. Infatti, per motivi abbastanza casuali, la legislazione per l'elezione del Senato consentiva che, attraverso l'abrogazione di alcune sue norme, il sistema si trasformasse in senso prevalentemente maggioritario-uninominale che ha favorito il bipolarismo, ossia la formazione di due coalizioni politiche contrapposte.

Tuttavia, nel 2005 il sistema elettorale maggioritario è stato abbandonato. Al suo posto è stato introdotto un *sistema elettorale proporzionale* (legge 270/2005, il c.d. **Porcellum**) che ha reso estremamente difficile la formazione di coalizioni politiche stabili e ha suscitato molte critiche di incostituzionalità. Anche la legge elettorale per la Camera approvata nel 2015 (il c.d. *Italicum*) è stata però dichiarata parzialmente illegittima dalla Corte costituzionale (sent. 35/2017).

Il sistema elettorale che risulta dai tagli apportati dalle decisioni della Corte è un sistema proporzionale con voto di preferenza ed un premio di maggioranza alla Camera per la lista che ottenga il 40% dei voti. Ma non è certamente questo l'unico sistema compatibile con i principi formulati dal Giudice delle leggi. La Corte ha ribadito che la Costituzione non impone un particolare sistema elettorale, quindi neppure uno proporzionale. Piuttosto – ed è questa la novità delle decisioni in esame – impone che via sia un bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti ai fini della formazione dell'organo parlamentare – rappresentatività e governabilità – e che via sia una proporzione tra i mezzi scelti e gli obiettivi perseguiti.

2. LA FORMA DI GOVERNO ITALIANA

La **forma di governo** è il complesso dei rapporti che legano gli organi costituzionali politici, cioè il Presidente della Repubblica, il Parlamento e il Governo. La forma di governo italiana, delineata dalla Costituzione, è una *forma di governo parlamentare*, basata sul **rapporto di fiducia** tra Governo e Parlamento. Per garantire una certa stabilità di questo rapporto, la Costituzione detta una disciplina abbastanza precisa e molto elastica dei modi con cui si esso inizia e finisce.

A) Per quanto riguarda la sua *formazione*, la disciplina è contenuta negli artt. 92.2, 93 e 94 Cost. Essi consacrano le seguenti regole:

1. il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio (art. 92.2);
2. i ministri sono nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio;
3. i membri del Governo, prima di assumere le loro funzioni, devono *giurare* nelle mani del Capo dello Stato (art. 93);
4. entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo deve presentarsi alle Camere per ottenere la *fiducia* (art. 94.3);
5. la *fiducia* è accordata e revocata mediante *mozione motivata* votata per appello nominale (art. 94.2).

B) Per quanto riguarda la cessazione del Governo dalla carica, la Costituzione prevede la **mozione di sfiducia**, che è l'atto con cui il Parlamento interrompe il rapporto di fiducia con il Governo, obbligandolo alle dimissioni.

1. La mozione di sfiducia, al pari di quella iniziale di fiducia, deve essere *motivata* e votata per **appello nominale** (i parlamentari sono chiamati uno alla volta ad esprimere il proprio voto).
2. La mozione di sfiducia deve essere *firmata da almeno un decimo* dei componenti della Camera
3. La mozione non può essere messa in discussione prima di *tre giorni* dalla sua presentazione.
4. Il voto contrario di una o di entrambe le Camere su una proposta del Governo non comporta obbligo di dimissioni (art. 94.4).

5. Se la mozione di sfiducia è approvata anche solo da una Camera, il Governo è obbligato a dimettersi.

Il voto per **appello nominale** significa che ogni membro della Camera viene chiamato ed esprime pubblicamente il suo voto. Ciò comporta una chiara assunzione di responsabilità politica da parte di chi fa cadere il Governo nei confronti degli elettori e dei partiti, impedendo il fenomeno dei c.d. **franchi tiratori** (nel gergo parlamentare si chiamano così i deputati che si nascondono dietro al voto segreto per minare la maggioranza). Inoltre, la mozione di sfiducia non può essere messa in discussione prima di *tre giorni* dalla sua presentazione. In questo modo, si assicura la presenza di un periodo di decantazione e di riflessione, prima della votazione della sfiducia e si scoraggiano i colpi di mano (i c.d. **assalti alla diligenza**).

Di fatto, però, questa disciplina volta alla razionalizzazione della fiducia non ha mai operato, in quanto nell'esperienza repubblicana le **crisi di Governo** sono nate non già a seguito della presentazione di una mozione di sfiducia, bensì a causa della rottura degli accordi tra i partiti che davano vita alla maggioranza ed al Governo. Ciò deriva dal fatto che la **maggioranza politica** che ha sostenuto i Governi in Italia è sempre stata una **coalizione** di più partiti: la rottura della coalizione causa le dimissioni del Governo senza che sia necessario un voto del Parlamento (c.d. **crisi extraparlamentari**).

✓ FIDUCIA PARLAMENTARE E "GOVERNI TECNICI"

Quanto esposto non esclude che, in fasi di mutamento politico, i partiti preferiscano non impegnarsi in modo particolarmente visibile in un'alleanza politica. In queste fasi si è fatto ricorso a Governi con un'identità politica sbiadita, aventi dichiaratamente una funzione transitoria, in attesa che maturassero gli accordi tra le forze politiche. A seconda delle circostanze si è parlato di **Governi ponte**, **Governi di transizione**, **Governi tecnici**, e così via. Ma, comunque, anche in questi casi il Governo ha dovuto avere l'iniziale investitura fiduciaria, che presuppone il sostegno da parte di alcune forze politiche (magari ottenuto ricorrendo all'espedito dell'astensione in sede di votazione della fiducia).

Non direttamente prevista dalla Costituzione è la **questione di fiducia**, che può essere posta dal Governo su una sua iniziativa che richiede l'approvazione parlamentare (per esempio, un disegno di legge). In questo caso, il Governo dichiara che, ove la sua proposta non dovesse essere approvata dal Parlamento, trattandosi di una proposta necessaria per l'attuazione dell'indirizzo concordato con la maggioranza, ritirerà venuta meno la fiducia di quest'ultima e, come conseguenza, rassegnerà le sue dimissioni. La questione di fiducia, dunque, costituisce uno strumento attraverso cui il Governo rivendica la sua responsabilità per l'attuazione dell'indirizzo e, ponendo l'alternativa secca tra approvazione e crisi, opera come mezzo di pressione sulla maggioranza, affinché resti compatta e coerente con le scelte di indirizzo su cui si basa il rapporto di fiducia con il Governo. Alla *questione di fiducia* si applicano regole analoghe a quelle previste per la *mozione di sfiducia*, per cui il Governo ne trae evidenti vantaggi: la discussione viene aggiornata (così da consentire alla maggioranza di serrare i ranghi), la votazione è per appello nominale e, per di più, viene bloccata la votazione degli emendamenti presentati (vedi art. 116 del Reg. Camera).

3. IL GOVERNO

Il **Governo** è un organo costituzionale complesso, formato dal Presidente del Consiglio, dai ministri e dall'organo collegiale Consiglio dei ministri. Il Governo esercita una quota rilevante dell'attività di *indirizzo politico*, delle potestà pubbliche proprie della *funzione esecutiva*, nonché importanti poteri normativi; ma la dimensione effettiva del suo potere politico dipende dagli equilibri della complessiva forma di governo e dal grado di attuazione dei principi del decentramento politico e dell'economia di mercato.

Pertanto, il ruolo del Governo italiano, le modalità della sua formazione e del suo funzionamento hanno risentito notevolmente dei diversi equilibri assunti dalla complessiva forma di governo.

Per ciò che riguarda la *struttura*, l'art. 92.1 Cost. si limita a citare quali sono gli **organi governativi necessari**, cioè il *Presidente del Consiglio* ed i *ministri*: insieme essi danno vita ad un terzo organo, il *Consiglio dei ministri*. Questa elencazione stabilisce gli organi di cui necessariamente si compone il Governo, ma non esclude che la legge ne individui altri, purché rispetti le competenze dei primi direttamente stabilite in Costituzione. Infatti, nell'esperienza repubblicana si è vista l'affermazione di altri organi, che possono esserci o non esserci nella singola compagine governativa, trattandosi di **organi governativi non necessari** (come il Vice-presidente del Consiglio, i ministri senza portafoglio, i sottosegretari di Stato). Particolare rilievo assumono i **Comitati interministeriali**, che hanno competenze a deliberare in via definitiva su determinati oggetti, adottando atti produttivi di effetti giuridici verso l'esterno. In particolare, fra questi, va menzionato il **CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica)**, cui la legislazione attribuisce competenze in materia di politica economica, soprattutto mediante la fissazione di indirizzi generali e la ripartizione di risorse finanziarie in alcuni settori.

✓ LA DISCIPLINA DEL GOVERNO

Per quanto riguarda il *funzionamento*, l'art. 95 Cost. rinvia alla **legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri** per una più puntuale disciplina dell'organizzazione e del funzionamento del Governo; questa legge è stata approvata solamente nel 1988 (legge 23 agosto 1988, n. 400); in attuazione della stessa sono stati adottati il **regolamento interno del Consiglio dei ministri** (con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 novembre 1993). Più di recente, nel 1999, sono stati emanati un decreto legislativo di riordinamento delle Presidenze del Consiglio (d.lgs. 303/1999) ed un decreto legislativo di riordino dell'amministrazione centrale (cioè dei ministeri e della Presidenza del Consiglio).

Per quanto concerne i *rapporti con la pubblica amministrazione*, le regole costituzionali sono fissate dagli artt. 95, 97 e 98 (→ § V.2).

I principi che presiedono al riparto di funzioni tra gli organi che compongono il Governo sono:

1. il *principio della responsabilità politica di ciascun ministro*, che, per il nesso esistente tra responsabilità e potere (dire che un soggetto è responsabile di qualche cosa

equivale a dire che quel soggetto ha il potere di fare quella cosa), comporta il riconoscimento dell'autonomia di ciascun ministro nella direzione del suo ministero (cioè del ramo dell'amministrazione statale cui è preposto);

2. il *principio della responsabilità politica collegiale*, incentrata nel Consiglio dei ministri, che è l'organo che assume tutte le decisioni rilevanti per l'indirizzo politico, cioè sulle questioni che riguardano la *politica generale del Governo*;

3. il *principio della direzione politica monocratica*, basata cioè sui poteri del Presidente del Consiglio. Il Presidente del Consiglio ha il potere di indirizzare **direttive politiche e amministrative** ai ministri, in attuazione della politica generale del Governo; questo potere, ritenuto implicito nell'attribuzione dei compiti di direzione della politica generale, consiste nell'individuazione di fini politici o di principi di azione, che comunque lasciano spazio all'autonomia dei ministri in ordine alle modalità di attuazione.

✓ COME IL PRESIDENTE FA FUNZIONARE IL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Il regolamento interno del Consiglio dei ministri ha previsto che:

- il ministro che intende proporre un provvedimento da inserire all'ordine del giorno del Consiglio ne deve fare richiesta al Presidente del Consiglio, insieme con la relativa documentazione;
- almeno cinque giorni prima della riunione del Consiglio dei ministri, il Presidente del Consiglio dirama a tutti i ministri gli schemi dei provvedimenti su cui il Consiglio dovrà deliberare;
- gli schemi dei provvedimenti ed i relativi documenti devono essere esaminati nel corso di una *riunione preparatoria presso la Presidenza del Consiglio*, da tenere almeno due giorni prima della seduta del Consiglio, al fine di pervenire alla loro redazione definitiva;
- nessuna questione può essere inserita all'ordine del giorno del Consiglio dei ministri se non è stata esaminata nel corso della riunione preparatoria.

Attraverso questa disciplina si conseguono due risultati. In primo luogo, si assicura la circolazione delle informazioni all'interno del Governo sulle questioni sulle quali dovrà deliberare il Consiglio, che, grazie alla previa informazione, potrà risolvere i problemi di coordinamento tra le diverse iniziative ministeriali; in secondo luogo, si concentra nel Presidente del Consiglio e nelle sue strutture serventi (cioè la Presidenza del Consiglio) il coordinamento preventivo delle attività dei ministri, visto che solo dopo la riunione preparatoria e la redazione di una proposta di deliberazione compatibile con l'indirizzo del Governo, essa viene iscritta all'ordine del giorno della seduta del Consiglio dei ministri.

La forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione italiana esclude che il corpo elettorale *formalmente* possa scegliere il Presidente del Consiglio, ma la disciplina costituzionale (artt. 92, 93, 94) è compatibile tanto con diverse modalità di formazione del Governo. Determinante è la legislazione elettorale. Per lunghissimo tempo la formazione del Governo è avvenuta secondo prassi coerenti con un sistema elettorale proporzionale che non consentiva agli elettori di scegliere la coalizione che avrebbe espresso il Governo. La riforma elettorale del 1993 (c.d. *Mattarellum*), che è seguita a un *referendum* abrogativo votato a larga maggioranza dagli elettori, ha invece introdotto un sistema bipolare in cui le coalizioni si formavano prima delle elezioni, già indicando il *leader* che avrebbe presieduto il Governo in caso di vittoria. Ma nel 2006 una nuova legge elettorale (c.d. *Porcellum*) ha nuovamente complicato le cose, sino al punto da essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale (→ § III.1.3).

Attualmente si sta discutendo una nuova riforma elettorale (c.d. *Italicum*) che dovrebbe ripristinare un sistema bipolare.

La Costituzione si limita a prevedere che il Capo dello Stato nomini il Presidente del Consiglio e, su sua proposta, i ministri (art. 92). Tale norma costituzionale affida al Capo dello Stato, eventualmente dopo avere svolto le consultazioni, la nomina del Presidente del Consiglio, che poi propone al Capo dello Stato la *lista dei ministri* da nominare. Ma la scelta dei ministri, nei Governi di coalizione, è oggetto di delicate (e spesso lunghe) trattative tra i partiti: perciò, la prassi ha visto l'affermazione di una figura non espressamente contemplata dalla Costituzione, cioè l'**incarico** per la formazione del Governo, il cui conferimento precede la nomina del Presidente del Consiglio e dei ministri.

Se manca una coalizione elettorale o se i risultati elettorali non consentono alla coalizione che ha vinto le elezioni di godere di una sicura maggioranza parlamentare, cresce la discrezionalità del Capo dello Stato nella scelta della persona cui conferire l'incarico per la formazione del Governo. La discrezionalità del Presidente della Repubblica si allarga notevolmente nelle fasi di crisi del sistema politico, quando a lui è rimesso il compito di trovare quella personalità che possa coalizzare attorno a sé una maggioranza e abbia le caratteristiche adatte per fronteggiare l'eccezionalità di questi periodi. In taluni di questi casi il Presidente della Repubblica ha scelto personalità di grande autorevolezza tecnica, non appartenenti a nessun partito o addirittura non elette, formando dei Governi che sono stati chiamati **Governi tecnici** (l'ultimo esempio ne è stato il Governo Monti, nominato nel novembre 2011), che oltre ad avere la fiducia costituzionalmente necessaria godono del costante sostegno dello stesso Capo dello Stato.

Esaurita l'attività dell'incaricato e formata la lista dei ministri, il Presidente della Repubblica **nomina** con proprio decreto il Presidente del Consiglio e quindi, su proposta di quest'ultimo, i ministri. Dopo la nomina, entro un brevissimo periodo (di regola meno di ventiquattro ore) il Presidente del Consiglio ed i ministri, ai sensi dell'art. 93 Cost., prestano **giuramento** nelle mani del Presidente della Repubblica. *Con il giuramento, ai sensi dello stesso articolo, il Governo è immesso nell'esercizio delle sue funzioni*, e perciò termina il procedimento della sua formazione.

4. IL PARLAMENTO

4.1. La struttura del Parlamento

La struttura dei Parlamenti moderni può essere bicamerale o monocamerale. La Costituzione italiana ha optato per la prima alternativa, prevedendo l'articolazione del Parlamento in due Camere: la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica (art. 55.1).