

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XX - Nuova serie  
N. 1/2011 (gennaio-aprile)

## INDICE

*Editoriale* di Francesco Teresi 3

### **DOTTRINA**

- INÉS A. D'ARGENIO  
*La justicia administrativa en Argentina* 7
- GUIDO CORSO  
*Pubblico e privato nelle politiche sanitarie* 17
- ANTONIO RUGGERI  
*Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali* 25
- MARIO R. SPASIANO  
*Derechos fundamentales y justicia administrativa* 51
- IVAN DEL GIUDICE  
*L'AGCM e la tutela del consumatore: i profili funzionali a protezione di posizioni giuridiche "deboli" alla luce dei nuovi poteri attribuiti dai decreti legislativi nn. 145/2007 e 146/2007* 61

## **GIURISPRUDENZA**

ALFONSO CELOTTO

*L'inutile parametro dell'art. 138 Cost.* 83

GIUSEPPE VERDE

*Il conflitto di attribuzione fra enti non risolve i dubbi di legittimità costituzionale della legge regionale siciliana in tema di incarichi dirigenziali. Considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 156 del 2011* 89

## **RASSEGNE**

*Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato. Speciale in tema di accordi tra amministrazioni e privati* 99

di SALVATORE DETTORI

*Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali. Speciale in tema di accordi tra Pubblica amministrazione e privati* 111

di SARA FORASASSI

*Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (1 gennaio-30 aprile 2011)* 125

di PAOLA SAVONA

## **OSSERVATORIO ARS**

141

*Dopo poco più di dodici anni dalla fondazione della Rivista, alla cui nascita ho contribuito assieme all'indimenticabile editore e carissimo amico Danilo Pupillo e a Guido Corso, lascio la direzione responsabile della stessa al collega Guido Corso, autorevole studioso non solo di diritto amministrativo.*

*Sono stati quelli anni particolarmente significativi per il nostro ordinamento, che hanno visto la nascita delle "nuove" autonomie locali e l'avvento, con la riforma costituzionale del 2001, di una "nuova" stagione per le Regioni e per le stesse istituzioni locali, eventi questi che hanno trovato nella Rivista ampie e approfondite disamine e significativi commenti.*

*L'attenzione, peraltro, riservata alla giurisprudenza costituzionale e amministrativa e alle varie problematiche che via via sono affiorate dalla concreta attuazione del "regionalismo" rivisitato, hanno ulteriormente dato modo alla Rivista, grazie anche alla presenza di "firme" prestigiose, di contribuire con efficacia, non priva di originalità, al dibattito che in sede scientifica (e non solo) si è aperto sulle tematiche relative.*

*Nuove prospettive di studio oggi si aprono con il c.d. federalismo fiscale e a tutto quanto a questo si collega, cui certamente non mancherà l'apporto critico della Rivista e dei Suoi collaboratori.*

*E questo è l'augurio che formulo al nuovo Direttore responsabile, cui assicuro la mia collaborazione quale componente del Comitato di direzione della Rivista e quale modesto studioso.*

Francesco Teresi



*Dottrina*



## La justicia administrativa en Argentina

di Inés A. D'Argenio

SOMMARIO: 1. Una Constitución liberal, federal y judicial. - 2. *La jurisdicción judicial única*. - 3. Ausencia de un Código Procesal Administrativo en el orden nacional. La instalación de los principios de la jurisdicción contencioso administrativa en las provincias. - 4. El resultado actual de la ausencia de un Código Procesal Administrativo en el orden nacional. El deber de los jueces de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento.

“A medida que se juridiza el poder público, más se asemeja el contencioso administrativo a la función judicial. La incidencia depresiva que sufre la noción de autoridad se refleja en la posibilidad de meter en la horma de la justicia todas las actividades que desarrolla la Administración” Bartolomé A. Fiorini, “La crisis del contencioso administrativo”, La Ley 107, 1168

### 1. *Una Constitución liberal, federal y judicial*

Así define el profesor Rafael Bielsa los caracteres de la Constitución de la Nación Argentina sancionada en 1860 sobre la base de la Constitución para la Confederación Argentina de 1853. La definición consta en el Tomo I de su Tratado de Derecho Administrativo publicado en sucesivas ediciones desde 1921, y con ello intenta destacar la imposibilidad – según su pensamiento – de instalar en nuestro país un sistema de jurisdicción contencioso administrativa. La creación de un Poder Judicial que fuese realmente eso – dice, siempre en el Tomo I Introducción, de la quinta edición Depalma 1955 –, un poder, independiente de la influencia de otros poderes en su esencial función, fue uno de los providenciales aciertos de los constituyentes. La Constitución no previó otra jurisdicción que la judicial<sup>1</sup> y dispuso

---

<sup>1</sup> Siempre en el capítulo segundo de la sección tercera, hoy artículo 116, bajo el título “Atribuciones del Poder Judicial”, la Constitución expresa que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los tribunales inferiores, *el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación*.

que en ningún caso el Poder Ejecutivo puede juzgar (art.92 de la Constitución de 1853, luego art. 95 y hoy, en virtud de la reforma de 1994, artículo 109<sup>2</sup>).

“En esta concepción político jurídica de la justicia judicial – concluye Bielsa – no podía lógicamente esperarse la creación de una justicia administrativa” (página 27, edición 1955).

## 2. *La jurisdicción judicial única*

El sistema institucional argentino no contempla otra jurisdicción que la judicial, por lo que la jurisdicción contencioso administrativa tal y como proviene del régimen administrativo francés, no pudo tener cabida en la organización consecuente. El artículo 116 de la Constitución, siempre presente en su estructura desde 1853, atribuye al Poder Judicial el *conocimiento y decisión* de las causas judiciales, en una clara concepción judicial de la contienda, aplicable a todas las contiendas en cualquier materia, que excluye claramente la posibilidad de una mera “revisión” propia de la jurisdicción contencioso administrativa. Ello dificultó durante muchos años en nuestro país la presencia de un proceso judicial generalizado en materia administrativa porque los doctrinarios – al igual que Bielsa –, solo concebían en la disciplina la posibilidad de una jurisdicción revisora instalada en el seno mismo de la “*puissance publique*”.

Dos profesores de derecho administrativo, integrantes de la Cátedra en que era titular Rafael Bielsa, comprendieron de inmediato la necesidad de atribuir el *conocimiento y decisión* de las causas en materia administrativa a tribunales judiciales, especializados en la materia, pero sin diferencia alguna con los restantes tribunales judiciales especializados en las restantes materias. En efecto: Jorge Tristán Bosch – cuya tesis doctoral titulada “Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública” publicada en 1951 fue

---

<sup>2</sup> “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Esta disposición se complementa con la de los artículos 23 y 29 de la Constitución: por el primero, se prohíbe al presidente de la República “condenar por sí ni aplicar penas” durante la suspensión de las garantías constitucionales derivadas de la declaración del estado de sitio; y el artículo 29 veda al Congreso nacional y a las legislaturas provinciales, conceder “facultades extraordinarias” al Ejecutivo nacional o a los gobernadores de provincia. Al comentar estas normas, María Angélica Gelli expone acerca de las razones de la incorporación de ellas a la Constitución Nacional, señalando que los redactores de ella, sancionada en 1853, inmediatamente después de haber concluido el periodo de la dictadura de Juan Manuel de Rosas, escribieron una declaración de defensa del sistema republicano consagrado en el artículo 1º, considerando especialmente la prohibición del otorgamiento de facultades extraordinarias referidas directamente al ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo (“Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada” La Ley, tercera edición, Buenos Aires, 2005).

definitoria a ese efecto – y Bartolomé A. Fiorini, propusieron una organización judicial adecuada al marco general del Poder Judicial con atribución de juzgar; es decir, se pronunciaron en torno a la necesidad de consagrar un sistema de justicia administrativa propio que permitiera a los jueces del Poder Judicial, únicos jueces en el marco de nuestro sistema institucional, el conocimiento y decisión de las contiendas de derecho público<sup>3</sup>.

3. *Ausencia de un Código Procesal Administrativo en el orden nacional. La instalación de los principios de la jurisdicción contencioso administrativa en las provincias*

Las dificultades derivadas de la posición doctrinaria sostenida por Rafael Bielsa, en cuanto consideraba al sistema de jurisdicción contencioso administrativa como el único posible y negaba a la vez la posibilidad de su instalación en nuestro sistema institucional, condujo a un desarrollo irregular y sinuoso del proceso administrativo en el orden nacional. En la década de 1940 se crearon tribunales judiciales especializados en “materia contencioso administrativa”<sup>4</sup>, comenzando por una Sala especializada dentro de la Cámara Federal de la Capital Federal que en 1958 se pronunció aclarando expresamente que “no hay en el orden nacional una organización genérica del contencioso administrativo, es decir, ninguna norma determina que contra todos los actos administrativos que adolezcan de algún vicio de ilegitimidad... procede el recurso de tal índole.

---

<sup>3</sup> Se amplía en D’Argenio, Inés A. “La justicia administrativa en Argentina”, 2ª edición con la nueva jurisprudencia, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, con prólogo de Agustín Gordillo, especialmente capítulo III “Naturaleza judicial de la contienda”, punto A “El Poder Judicial en la Constitución Nacional: jurisdicción única”. En el número 32 remitimos especialmente a Fiorini quien descalifica la expresión “contencioso administrativo” en el ámbito de nuestro sistema institucional destacando que significó en su origen el control sobre actividades de la administración pública por autoridades que no debían pertenecer al Poder Judicial. “La expresión contencioso administrativo – dice en “Qué es el contencioso”, Abeledo Perrot, 1965 – expresa una contradicción que solo se justifica por los motivos que concurrieron en su origen, pues se pretendía para la administración funciones como las de la justicia”. Del mismo autor y en ese sentido: “La inexistencia del acto jurisdiccional de la administración”, Revista Jurídica La Ley tomo 101, página 1027 y “La crisis del contencioso administrativo” en la misma Revista tomo 107 página 1168 (ambas publicaciones sistematizadas en la excelente obra “Derecho administrativo. Doctrinas esenciales 1936-2010” de los investigadores académicos Aletti, Aveldaño, Pasqualini, Toia, bajo la dirección de Agustín Gordillo, La Ley, 2010). Aludiendo a la crisis del contencioso administrativo dice Fiorini en la última publicación citada: ***A medida que se juridiza el poder público, más se asemeja el contencioso administrativo a la función judicial.***

<sup>4</sup> Fiorini califica como organización fallida y errónea a las normas que se dictaron par la organización del Poder Judicial; la creación de esta competencia – dice en “Qué es el contencioso” citada – ha sido producto de la improvisación.

Por el contrario y antes bien, la regla en este aspecto se invierte: ningún acto administrativo puede ser materia de recurso contencioso administrativo, sino aquellos respecto de los cuales alguna ley, a título de excepción, lo confiere<sup>5</sup>. A los recursos judiciales directos previstos en leyes especiales se fue adicionando la posibilidad de una demanda genérica en la materia, forzando la expresión “causas civiles” con que una ley de demandas contra la Nación del año 1900 – ley 3952 – organizaba un sistema judicial ajeno al “contencioso administrativo” sobre la base de la doble personalidad del Estado. Principalmente se canalizaban por esta vía las demandas de responsabilidad patrimonial del Estado, con ampliación a otras cuestiones de derecho público con el transcurso del tiempo. Una regulación integral del “contencioso administrativo” recién se incorporó a la legislación positiva en 1972, a través de un título especial (título IV) en una norma sobre procedimiento administrativo, que estructuró dos vías de acceso a la justicia en la materia: la del reclamo administrativo previo proveniente de la referida ley de demandas contra la Nación del año 1900 y la denominada “impugnación judicial de actos administrativos” que, por primera vez y en el marco normativo de un gobierno de facto, introducía expresamente al ordenamiento jurídico el “contencioso administrativo” en el orden nacional. Solo unos pocos artículos (del 23 al 27) fueron suficientes para instituir una jurisdicción que, aunque judicial, tenía la esencia revisora ajena a la función de juzgar definida en la Constitución Nacional.

La cuestión ya había sido resuelta de la misma manera en las provincias – comenzando por la de Buenos Aires que instituyó su Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo a principios del siglo XX<sup>6</sup> – que, en el curso de ese siglo, regularon el proceso judicial en materia administrativa tal y como si se tratara de un proceso propio de la jurisdicción contencioso administrativa. Una situación absurda que fue tolerada inexplicablemente, porque a las provincias les alcanzaban las mismas objeciones que al orden nacional en tanto el artículo 5 de la Constitución Nacional les impone el mismo sistema de gobierno. Aclaramos que fue respetada la jurisdicción judicial única al atribuirse la función de decidir en las causas “contencioso administrativas” a órganos del Poder Judicial, radicando esta competencia en un principio y hasta bien avanzado el siglo XX, de manera originaria, en los superiores tribunales de justicia provinciales. Pero los postulados de la jurisdicción contencioso administrativa meramente revisora fueron consagrados no obstante la atribución judicial de juzgar, al receptar en los códigos procesales dictados al efecto y principalmente, a través de la legislación española

---

<sup>5</sup> En el caso “Basterrica” Revista Jurídica La Ley, tomo 93, página 36.

<sup>6</sup> Remitimos al excelente estudio de CARLOS A. BOTASSI “Breve historia del derecho público bonaerense” en Anales, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, año 7 N° 40 2009/2010.

de fines del siglo XIX, todas las exigencias de admisibilidad formal de los recursos de aquella jurisdicción, vinculadas a la presencia de una decisión administrativa previa ejecutoria. La fuerza de estas legislaciones procesales provinciales que regulan un proceso judicial impugnatorio contra actos administrativos, como si se tratara de desarrollar una función revisora propia de la jurisdicción contencioso administrativa, se impone aún a reformas constitucionales trascendentes como la operada en la Provincia de Buenos Aires en 1994 que consagró como principio general la demandabilidad directa en la materia por la mera presencia como materia procesal idónea, de “actuación u omisión en el ejercicio de función administrativa”<sup>7</sup> (artículo 166 último párrafo), lo que torna mayormente inconstitucional el Código Procesal Administrativo aprobado por ley 12.008 y sus modificatorias.

4. *El resultado actual de la ausencia de un Código Procesal Administrativo en el orden nacional. El deber de los jueces de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento.*

La ausencia de una regulación específica de un proceso diferente, caracterizado por los severos requisitos de acceso a la justicia que derivan del sistema de jurisdicción contencioso administrativa, ha permitido en Argentina, desde hace aproximadamente quince años, la configuración de un nuevo litigio de derecho público superador de aquellos formalismos<sup>8</sup>, provocada por una realidad social particular caracterizada por la ausencia de una gestión administrativa idónea del derecho vigente. Dice Agustín Gordillo que el quantum de la distancia entre la norma y la realidad diferencia a las sociedades más desarrolladas de las menos desarrolladas (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 8ª edición FDA 2003). La distancia que existe entre la letra de la ley y su vigencia efectiva en nuestro país resulta cada vez más alarmante, vinculada estrechamente a la omisión del ejercicio oportuno y adecuado de la función administrativa<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Sin ser citado expresamente, la impronta de Fiorini subyace en la reforma, si recordamos la expresión que citamos al comienzo del presente: ***La incidencia depresiva que sufre la noción de autoridad se refleja en la posibilidad de meter en la borma de la justicia todas las actividades que desarrolla la Administración.***

<sup>8</sup> Tal y como lo postuló desde siempre Bartolomé Fiorini quien distinguía claramente entre los recursos judiciales directos denominados “contecioso administrativos”, previstos para recurrir *contra una situación jurídica que sea la expresión de una previa manifestación de la administración que se destaque como una decisión*, de la contienda judicial genérica en la materia que se configura sobre hechos o puras manifestaciones materiales de la administración, sin necesidad de provocar una decisión administrativa previa (Lo analizamos en “La justicia administrativa en Argentina” citado, capítulo III-A, 32 y 33, e insistimos en la reflexión que obra al comienzo de este trabajo)

<sup>9</sup> Lo analizamos en “Trascendencia institucional del litigio de derecho público” Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nº 3, setiembre

Una omisión que hace estragos en la sociedad pero que no moviliza a los estudiosos del derecho administrativo para procurar sistemas alternativos de gestión superadores del esquema tradicional circunscripto al dictado de actos administrativos de autoridad. En ese marco, la justicia tradicional en la materia, regida por los Códigos procesales imbuidos de los principios de la jurisdicción contencioso administrativa<sup>10</sup>, permanece incólume a la espera de un acto administrativo susceptible de ser impugnado. Hasta tanto no se produzca y se agote a su respecto la “instancia” administrativa, no hay justicia.

Dos vertientes de la justicia en Argentina han puesto la impronta en el mandato constitucional de decidir en los procesos ordinarios sometidos a su conocimiento, por aplicación auténtica del artículo 116 de la Constitución Nacional. Nos referimos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la justicia en lo contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires creada por la Constitución local sancionada en 1996. Una idea diferente de justicia administrativa plasma en sus sentencias inspirada, con o sin mención expresa, en la doctrina de Agustín Gordillo quien propone, con una sencillez inimaginable en el marco de nuestro distorsionado derecho administrativo, otorgar prioridad a la tutela judicial efectiva consagrada en normas internacionales, antes

---

2010, bajo el acápite “El fracaso de la administración pública en su cometido esencial de lograr la vigencia efectiva de la ley”. Hicimos referencia entonces, entre otras, a las leyes nacionales que crean el sistema nacional del seguro de salud “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica” y sus vinculadas que proponen, entre otros objetivos hoy incumplidos, garantizar la supervisión y continuidad de las acciones y programas y disminuir la morbimortalidad materno infantil “considerando en todos los casos primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño” (nota 24); y a la ley de educación nacional 26.206 que considera a la educación un derecho personal y social garantizado por el Estado, responsable principal e indelegable de “proveer a una educación integral, permanente y de calidad para todos los habitantes de la Nación” garantizando la “igualdad de oportunidades y resultados educativos para los sectores más desfavorecidos de la sociedad” (Beatriz Sarlo califica hoy con acierto como *de quinta la educación de los pobres*, señalando precisamente que es *profundamente inigualitaria, profundamente diferenciadora*, en una postura crítica del populismo nacionalista que hoy conduce el país sin deliberación posible, y que expone en “Enfoques” del diario La Nación del 30 de abril de 2011). También por cierto citábamos la incomprensible omisión de gestión administrativa de la ley 25.724 que en el año 2003 creó el Programa de Nutrición y Alimentación Nacional fijando los mecanismos de control que permitan una evaluación permanente del estado nutricional de la población (tres años después la ley no estaba implementada y el Defensor del Pueblo de la Nación promovía una acción contra el Estado nacional y la provincia del Chaco frente a la muerte por desnutrición y ausencia de condiciones de vida esenciales de habitantes de esa provincia, cuyo gobernador se proclama “progresista” y adherente al proyecto “nacional y popular”).

<sup>10</sup> Aún la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal que carece de esa regulación procesal estricta propia de las provincias, ha adherido a los postulados de la regulación procesal provincial, en ejercicio principal de una jurisdicción revisora que ninguna norma le impone.

que a las reglamentaciones de inferior jerarquía provenientes de legislaciones locales procesales que dificultan el acceso a la justicia con fundamento en estructuras propias de una jurisdicción contencioso administrativa que nunca debió regirnos (especialmente, en “Las pseudo nociones fundantes del derecho administrativo”, introducción al Tomo 3 del Tratado “El acto administrativo”, 9ª edición, 2007). Es el resultado de un supuesto particular propio de nuestro sistema institucional, destacado por Bosch y Fiorini, que al fin concreta en la vigencia, aún muy limitada, de un litigio de derecho público diferente, nacido de la exigencia de una realidad social cuyos problemas no encuentran solución adecuada en los modelos tradicionales de la disciplina.

Solo a título de síntesis y como cierre a esta explicación que abordamos de manera abreviada en el marco de las V Jornadas Italo Argentinas de Derecho Administrativo<sup>11</sup>, diremos que sobre tal base, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó con carácter cautelar proveer a familias en estado de indigencia los elementos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y realicen controles sobre la evolución de la salud de los menores involucrados<sup>12</sup>; ordenó con el mismo alcance el suministro de agua potable y alimentos a comunidades indígenas de la provincia del Chaco, señalando que *corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sin que deba verse en ello una intromisión indebida... porque la gravedad y urgencia de los hechos denunciados exige que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerza el control encomendado a la justicia sobre los otros poderes del Estado y, en ese marco, adopte las medidas conducentes que tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional*<sup>13</sup>; ordenó al Poder Ejecutivo nacional la reanudación y continuación hasta su finalización, del plan de gestión para el saneamiento de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, estableciendo plazos perentorios para que el Ministerio de Salud y otros organismos de las jurisdicciones comprometidas, realicen un relevamiento actualizado de impactos tóxicos ambientales sobre la población de la cuenca, con el objeto de determinar las enfermedades o patologías que guarden una relación directa con la contaminación, disponiendo su atención

---

<sup>11</sup> Celebradas en la Ciudad de Buenos Aires los días 19 y 20 de abril de 2011 y en las que se puso a reflexión el “Código del proceso administrativo” aprobado por decreto legislativo del 2 de julio de 2010, n. 104, Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana, Roma, Mercoledì, 7 luglio 2010.

<sup>12</sup> En causa “Rodríguez, Karina c. Estado Nacional y otros”, resolución del 7 de marzo de 2006, y en el mismo sentido “Esquivel”, “Quiñone”, “Leiva de Rotela”, “Gómez”, etc.

<sup>13</sup> En la causa promovida por el Defensor del Pueblo de la Nación a la que ya hemos hecho referencia, resolución del 18 de setiembre de 2007.

médica inmediata<sup>14</sup>; y condenó al Estado Nacional a realizar las obras necesarias para garantizar la seguridad de una represa ubicada sobre el río Neuquén, ampliando su capacidad para que resista una crecida máxima probable a la que refiere, al confirmar las sentencias de las instancias anteriores que habían sido apeladas por el Estado invocando cuestiones atinentes a la “zona de reserva de la administración” que la Corte calificó de dogmáticas<sup>15</sup>.

La Justicia de la Ciudad, por su parte, integrada en su mayoría por jóvenes imbuidos de una doctrina diferente<sup>16</sup>, destaca un enfoque judicial de la contienda como propia de la jurisdicción judicial, en la consideración especial de los hechos del caso, en la prioridad brindada a las normas de superior jerarquía en la solución del caso, en la profundidad con que se aborda la materia sometida a juicio y en el definitivo desplazamiento de dogmas invocados aún en otros fueros para no juzgar o para hacerlo de manera tortuosa postergando el caso a la declamación primaria de principios tradicionales<sup>17</sup>. En lo que hace a la condena

---

<sup>14</sup> Entre otras muchas más medidas ordenadas, en causa “Mendoza, Beatriz” con sentencia definitiva el 8 de julio de 2008, para cuya ejecución se confiere especial trascendencia a la figura del Defensor del Pueblo de la Nación, principalmente en orden a la transparencia en el manejo de los fondos públicos.

<sup>15</sup> En causa “Rozniatowski, Rosa Cristina c/ Estado Nacional-Secretaría de Energía de la Nación s/amparo”, del 3 de marzo de 2009. En el mismo sentido se expidieron dos Jueces de Primera Instancia en lo contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires: uno con sede en Bahía Blanca y el otro en Mercedes, ordenando a la Provincia demandada la inmediata adopción de las medidas necesarias para llevar adelante la ejecución de las obras de repavimentación y reparación de sendas rutas provinciales que, por su pésimo estado de conservación, constituían un serio riesgo para la seguridad vial y la vida de las personas que por ellas transitaban (en causas “Sociedad de Fomento de Pehuén-Có” revocada por la Cámara de Apelaciones en lo contencioso administrativo de Mar del Plata en fecha 16 de octubre de 2008, y “Oberti H.G.” del 8 de octubre de 2009, respectivamente, esta última también revocada por la Cámara de Apelaciones en lo contencioso administrativo de La Plata. En este aspecto de condena a la gestión administrativa omitida, se destaca una sentencia pionera dictada por el Tribunal en lo Criminal Número 3 de Mar del Plata, en fecha 4 de junio de 2002, que condena a la prestación de servicios básicos esenciales atinentes a la salud, obligando al Ministerio de Salud a cumplir con la ley 11.072 de organización hospitalaria que había previsto, varios años atrás, el sistema de “hospital público descentralizado” para evitar las severas deficiencias que en definitiva se produjeron ante el incumplimiento de la ley por parte de su autoridad de aplicación (en causa “Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires IX Distrito”; en el mismo sentido se expidió el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, en una causa promovida por médicos del Ministerio de Salud de la provincia requiriendo el inmediato nombramiento de ocho médicos especialistas en terapia intensiva de pediatría y veinticuatro enfermeras de la misma especialidad con destino a un importante hospital de niños de la ciudad que recibe pacientes de toda la región, quienes adujeron que la situación había sido denunciada ante la administración competente, quien no adoptó medida alguna al respecto – “Gaviot, María Cecilia y otros” resolución del 29 de mayo de 2008).

<sup>16</sup> Contamos en las Jornadas citadas en nota 11 con la presencia activa de dos destacados jueces como Néilda Mabel Daniele, Juez de la Cámara de Apelaciones del fuero y Guillermo Scheibler, Juez de Primera Instancia del fuero.

<sup>17</sup> Lo dijimos en “Trascendencia institucional del litigio de derecho público” ya citado.

a la efectiva gestión del derecho nos permitimos destacar, a título de ejemplo las sentencias que han condenado a distintas administraciones del Gobierno de la Ciudad a proveer alimentos, a satisfacer de manera efectiva el derecho a una vivienda digna, a construir un centro de salud ordenado por ley de la Legislatura local, a ejecutar un plan de obras en tiempo urgente y perentorio en un hospital neuropsiquiátrico, a resolver la apremiante problemática social en una villa de emergencia mandando la realización de un censo para celebrar elecciones, interviniendo judicialmente la villa mientras se realiza el acto eleccionario y brindando cobertura a sus habitantes por un desalojo dispuesto por la justicia federal, mediante solicitud al juez interviniente de la suspensión de cualquier medida expulsiva. Frente a la oposición de consabidas defensas por parte de la Administración Pública acerca de los límites impuestos a la función judicial sustentados en la denominada “zona de reserva de la administración”, los jueces se limitan a destacar – con sustento esencial, ahora, en la doctrina emergente de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya citados – que ellos asumen el deber jurisdiccional de constatar las normas con los hechos para juzgar si ha mediado o no en el caso una efectiva gestión del derecho vigente por parte de la administración. Esa función ejercida en el marco de una contienda judicial, constituye la nueva configuración del litigio de derecho público que celebramos y que encuentra paralelismo en el derecho comparado, principalmente en el estructuralismo norteamericano que ofrece un nuevo modelo para la ejecución de las sentencias sustentado en el diálogo continuo de las partes intervinientes, para lograr, incluso, una proyección de las soluciones judiciales con alcance institucional generalizado.

## TITOLO

by Inés D'Argenio

### Abstract

The purpose of the article is to outline the reasons why at the national level in Argentina, no procedural code was enacted to govern the judicial process in administrative matters.

The analysis of the Constitution, of its precedents, and the characteristics of Argentina's institutional system, is done by means of comparison with the dual jurisdiction system of the European continental law and its principles of the contentious administrative jurisdiction.

The institution of a system of judicial jurisdiction unique in Argentina, strange to the contentious administrative jurisdiction regime and the consequent absence of a statutory procedural code for the contentious administrative process, has enabled the development of public law litigation in the context of knowledge and causes decision referred to Article 116 of the Argentinean Constitution. In the context of this new litigation, the administrative act is no longer understood as the core of the administrative system, and it is prioritized the presence of other claims, being of extreme importance among them the sentence to the effective exercise of administrative function omitted by the public administration.



## Pubblico e privato nelle politiche sanitarie

di Guido Corso

SOMMARIO: 1. Il quadro costituzionale. - 2. Dalla prima alla seconda riforma sanitaria. - 3. Spesa sanitaria ed esigenze di contenimento. - 4. Il quasi mercato delle prestazioni sanitarie e i suoi limiti.

### 1. *Il quadro costituzionale*

La Costituzione italiana si occupa non soltanto dei diritti di libertà, ma anche dei diritti sociali: anche se la novella costituzionale del 2001 non li denomina in questo modo.

Ed anche in materia di diritti sociali l'approccio della Costituzione è pluralistico. La Repubblica istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi: ma enti privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione senza oneri per lo Stato (art. 33 co. 2 e 3). Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale: ma l'assistenza privata è libera (art. 38 co. 1 e 5). Anche la previdenza sociale della quale deve farsi carico essenzialmente lo Stato contempla la presenza privata: gli istituti previdenziali sono "predisposti o integrati dallo Stato" (art. 38 co. 4). Ove l'integrazione presuppone una iniziativa privata che lo Stato provvede invece a completare e colmare.

Uno schema del genere è applicabile pure alla sanità.

La Repubblica garantisce cure gratuite agli indigenti. L'art. 32 sembra dare così per scontato che i non indigenti le cure se le debbano procurare con i propri mezzi. Presuppone cioè un mercato delle prestazioni sanitarie al quale il paziente-consumatore accede come a qualsiasi altro mercato. Senonché la salute, sempre per lo stesso articolo, è non solo un fondamentale diritto dell'individuo ma è anche un interesse della collettività. Un interesse che può andare ben oltre, e richiedere ben altri interventi di quelli volti ad assicurare cure gratuite agli indigenti.

Tale interesse collettivo è stato storicamente soddisfatto, dagli inizi del XX secolo, dal sistema mutualistico: quel sistema che l'art. 38 sembra voler mantenere in vita per la previdenza sociale, ma di cui l'art. 32 non fa menzione.

Con l'istituzione, nel 1978, del servizio sanitario nazionale il parlamento italiano ha accolto un modello universalistico, proprio dei sistemi di *welfare* europei degli anni sessanta e settanta, in forza del quale non più solo gli indigenti, ma tutti hanno diritto alle prestazioni sanitarie in modo gratuito. Il S.S.N. è costituito da un complesso di strutture e di servizi destinati alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica *di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali sociali* (art. 1 co. 2 l. n. 833/1978). Da uno schema pauperistico (gli indigenti) ad uno schema universalistico: uno schema che una società molto più ricca di quella uscita dalla guerra può permettersi di seguire.

Qual è lo spazio riservato al privato nel S.S.N.? Ci riferiamo non al privato consumatore, al portatore della domanda, ma al privato che eroga le prestazioni, al portatore dell'offerta. Accanto alla medicina pubblica il S.S.N. prevede la medicina privata convenzionata, costituita fondamentalmente dalle istituzioni sanitarie convenzionate (art. 44) e dal personale medico a rapporto convenzionale (art. 48): soggetti le cui prestazioni poste a carico del fondo sanitario nazionale (artt. 51 e 53), concorrono alla realizzazione degli obiettivi del S.S.N.

Il ruolo dei privati, nella prospettiva del legislatore, è ancillare rispetto all'apparato pubblico. Non solo il convenzionamento è, almeno teoricamente, subordinato all'accertamento della sua necessità da parte del piano sanitario regionale (art. 44): ma l'accesso alle strutture private convenzionate è "*subordinato alla duplice condizione che il servizio pubblico non (sia) in grado di soddisfare la richiesta di prestazioni specialistiche entro quattro giorni dalla presentazione (della domanda) e che (sia) rilasciata apposita autorizzazione dalla USL territorialmente competente*" (così l'art. 19 della L. 67/1988, come riassunto da Corte cost. n. 200/2005).

## 2. *Dalla prima alla seconda riforma sanitaria*

Il rapporto pubblico-privato cambia, apparentemente e comunque temporaneamente, col riordino della disciplina in materia sanitaria del 1992/93 (d.lgs.vo n. 502/1992 mod. con d.lgs.vo n. 517/1993). Viene enunciato "il principio di libertà dell'utente nella scelta della struttura di fiducia per la funzione dell'assistenza sanitaria – riconoscendosi la qualità di erogatori delle prestazioni sanitarie a tutti i soggetti, pubblici e privati, titolari di rapporti "fondati sul criterio dell'accreditamento delle estensioni, sulle modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica e revisione della qualità delle attività svolte e delle prestazioni erogate" (art. 8, co. 7, d.lgs.vo 502/93 cit.: il passo citato è tratto dalla sentenza Cons. St. IV, n. 2495/2001).

Non più, quindi, un privato che surroga i vuoti della struttura pubblica e che è legittimato a intervenire solo se questo lo autorizza: pubblico e privato

sono posti sullo stesso piano purché siano entrambi accreditati, siano muniti cioè di “requisiti ulteriori di qualificazione” rispetto a quelli che sono sufficienti al rilascio dell’autorizzazione, il titolo necessario per svolgere attività sanitaria il cui costo gravi sul cliente-utente. Per svolgere attività sanitaria è necessaria l’autorizzazione alla realizzazione delle strutture e all’esercizio dell’attività; perché il costo venga a carico del S.S.N. occorre l’accreditamento (art. 8-bis).

L’accreditamento, in linea tendenziale, tende a staccare il soggetto che eroga la prestazione (ospedale pubblico o privato) dal soggetto che ne paga il prezzo (l’ASL che attinge al fondo sanitario regionale). È il modello dell’ASL – terzo pagatore che è adottato dalla Regione Lombardia, ma che, nel variopinto panorama delle regioni italiane, convive con quello dell’ASL programmatrice (e in parte fornitrice, *provider*), adottato, per es., dalla Regione Toscana<sup>1</sup>.

Le leggi finanziarie annue, a partire dal 1994, modificano radicalmente l’impianto originario della riforma. Si passa dai piani annuali che indicano le quantità presunte e la tipologia delle prestazioni, oggetto di contrattazione (art. 6 co. 5 l. n. 724/1994) ad un atto programmatico unilaterale della Regione, sulla base del quale si apre la contrattazione, alla quale spetta fissare “il limite massimo di spesa sostenibile”. Un *teito* obbligatorio delle prestazioni che ciascun gestore del servizio sanitario è abilitato a erogare a carico della finanza pubblica (art. 1 co. 32 l. n. 662/1996 e poi art. 32 co. 8 l. n. 449/1997; e da ultimo con gli artt. 8-*quater*, *quinquies* e *sexies* del d.lgs.vo n. 502/92 introdotta con la legge Bindi, d.lgs.vo n. 229/1999).

Con la determinazione dei tetti di spesa, imposti da esigenze di contenimento della spesa sanitaria, cambia, come si è detto, l’impianto originario della riforma.

L’accreditamento, che era stato concepito come una sorta di abilitazione fondata sul possesso di requisiti tecnologici e organizzativi, viene subordinata dalla legge Bindi alla sua “funzionalità rispetto alla programmazione regionale e alla verifica positiva dell’attività svolta e dei risultati raggiunti” (art. 8-*quater* d.lgs.vo 502/92 e s.m.i.). Non quindi un mercato al quale può accedere chiunque sia in possesso di certi requisiti, ma uno spazio regolato in cui la regione stabilisce il numero dei soggetti accreditati.

In pratica il sistema fondato sull’accreditamento, nella sua formulazione originaria, non era mai entrato in funzione per via di successive proroghe che avevano tenuto in vita il preaccreditamento del quale avevano beneficiato in prevalenza i soggetti convenzionati nel vigore della l. n. 833/1978. Come si legge nella sentenza della Corte Costituzionale n. 361/2008 “*il sistema basato sull’accreditamento e sulla successiva stipula di accordi contrattuali (...) non è stato finora pienamente attuato. Di conseguenza permangono a tutt’oggi strut-*

---

<sup>1</sup> Sul punto, F. REVIGLIO, *Autonomia regionale e sanità*, in *Riv. Dir. fin. e sc. finanze* 1998, p. 343 ss., spec. p. 352.

*ture sanitarie che forniscono prestazioni per conto ed a carico del S.S.N. in virtù di accreditamenti “transitori” o “provvisori”. Per porre fine a questa situazione, il legislatore statale, con l’art. 1 co. 796 della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (L. finanziaria 2007) ha adottato misure per far cessare gli accreditamenti “provvisori” e “transitori”, che non siano stati confermati da accreditamenti definitivi, e nello stesso tempo ha posto un limite al rilascio di nuovi accreditamenti da parte delle Regioni, in assenza di un provvedimento di ricognizione e determinazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie, allo scopo di evitare un ulteriore aggravio della spesa in tale settore”.*

### 3. *Spesa sanitaria ed esigenze di contenimento*

La determinazione dei tetti di spesa, anche se spacciata come il riflesso della determinazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie – operazione che mai un legislatore o una pubblica amministrazione saranno in grado di compiere – è sicuramente imposta, come si è detto, da esigenze di contenimento di una spesa pubblica che altrimenti crescerebbe a dismisura.

Non è il solo rimedio, naturalmente.

Si è passati dal piè di lista e dalla giornata di degenza – criteri enunciati nel vigore della L. 833/1978 – al rimborso a tariffa per prestazione (D.R.G.: *diagnosis related group*), che dovrebbe diminuire la durata dei ricoveri. Sono stati definiti criteri per la predeterminazione delle tariffe, sono stati approvati prontuari per le prestazioni di assistenza ospedaliera<sup>2</sup>. Si è tentato di ottenere una consistente riduzione dei posti letto di degenza, attraverso la soppressione dei posti letto ospedalieri in posti letto di *day hospital* e di *day surgery*. Si è introdotto il criterio della “appropriatezza” delle prestazioni che consente alle ASL di non pagare le prestazioni “inappropriate”. Sono stati imposti sconti sui farmaci a carico dei produttori (determinazione dell’A.I.F.A. del 25 luglio 2005, in G.U. n. 176 del 30 luglio successivo), ritenuti dal giudice amministrativo prestazioni legittimamente imposte ai sensi dell’art. 23 cost. (Cons. St. V, sent. n. 799/2008).

Il mezzo più radicale, per contenere la spesa, rimane il tetto. In sede di contrattazione con ciascuno degli operatori viene concordato un budget annuo superato il quale le prestazioni non possono essere poste più a carico del S.S.N.

Teoricamente la regola vale sia per le strutture pubbliche sia per le strutture private. In pratica non è così. Si legge in una sentenza del Consiglio di Stato (V, n. 1858/2008) che “*ai fini della operatività del meccanismo dei c.d. tetti di spesa, da un lato stanno le strutture pubbliche e quelle ad esse equiparate (ospedali classificati, i r.c.c.s. etc.), dall’altro quelle private accreditate. Solo per le*

---

<sup>2</sup> F. REVIGLIO, *op. cit.*, p. 343.

*seconde, invero, ha un senso parlare di imposizione di un limite alle prestazioni erogabili, mentre per le strutture che risultano consustanziali al sistema sanitario nazionale (ospedali pubblici, ospedali classificati, i.r.c.c.s.) non è neppure teorizzabile l'interruzione delle prestazioni agli assistiti al raggiungimento di un ipotetico limite eteronomamente fissato. – Ciò vuol dire, come ha correttamente stabilito la sentenza gravata, che alle strutture sanitarie in questione non risultano opponibili i tetti di spesa approvati, con la consultazione delle associazioni della relativa categoria per le strutture private accreditate. Un conto sono, infatti, le case di cura private, altra cosa sono quelle istituzioni (nella specie, l'Ospedale Buon consiglio di Napoli: n.d.r.) la cui parificazione all'apparato sanitario pubblico rende anche solo teoricamente incompatibile una limitazione delle prestazioni”.*

La giurisprudenza utilizza a questi fini la nozione di concessione di pubblico servizio.

La struttura privata che eroga prestazioni sanitarie è concessionaria di pubblico servizio quando è non soltanto autorizzata ed accreditata (accreditamento istituzionale o provvisorio), ma anche quando abbia sottoscritto apposito accordo che stabilisca il tipo delle prestazioni erogabili e relativi volumi massimi ed il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate. È concessionaria di pubblico servizio nei limiti dell'accordo: sicché non è tenuta a rendere le prestazioni che eccedono il volume concordato se il paziente non è disposto a pagarle di tasca propria (Cons. St. V, n. 365/2008; Cass. S.U. n. 967/2008; n. 3046/2007; n. 28501/2005; n. 14335/2005; N. 603/2005).

La struttura pubblica è concessionaria sempre: sicché non può rifiutare le prestazioni che vengono richieste quando il budget è esaurito perché i responsabili incorrerebbero nel delitto di interruzione di pubblico servizio.

Nella parte finale dell'anno la domanda di cure deve orientarsi principalmente sulle strutture pubbliche dal momento che molte delle strutture private corrispondenti hanno esaurito il budget ad esse assegnato.

Per temperare le conseguenze negative del sistema – il paziente che ha ricevuto la prestazione nel mese di agosto se la vede rifiutare nel mese di novembre – la legge Bindi ha previsto che le regioni, nel definire l'ambito di applicazione degli accordi contrattuali, stabiliscano “criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato” (art. 8-*quinquies* co. 1 lett. d).

Si tratta delle c.d. regressioni tariffarie, ossia dell'abbattimento progressivo della remunerazione man mano che ci si allontani dal tetto concordato, sino ad arrivare, in certi casi, al pagamento del solo 10%.

Secondo la giurisprudenza, “*il sistema di regressione tariffaria delle prestazioni sanitarie che eccedono il tetto massimo prefissato è espressione del potere autorizzativo di fissazione dei tetti di spesa e di controllo pubblicistico della*

*spesa sanitaria in funzione della tutela della finanza pubblica affidato alle regioni e trova giustificazione concorrente nella possibilità che le imprese fruiscano di economie di scala nonché effettuino opportune programmazioni delle rispettive attività* (cfr. Cons. St. IV, n. 939/2002). *Ove, infatti, venisse consentito lo sfioramento dei tetti comprensivi di spesa fissati dalla Regione il potere di programmazione regionale ne risulterebbe vanificato*” (Cons. St., III, n. 2290/2011).

La recentissima pronuncia ora citata si spinge a considerazioni di ordine più generale.

*“La Corte Costituzionale – si legge nella sentenza – nel valutare le linee fondamentali del sistema sanitario nel nostro ordinamento, ha sottolineato l’importanza del collegamento tra responsabilità e spesa ed ha evidenziato come l’autonomia dei vari soggetti ed organi operanti nel settore non può che essere correlata alle disponibilità finanziarie e non può prescindere dalla limitatezza delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale (cfr. Corte Cost. sent. n. 416/1995). In particolare la Corte ha ribadito che “non è pensabile di poter spendere senza limite avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l’urgenza; è viceversa la spesa a dovere essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie (...)”*

“L’importanza dell’obiettivo della riduzione della spesa sanitaria è tale”, secondo altra pronuncia (Cons. St., V, n. 4076/2008):

- da giustificare la regressione tariffaria;
- da legittimare la classificazione delle strutture erogatrici in distinte categorie ai soli fini tariffari (posto che “la diversa complessità strutturale ed organizzativa dei soggetti erogatori determina consistenti differenze dei costi di produzione”);
- da legittimare l’aggiornamento dei sistemi di remunerazione (D.M. 21 novembre 2005) anche in assenza della introduzione a regime del nuovo assetto determinativo delle tariffe;
- da giustificare la decisione regionale di ridurre le tariffe rispetto a quelle ministeriali che rappresentano solo il tetto massimo;
- da giustificare il ritardo nella determinazione dei tetti di spesa;
- da qualificare come inammissibile la pretesa di configurare un tetto individuale di spesa;
- da consentire l’abbattimento anche drastico dei margini di utile con il solo limite del totale azzeramento.

Tutto ciò porta la giurisprudenza, amministrativa e costituzionale, a negare che esista oggi un principio vincolante di parità di trattamento fra strutture pubbliche e strutture private (Cons. St. V, n. 5134/2007; C. Cost. sent. n. 200/2005). Come si legge in quest’ultima sentenza, alla luce della evoluzione della disciplina concernente il sistema di erogazione e retribuzione delle prestazioni specialistiche, *“nel sistema sanitario nazionale, il principio di libera scelta non appare affatto assoluto, dovendo invece essere temperato con altri interessi, costi-*

*tuzionalmente tutelati, puntualmente indicati da norme di principio della legislazione statale*".

Non si capisce se questa conclusione costituisca una presa d'atto dell'evoluzione in senso pubblicistico del sistema ovvero se esprima il compiacimento dei giudici, portatori in genere di una cultura antimercato e antiprivato, per il riaffermato primato del pubblico.

#### 4. *Il quasi mercato delle prestazioni sanitarie e i suoi limiti*

Si esclude che l'assistenza sanitaria possa essere erogata in un "mercato convenzionale". E si utilizza invece lo schema del mercato misto o quasi-mercato fondato sulla distinzione fra "compratori" e "fornitori" e fra "compratori" e "consumatori". I compratori scelgono in nome e nell'interesse dei consumatori i servizi da acquistare tra quelli offerti dai fornitori in concorrenza fra loro. "La caratteristica saliente è data da quello che è stato definito il "divorzio" tra le decisioni finanziarie, sottratte al mercato, e quelle sull'offerta dei servizi. Le risorse investite per pagare i fornitori costituiscono la divisione di un budget precostituito"<sup>3</sup>.

Un quasi mercato, bisogna aggiungere, in cui il consumatore è il c.d. paziente – ubbidiente che, privo della competenza necessaria per valutare la qualità dell'offerta, è costretto ad affidarsi a terzi (medico di base, specialista etc.)<sup>4</sup>.

## PUBLIC AND PRIVATE IN HEALTH CARE POLICIES

by Guido Corso

### Abstract

The paper analyzes the role of the private sector in the Italian health care system. According to art. 32 of the Constitution, the Republic safeguards health as a fundamental right of the individual and as a collective interest, and guarantees free medical care to the indigent. The provision, which entitles only the poor to free medical care, assumes the existence of a market in health care delivery, where the consumer-patient can choose between public and private operators. In 1978 a National Health System (Servizio Sanitario Nazionale, SSN) was established and it replaced the old one based on insurance. The

---

<sup>3</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercati e "modello sociale europeo"*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2009, p. 1821, e letteratura ivi richiamata.

<sup>4</sup> M. FERRERA, *Le politiche sociali*, Bologna 2006, p. 200.

reform created an universal system, in which every citizen has the right to be provided with health care services, regardless of the income. The statute allowed private providers to operate within the SSN given that they were compliant with a set of requirements and subscribed an agreement with the SSN. The role of private sector in health care delivery, limited and essentially subsidiary in the system created in 1978, has been increased by the reform approved in 1992 and 1993. The citizen is in principle free to choose a service provider, public or private. The law set the requirements necessary for the inclusion in the SSN (accreditamento), which are the same for public and private hospitals. The SSN bears the costs of the healthcare services. Due to budget constraints, the principle of patient's free choice has never come entirely into effect. There is no "conventional" market in healthcare service, but a mixed system, in which the "buyers", different from the "consumers", choose on behalf of the patients/consumers the services to buy between the ones offered by competing operators.

## Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali\*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. “Livello” (o “dimensione”) dei diritti e riparti di competenze. – 2. Il sistema dei diritti come “metacriterio” ordinatore delle fonti (*rectius*, delle norme), con specifico riguardo alla attitudine dei diritti stessi a ridefinire di continuo la linea di confine tra competenze statali e competenze regionali. – 3. La vessata questione concernente l'attitudine degli statuti regionali a disporre in tema di diritti: in specie, la tesi favorevole al suo riconoscimento, attratto dalla “forma di governo” ovvero dai “principi di funzionamento”, e la sua critica. – 4. *Segue*: Il fondamento della disciplina volta a dare (non già il *riconoscimento* ma) la *tutela* dei diritti va rinvenuto nella vocazione degli statuti a rappresentare, nel modo più immediato e genuino, l'*identità regionale* ed a dare dunque voce all'*autonomia*, intesa, ancora prima che come *potere*, come *servizio* alla comunità regionale. – 5. Le temute interferenze tra la disciplina statutaria e le discipline legislative sui diritti e i modi del loro possibile superamento. – 6. Norme statutarie sui diritti in materia di organizzazione e norme a questa estranee, idonee a valere nel rispetto delle norme statali poste a presidio dell'unità ovvero in via “sussidiaria”, in caso di mancanza delle stesse. – 7. I diritti nella prassi, ovvero sia l'identità-autonomia ancora oggi all'affannosa, sofferta ricerca dei modi più adeguati per farsi valere.

### 1. “Livello” (o “dimensione”) dei diritti e riparti di competenze

Che vi sia un “livello” (o, forse meglio, una “dimensione”) regionale dei diritti è certo; il punto è però che non si sa come far luogo alla sua determinazione con sufficiente approssimazione al vero, tanto secondo modello quanto secondo esperienza<sup>1</sup>. Il livello infatti rimanda alle competenze, le quali poi – come

---

\* I tratti maggiormente salienti di questa riflessione sono stati anticipati, in forma meno estesa ed argomentata, in uno scritto dal titolo *Regioni e diritti fondamentali*, in corso di stampa in *Giur. it.*, 6/2011.

<sup>1</sup> Tengo a rimarcare che il riferimento è qui circoscritto ai soli diritti fondamentali; non tratterò tuttavia la questione, fatta oggetto *ab antiquo* di animate e tuttora non sopite controversie, circa ciò che è o che fa la “fondamentalità” di un diritto, la sua problematica distinzione, da alcuni ammessa

si sa – si fissano e mettono a fuoco all'incrocio degli assi cartesiani delle materie, per un verso, e, per un altro verso, dei limiti all'esercizio delle competenze stesse. Solo che – come pure è assai noto – l'uno e l'altro piano, quello "orizzontale" e quello "verticale", ricevono nel disegno costituzionale una rappresentazione assai sfocata ed incerta, da cui si sono alimentate e seguitano senza sosta ad alimentarsi pratiche (normative, giurisprudenziali e di altro genere ancora) non poco approssimative, discontinue, complessivamente congiunturali. E il vero è che il riparto delle competenze si fa e rinnova, di giorno in giorno, in ragione della *natura degli interessi*, laddove è il costante punto di riferimento nella (non di rado sofferta) ricerca di soluzioni quanto più possibile mediane e concilianti tra le pretese dell'unità-indivisibilità dell'ordinamento e quelle dell'autonomia: i due fini-valori usualmente visti come in una reciproca lotta senza fine e senza risparmio di colpi, non già – come, invece, a mia opinione è secondo modello e sempre dovrebbe essere secondo esperienza – quali i due profili di un unico, composito bene-valore, l'unità facendosi *per il tramite* dell'autonomia, la sua massima valorizzazione alle condizioni oggettive di contesto, così come, di rovescio, l'autonomia restando priva di senso alcuno *al di fuori* della cornice dell'unità.

Di più non può ora dirsi e deve al riguardo farsi necessariamente rinvio a sedi in cui la questione ha avuto la sua opportuna chiarificazione. Quel che importa, per tornare alla partenza del discorso, è che la stessa giurisprudenza si mostra ormai ferma nel considerare soggetto a mai finito movimento il riparto suddetto; e basti, al riguardo, solo evocare il criterio della c.d. "prevalenza", con riferimento ai casi, peraltro il più delle volte ricorrenti, in cui una disciplina normativa si faccia simultaneamente attrarre sia dall'una che dall'altra "materia" o sfera di competenze, gli interessi di cui si fa cura presentando una struttura internamente composita e facendosi pertanto riportare sia al polo dell'unità che a quello dell'autonomia. Ed è solo laddove – a giudizio insindacabile della Corte costituzionale – si dimostri impossibile l'utilizzazione del criterio in parola che viene in soccorso – seguita a dire la Corte – il canone della "leale cooperazione": formula magica che ricorda il *deus ex machina* delle antiche tragedie, peraltro dotato della straordinaria virtù di sapersi presentare ogni volta con volti diversi, la "cooperazione" stessa esibendo varietà di forme espressive e capacità graduata, ora più ed ora meno "intensa", di appagamento delle istanze di autonomia<sup>2</sup>.

---

e da altri invece negata, rispetto alla "inviolabilità" o ad altre proprietà ancora dei diritti in parola. Mi limito solo a rinnovare qui la mia preferenza, già altrove argomentata, a favore della prima qualifica, che in modo emblematico rispecchia la indeclinabile vocazione dei diritti medesimi, proprio in ragione della loro "fondamentalità", a porsi a "fondamento" dell'intero ordinamento. Ciò posto, rimane poi aperta la questione circa il concreto riconoscimento dei diritti in parola, specie ove si convenga a riguardo del carattere non "chiuso" del relativo catalogo in Costituzione.

<sup>2</sup> Su ciò, per tutti, l'attento studio di S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008.

Un quadro costituzionale, dunque, complessivamente opaco, che rimanda all'esperienza (normativa prima e giurisprudenziale poi) per la sua incessante, storicizzata, ridefinizione<sup>3</sup>; una opacità che si riflette ai due piani in cui il riparto delle competenze si articola e svolge: quello, per dir così, "esterno", relativo ai rapporti Stato-Regioni per un verso e Regioni-enti infraregionali per un altro<sup>4</sup>, e quello "interno", riguardante i rapporti tra le fonti di uno stesso ente (qui, la Regione), l'apporto che può venire da ciascuna di esse e da tutte assieme alla cura degli interessi rimessi alla competenza dell'ente stesso (per ciò che qui specificamente importa, alla salvaguardia dei diritti).

Svolgo di seguito alcune succinte notazioni per ciò che attiene all'esercizio dei poteri di normazione, ponendosi oltre l'orizzonte di questa ricerca l'esame delle non poche, complesse questioni relative all'amministrazione, bisognose di separato e specifico esame; peraltro, anche con riguardo al piano della normazione nulla ora dirò quanto agli interventi in forma sublegislativa (e, segnatamente, regolamentare), essi pure connotati in modo peculiare. In breve, circoscrivo quest'analisi ai soli rapporti tra le leggi di Stato e Regione per un verso, ai rapporti tra statuto e leggi, sia statali che regionali, per un altro verso.

2. *Il sistema dei diritti come "metacriterio" ordinatore delle fonti (rectius, delle norme), con specifico riguardo alla attitudine dei diritti stessi a ridefinire di continuo la linea di confine tra competenze statali e competenze regionali*

Si diceva che i diritti rimandano alle competenze. Con ciò, tuttavia, non si è ancora raggiunta la prova certa di una competenza delle Regioni a farsene cura. Non poche volte, infatti, si assiste a ritagli, anche assai incisivi, in seno ad una data sfera di competenze, in ragione appunto della *natura degli interessi* che non darebbe modo al titolare della sfera stessa di poterne fare oggetto di regolazione. Ed allora si tratta di stabilire a che titolo le Regioni possano disciplinare i diritti fondamentali e, una volta che si sia data risposta affermativa al quesito, se la disciplina stessa possa spingersi fino al punto di dare il *riconoscimento* dei diritti (in particolare, di "nuovi" diritti<sup>5</sup>) ovvero solo concorrere, con

---

<sup>3</sup> Una esperienza che poi si è dimostrata essere non esaltante (e, in qualche caso, diciamo pure sconsigliata) per l'autonomia, secondo quanto risulta dalle molte analisi sul campo (da ultimo, dai contributi al convegno di Bologna del 27 e 28 gennaio 2011 su *Dieci anni dopo. Più o meno autonomia regionale?*, molti dei quali possono vedersi in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)).

<sup>4</sup> Di questo secondo "livello" ora non si dirà, la sua trattazione essendo demandata ad altro studio ad esso specificamente dedicato.

<sup>5</sup> Spinosa appare essere la questione relativa al carattere autenticamente innovativo dei c.d. "nuovi" diritti, alcuni costituendo in realtà mera esplicitazione di contenuti già desumibili dagli

norme aventi carattere meramente specificativo-attuativo, alla *tutela* di diritti che abbiano altrove (e, segnatamente, in Costituzione o in altre Carte) la fonte *prima* ed *esclusiva* del riconoscimento stesso.

La questione ora indicata, di cruciale rilievo, non è risolta dal disposto, frequentemente richiamato, di cui all'art. 117, II c., lett. *m*), cost., dal quale si può, sì, desumere una competenza delle Regioni in fatto di disciplina relativa ai diritti (segnatamente, secondo un'accreditata opinione, avallata dalla giurisprudenza<sup>6</sup>, nel senso dell'innalzamento dei "livelli essenziali", così come fissati dalle leggi statali) ma non è chiarita la natura della stessa, se cioè possa portarsi ulteriormente in avanti, fino appunto al *riconoscimento* di nuovi diritti, ovvero se debba restare circoscritta alla regolazione dei soli diritti già fatti oggetto di una normazione "a prima battuta" da parte dello Stato<sup>7</sup>.

Quel che, ad ogni buon conto, è certo è che, proprio riguardando al riparto delle competenze tra Stato e Regioni *dal punto di vista dei diritti*, possono aversi le più espressive testimonianze di quella sua strutturale mobilità e fluidità, di cui si diceva poc'anzi. I diritti vantano, infatti, pretese crescenti di appagamento: ancora prima delle pretese stesse, cresce anzi proprio il numero dei diritti, allo stesso tempo facendosi via via più complessa la loro strutturale conformazione; e ciò, proprio perché aumentano sempre di più i bisogni elementari dell'uomo, a fronte peraltro di risorse che si vanno sempre più assottigliando<sup>8</sup>.

---

enunciati costituzionali in vigore, altri invece solo in modo oggettivamente forzato facendosi riportare agli enunciati stessi. Di tutto ciò, con specifico riguardo alle tecniche interpretative utilizzabili al fine di far luogo in modo acconcio a siffatta verifica, nondimeno gravata da molte incertezze, non è tuttavia possibile ora dire.

<sup>6</sup> Tra le molte altre, di recente, v. Corte cost. nn. 67, 101, 315 e 373 del 2010; 151 del 2011. La Corte nondimeno limita l'intervento regionale ai soli ambiti riservati alle Regioni stesse, pur se connessi a quelli di competenza statale.

<sup>7</sup> È da studiare poi l'ipotesi che, anche per ciò che attiene alla fissazione dei "livelli essenziali" in parola, possa attivarsi la "delega" ai regolamenti regionali, di cui all'art. 117, VI c., in via generale prevista per la disciplina delle materie di esclusiva spettanza dello Stato. D'altronde, la determinazione dei livelli stessi in buona sostanza risulta, specie in materia sanitaria, a mezzo di regolamenti statali, pur se adottati nell'ambito di una (... *essenziale*) disciplina legislativa volta a stabilire la cornice entro cui la normativa regolamentare può quindi essere convenientemente ambientata e svolta; di modo che – ferma la cornice stessa – si potrebbe ipotizzare che il suo riempimento possa venire ad opera della stessa Regione. Nel qual caso, ammesso che si consideri precluso alle leggi regionali di far luogo alla "invenzione" di nuovi diritti, potrebbe ugualmente assistersi alla loro disciplina addirittura a mezzo di regolamenti. Indefettibile sarebbe, ad ogni buon conto, una prima, essenziale disciplina di base con legge dello Stato, la "delega" di cui è parola nel VI c. dell'art. 117 non potendosi qui, a motivo del suo peculiare oggetto e della sua parimenti peculiare funzione, non dotare di un apparato di norme ancora più consistente di quello che ordinariamente si ha in altri casi in cui se ne faccia utilizzo.

Il punto, nondimeno, richiede un supplemento di riflessione.

<sup>8</sup> La forbice tra bisogni e risorse si allarga in modo particolarmente vistoso man mano che si porta sempre più avanti il progresso scientifico e tecnologico, sulla cui capacità complessiva di riconformazione dei vecchi e conformazione di nuovi diritti nulla tuttavia è possibile ora dire.

Ed allora è chiaro che solo dallo sforzo congiunto di tutti gli operatori presenti sul territorio<sup>9</sup> possono aversi esiti in qualche modo idonei a venire incontro a tali bisogni. La qual cosa, poi, per la sua parte dimostra il carattere inevitabilmente recessivo della “logica” della separazione delle competenze, ormai soppiantata, in forza di una tendenza che si esprime altresì verso l’alto (fino a coinvolgere l’Unione europea e la stessa Comunità internazionale), dalla “logica” della integrazione delle competenze stesse.

Che le cose stiano così come qui sono viste e succintamente rappresentate se ne ha conferma dalla stessa giurisprudenza, che pure esibisce, a riguardo del modo con cui si atteggia il riparto delle competenze, remore non rimosse e sensibili oscillazioni tra il polo della separazione e quello della integrazione.

Ancora non molto tempo addietro, la Consulta ha tenuto a precisare che il riparto delle competenze va “bilanciato” con le aspettative di tutela dei diritti<sup>10</sup>. Se si va, tuttavia, a guardare il modo con cui si è pervenuti alla definizione del caso, ci si avvede che il “bilanciamento” in parola non è stato affatto paritario<sup>11</sup>, essendosi risolto nella messa da canto del riparto stesso per dar voce ai diritti, in ultima istanza alla dignità della persona umana, che è – a me pare –, a un tempo, un diritto fondamentale e il fondamento dei diritti fondamentali restanti<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Qui, dunque, come si vede, il riferimento si dirige altresì agli enti territoriali minori e ad altri enti ancora.

<sup>10</sup> V., part., sentt. nn. 10 e 121 del 2010. In quest’ultima, in specie, la Corte dichiara che “si è in presenza di potestà legislative, dello Stato e delle Regioni, entrambe di livello primario, che trovano il loro fondamento, la prima, nella tutela uniforme dei diritti fondamentali delle persone, e la seconda, nella salvaguardia delle autonomie costituzionalmente sancite. Una equilibrata soluzione delle possibili contraddizioni tra le due potestà legislative deve tenere conto dell’impossibilità di far prevalere in modo assoluto il principio di tutela o quello competenziale. Sarebbe ugualmente inaccettabile che lo Stato dovesse rinunciare ad ogni politica concreta di protezione dei diritti sociali, limitandosi a proclamare astratti livelli di tutela, disinteressandosi della realtà effettiva, o che le Regioni vedessero sacrificata la loro potestà legislativa piena, che sarebbe facilmente svuotata da leggi statali ispirate ad una logica centralistica di tutela sociale”.

<sup>11</sup> Ancora nella pronunzia da ultimo cit., poco più sotto del brano sopra fedelmente trascritto, la Corte fa significativamente appello alle “*imperiose necessità sociali*, indotte anche dalla attuale grave crisi economica nazionale e internazionale, che questa Corte ha ritenuto essere *giustificazioni sufficienti, ma contingenti*, per leggi statali di tutela di diritti sociali limitative della competenza legislativa residuale delle Regioni nella materia dei ‘servizi sociali’” (segue il richiamo a Corte cost. n. 10 del 2010, cit. Mie, ovviamente, le sottolineature).

In generale, che possano darsi bilanciamenti che non si traducono nel paritario sacrificio tra i valori o beni della vita in campo, piuttosto portando non di rado alla messa da canto di uno di essi a beneficio dell’altro (o degli altri), non costituisce affatto una stranezza; forse, anzi, è proprio ciò che il più delle volte accade.

<sup>12</sup> È bensì vero che, senza la dignità, i diritti non hanno senso alcuno; è però pure vero l’inverso, al di fuori del godimento effettivo di questi quella restando una pura astrazione. E, per quest’aspetto, può dirsi che dignità e diritti si tengono ed alimentano a vicenda. Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi da miei *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo*

o – come pure è stato felicemente detto – la bilancia su cui si dispongono i beni costituzionali bisognosi di bilanciamento<sup>13</sup>.

Il vero è che – se ci si pensa – in nome dei diritti (e, più in genere, dei valori positivizzati) può “saltare” il canone ordinatore della competenza<sup>14</sup>, *al pari di ogni altro canone di sistemazione delle fonti*<sup>15</sup>; e così, ad es., con riguardo al criterio della *lex posterior*, leggi anteriori possono resistere al tentativo di innovarvi posto in essere da leggi successivamente adottate, ogni qual volta si dimostri che, per effetto del mutamento normativo, dovesse risultare inciso il valore di “copertura” della fonte (*rectius*, della *norma*) anteriore, per il caso che solo questa goda di protezione costituzionale ovvero, qualora anche la posteriore risulti a sua volta protetta, l’una goda di una “copertura” preminente in sede di bilanciamento<sup>16</sup>.

---

*diritto costituzionale, e Dignità versus vita?*, entrambi in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). V., inoltre, utilmente, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>13</sup> L’immagine della bilancia è di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); di contro, considera la dignità soggetta essa pure a bilanciamento M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2009, 1060 ss. In argomento, di recente, U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Bari-Roma 2009; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, 77 ss., spec. 108 ss. (con ampî richiami alla dottrina tedesca); M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze 2010; G. RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano 2010, 259 ss.; T. PASQUINO, *Dignità della persona e diritti del malato*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti-E. Palermo Fabris-P. Zatti, Milano 2010, 543 ss.; A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, Madrid 2010 e M. BOROWSKY, *Würde des Menschen*, in AA.VV., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, a cura di J. Meyer, Nomos, Baden-Baden 2011, 85 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli 2011.

<sup>14</sup> A giudizio della Corte, tuttavia, parrebbe che ciò possa aversi solo *a senso unico*, non ammettendosi *in alcun caso* interventi regolatori con legge regionale in sostituzione di discipline statali mancanti [sent. n. 373 del 2010, cit., e, su di essa, la mia nota dal titolo *A proposito di (impossibili) discipline regionali adottate in provvisoria sostituzione di discipline statali mancanti (nota a Corte cost. n. 373 del 2010)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 1/2011].

<sup>15</sup> Mi rifaccio ora ad una generale ricostruzione del sistema delle fonti, nella quale da tempo mi riconosco: un sistema che poi, come qui pure si viene dicendo, è in realtà di *norme*, più (o piuttosto) che di *fonti*, la composizione di queste ultime essendo infatti determinata dai loro contenuti, per il modo con cui rilevano nei singoli casi ed alla luce dei valori (su ciò, un quadro di sintesi può, volendo, aversi dal mio *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Diverso l’ordine di idee in cui si dispone la più accreditata dottrina: per tutti, ora, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Bologna-Roma, 2011).

<sup>16</sup> Sta qui, ad es., la ragion d’essere della giurisprudenza (in merito alla quale, di recente e per tutti, A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Tori-

La clausola sui “livelli essenziali”, di cui alla cit. lett. *m*) del II c. dell'art. 117, non acquista infatti rilievo unicamente sul fronte del riparto delle competenze Stato-Regioni, segnando (sia pure in modo largamente approssimativo) la linea di confine tra le potestà di normazione dei due enti, ma possiede un'ancora più denso e profondo significato, al piano dell'avvicendamento delle leggi nel tempo, la cui validità può infatti apprezzarsi – come si viene dicendo – in prospettiva assiologicamente orientata, ove si convenga che le leggi sui “livelli” (anche quelle regionali<sup>17</sup>) possono fissare i punti di “non ritorno” nel processo d'implementazione dei diritti<sup>18</sup>. Ciò che, nondimeno, non equivale a dire che le sole discipline possibili sono quelle che vanno nel verso dell'accrescimento della tutela riservata al *singolo* diritto. Nulla, invero, in astratto, si oppone a che, nell'ambito dell'apprezzamento politico-discrezionale che gli è riservato, il legislatore (statale o locale che sia) possa determinarsi nel senso di ridurre le prestazioni offerte ad un diritto, purché – beninteso – ciò si risolva in un complessivo beneficio per l'intero patrimonio dei diritti (e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti)<sup>19</sup>.

---

no, 2010, 153 ss.) che si oppone alla celebrazione di consultazioni referendarie aventi ad oggetto norme legislative che danno una “tutela minima” a interessi costituzionalmente protetti; ed è di tutta evidenza che ciò che è inibito al popolo-legislatore non può che esserlo, per l'aspetto ora considerato, anche ai rappresentanti del popolo stesso.

<sup>17</sup> Il discorso che si va ora facendo ha infatti portata generale e la circostanza per cui le leggi regionali possono portare ancora più in alto il... *livello dei livelli* stabiliti dalle leggi dello Stato non toglie che, *dal punto di vista dello stesso ordinamento regionale*, anche le norme adottate in ambito locale possano ugualmente presentarsi come “essenziali”. In altri termini, le norme stesse possono dividersi, in relazione all'oggetto della loro regolazione, in “essenziali” e “non essenziali”. Se e quando le cose stanno davvero così non può che stabilirsi di volta in volta, avuto cioè riguardo alle *norme* ed al loro modo complessivo di volgersi, a un tempo, verso gli interessi, di cui si fanno cura, e verso i valori.

<sup>18</sup> Anticipazioni sul punto nel mio *Lineamenti di uno studio sui livelli essenziali delle prestazioni, dal punto di vista della teoria della normazione e della teoria della giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, a cura di G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi della Mura, Torino, 2010, 496 ss. e, pure *ivi*, A.S. BRUNO, *La identificazione dei LEP come clausola di “non retrocessione”*, 247 ss. Sulla disciplina legislativa relativa ai “livelli essenziali delle prestazioni”, da ultimo, A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, 2011, 97 ss.

<sup>19</sup> Mi parrebbe utile, al riguardo, il richiamo ad un'indicazione che è in Corte cost. n. 317 del 2009, laddove si ragiona della più “intensa” tutela apprestata ai diritti, rispettivamente, da norme nazionali e da norme della CEDU, autorizzandosi pertanto gli operatori a fare ugualmente luogo all'applicazione delle prime, ancorché incompatibili con le seconde, ogni qual volta siano proprio esse ad offrire la tutela medesima (come poi misurare o “pesare” quest'ultima è cosa ad oggi controversa: in argomento, ora, AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli, 2010; D. BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1816 ss., e A.

La Costituzione insomma reclama che si tenda verso punti sempre più alti di sintesi assiologiche o, quanto meno, che si mantenga costante il livello dapprima raggiunto, di modo che la Costituzione stessa, per il modo con cui complessivamente si radica e svolge nell'esperienza, risulti sempre appagata al meglio di sé (*magis ut valeat*), alle pur difficili (e, alle volte, persino proibitive) condizioni di contesto.

Ora, a me pare chiaro che un lineare svolgimento delle premesse appena poste porti a considerare la stessa *gerarchia secondo forma* come non di rado obbligata a farsi da parte davanti ad una *gerarchia secondo valore*, anche atti di grado astrattamente inferiore rispetto a quello posseduto da altri atti sopravvenienti e coi primi contrastanti potendo infatti vantare protezione da parte di norme a tutti gli atti in campo sovraordinate, in quanto portatrici di valori indisponibili<sup>20</sup>.

---

RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e in corso di stampa negli Atti relativi al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, nonché, volendo, anche il mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Non si è, inoltre, ben capito se l'applicazione in parola possa aversi solo a seguito di un previo accertamento in tal senso fatto dal giudice delle leggi, allo scopo prontamente adito, ovvero se si renda possibile direttamente ai giudici comuni. La prima soluzione parrebbe, invero, essere maggiormente in linea con l'indirizzo della Consulta favorevole ad attrarre a sé le questioni di "convenzionalità-costituzionalità", per quanto vi sia chi (I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale (Parte I)*, in *Pol. dir.*, 1/2010, 41 ss., spec. 66) ha ipotizzato che, perlomeno nel caso che il giudice si faccia persuaso della incostituzionalità della stessa norma convenzionale e della conformità a Costituzione della norma legislativa con la prima in contrasto, possa farsi subito luogo all'applicazione della fonte nazionale. Ciò che, nondimeno, importa, ai fini del discorso che si va ora facendo, è che, a giudizio della Corte, debba guardarsi all'intero sistema dei diritti ed ai modi del loro appagamento, in ragione dei quali possono "saltare", ed effettivamente "saltano", le quiete ordinazioni delle fonti di formale fattura. Diverso invece l'orientamento al riguardo manifestato dalla Corte EDU, propensa a guardare al singolo diritto in gioco (E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.* 7/2010, 955 ss., spec. 961). La qual cosa, poi, può portare a complesse questioni e a sofferti sviluppi al piano delle relazioni tra le Corti, rendendone ardua una bonaria composizione.

<sup>20</sup> Un solo esempio per tutti, ancora una volta tratto da una ormai copiosa, stabile giurisprudenza. Si pensi, dunque, alle norme prodotte in ambito interno al fine di dare attuazione a norme dell'Unione, le prime (pur laddove contenute in fonti regolamentari) potendo resistere davanti a leggi sopravvenienti ogni qual volta si dimostri che la loro rimozione o modifica in genere ridondi in una (inammissibile) incisione della fonte sovranazionale. Cosa diversa è che le leggi stesse si pongano esse pure al servizio di principi-valori fondamentali dell'ordinamento (o magari – e perché no? – dello stesso valore della pace e della giustizia tra le Nazioni); nel qual caso l'antinomia si risolve *ipso iure* in un conflitto tra valori ugualmente fondamentali (o in un conflitto di un valore con... *se stesso*), come tale bisognoso di essere ripianato – a me pare – con la logica usuale del bilanciamento, non già facendo appello ai c.d. "controlimiti" (ma le dinamiche della normazione coinvolgenti i valori, anche sul fronte delle relazioni interordinamentali, richiedono ben altri, assai articolati e complessi, svolgimenti argomentativi, non consentiti a questa sede).

La conclusione è piana: i diritti (e, ancora più in alto o più a fondo, la dignità, quale autentico *Grundwert* dell'ordinamento) costituiscono, nell'insieme dagli stessi composto, un *metacriterio ordinatore delle fonti* (*rectius*, delle *norme*), davanti al quale sono obbligati ad inchinarsi i criteri restanti e con esso, ad ogni buon conto, a confrontarsi, ricevendo quindi le opportune verifiche della loro effettiva attitudine a far luogo alla composizione ed all'incessante rinnovo del sistema. Ed allora è di tutta evidenza che il confine tra i "livelli essenziali", la cui posizione è rimessa alle leggi dello Stato, e i livelli "non essenziali" non può stabilirsi una volta per tutte, con criteri di formale fattura, richiedendo piuttosto di essere rimesso a punto caso per caso, per le esigenze della pratica giuridica, a mezzo di una complessiva considerazione del sistema dei valori, per il modo con cui si assesta per ciascun campo materiale di esperienza e per uno stesso campo nel tempo.

3. *La vessata questione concernente l'attitudine degli statuti regionali a disporre in tema di diritti: in specie, la tesi favorevole al suo riconoscimento, attratto dalla "forma di governo" ovvero dai "principi di funzionamento", e la sua critica*

Quanto poi al riparto delle competenze in seno all'ordinamento regionale, molto agitata – come si sa – è stata (ed è) la questione relativa alla idoneità dello statuto a porre norme relative ai diritti.

Un tempo si pensava che porre norme sui diritti fosse come dire norme vincolanti o, come che sia, giuridicamente rilevanti. Una nota giurisprudenza, che seguito a trovare singolare e, a dirla tutta, francamente fuori centro, ha invece portato all'esito di *dissociare l'effetto giuridico dalla sua fonte*, assumendo che la seconda possa ugualmente aversi senza che tuttavia si abbia di necessità anche il primo, una volta che si assuma la inidoneità di alcune delle norme della fonte stessa a produrre giuridici effetti<sup>21</sup>. Ciò che è – a me pare – una palese *contradictio in adiecto*, dalla previa esistenza della norma potendosi (e dovendosi) quindi desumere l'effetto dalla stessa prodotto, così come da questo potendosi (e dovendosi) risalire a quella.

È nondimeno da chiedersi, nell'ordine: *a)* se lo statuto possa contenere enunciati riferiti ai diritti; *b)* se essi abbiano altresì valore vincolante, quanto meno appunto nei riguardi del solo legislatore regionale.

Una generosa dottrina ha ritenuto di agganciare le previsioni statutarie riguardanti i diritti, delle quali peraltro si ha – come si sa – largo riscontro (nei

---

<sup>21</sup> Mi riferisco – com'è chiaro – alle pronunzie nn. 372, 374 e 378 del 2004, largamente commentate, che hanno assegnato alle norme statutarie c.d. "programmatiche" (etichetta che, come pure è noto, la Corte giudica però impropria) valenza meramente politico-culturale, non pure giuridica.

nuovi così come nei vecchi statuti), alla “forma di governo” (ampiamente intesa), assumendo pertanto la loro idoneità a comporre uno dei c.d. contenuti necessari dello statuto<sup>22</sup>. Allo stesso esito, ma con diverso percorso argomentativo, perviene un'altra, maggiormente diffusa opinione che individua la fonte della competenza statutaria nei “principi fondamentali di... funzionamento”, di cui si fa ugualmente parola nell'art. 123 della Carta<sup>23</sup>.

Nell'uno e nell'altro modo di vedere v'è, a mia opinione, sia del vero che del falso.

Si ha l'una cosa già solo a considerare quante e quali mutue implicazioni si intrattengano tra le norme organizzative e le norme sostantive, le prime e più rilevanti delle quali ultime sono poi – come si sa – proprio quelle relative ai diritti, al punto che – si è fatto notare da una sensibile dottrina<sup>24</sup> – si rivela subito artificioso separare le une dalle altre a colpi d'accetta (e, prima ancora, le relative “materie”)<sup>25</sup>. Eppure ciò posto, altro sono i diritti ed altra cosa la forma di governo o, più largamente, l'organizzazione, i primi non esaurendo i loro effetti nell'*hortus conclusus*, per ampio che sia, in cui prende corpo la seconda né su

---

<sup>22</sup> La tesi è stata con vigore patrocinata da M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, 2002, spec. 125 ss. e 137 ss.; v. anche le precisazioni al riguardo fatte da R. BIFULCO, *Nuovi statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, in *Giur. it.*, 2001, 1757 ss.

Sulla controversa nozione di forma di governo, indicazioni in A. SPADARO, *La forma di governo regionale calabrese*, in AA.VV., *Istituzioni e proposte di riforma (Un “progetto” per la Calabria)*, a cura dello stesso S. Napoli 2010, 3 ss. (e già in altri scritti). Gli studi più recenti, nondimeno, seguitano a porre l'accento più sui tratti tradizionalmente ritenuti tipici dell'organizzazione, quali riferiti ai rapporti tra gli organi di vertice dell'ente, che al modo di operare dell'ente stesso, al servizio e in vista dell'appagamento dei bisogni della comunità [v., con specifico riferimento alla forma di governo regionale, gli studi di N. VICECONTE, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria. Il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria*, Napoli, 2010; A. BURATTI, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Napoli, 2010; S. CATALANO, *La “presunzione di consonanza”. Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, Milano 2010; M. RUBECHI, *La forma di governo regionale fra regole e decisioni*, Roma, 2010. Molto importante è oggi, per l'inquadramento metodico-teorico, il saggio di M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Ann., III (2010), 538 ss. e 578 ss., per la forma di governo regionale.

<sup>23</sup> *Ex plurimis*, E. RINALDI, *Corte costituzionale, riforme e statuti regionali: dall'inefficacia giuridica delle norme programmatiche al superamento dell'ambigua distinzione tra contenuto “necessario” e contenuto “eventuale”*, in *Giur. cost.*, 6/2004, 4073 ss., spec. 4081; E. ROSSI, *Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 60; M. ROSINI, *Le norme programmatiche dei nuovi statuti*, in AA.VV., *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, a cura di M. Carli-G. Carpani-A. Siniscalchi, Bologna 2006, 35. *Contra*: L. PEGORARO-S. RAGONE, *I diritti negli statuti regionali: norme o principi?*, in *Il dir. della Reg.*, 3-4/2009, 181.

<sup>24</sup> Un solo nome per tutti: M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, 497 ss.

<sup>25</sup> Ricordo che la questione è stata molto agitata ai tempi della Bicamerale ed è stata quindi ripresa anche dopo il nuovo Titolo V, a motivo della presenza in esso di norme di carattere sostan-

questa sola dunque appuntandosi. Come si preciserà meglio più avanti, non v'è dubbio che i diritti afferenti l'organizzazione possano (e debbano) trovare posto nella disciplina statutaria; ha, dunque, ragione, per questo verso, la tesi patrocinata da quanti vedono nei "principi di funzionamento" il fondamento dei diritti così come statutariamente regolati. E, invero, tutto ciò che attiene al *metodo* dell'azione regionale (specie per ciò che concerne la partecipazione, la valorizzazione della sussidiarietà, anche "orizzontale", l'apporto delle forze sociali e delle autonomie infraregionali all'attività regionale) non soltanto costituisce a pieno titolo parte integrante del tessuto statutario, ma ne è, anzi, proprio il nucleo più qualificante ed espressivo. E, tuttavia, non in questo soltanto si esauriscono i diritti riguardati dagli statuti; ed allora si tratta di sapere se (e dove) si possa rinvenire un fondamento ancora più saldo della disciplina ad essi relativa.

Allo scopo, non occorre – a me pare – accedere alla tesi secondo cui lo statuto è fonte materialmente costituzionale dell'ordinamento regionale al fine di rinvenire giustificazione della previsione in esso di norme riguardanti i diritti.

In primo luogo, va rammentato che è ormai netta (e, a quanto pare, irreversibile) la rottura del rapporto di corrispondenza biunivoca tra Costituzione e diritti, l'una non possedendo più il monopolio del riconoscimento degli altri. La Costituzione, nell'accezione liberale del termine, è certamente, nella essenza, una Carta dei diritti ma non è, appunto, il solo documento normativo abilitato ad ospitarli. Può anche dispiacere che le cose stiano così<sup>26</sup> ma non si può non prendere atto del fatto in sé, inconfutabile<sup>27</sup>. E, invero, è venuta sempre più dilatandosi l'area coperta dalla "materia costituzionale", in seno alla quale si dispongono atti di varia estrazione e fattura (provenienti sia *ab extra*, e segnatamente dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea, e sia *ab intra*), coi quali si è fatto luogo ad un sensibile, vistoso allungamento del catalogo dei diritti (e, dunque, al riconoscimento di "nuovi")<sup>28</sup>.

tivo (segnatamente, riguardanti i diritti), tra le quali quella di cui all'art. 117, VII c.

<sup>26</sup> V., al riguardo, l'"amara" constatazione di recente fatta da E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee*, cit., 152, nella parte in cui rileva che, senza il sussidio venuto dalle Carte internazionali dei diritti (e dalle relative Corti), molti diritti non sarebbero stati adeguatamente protetti con le sole forze di cui la Costituzione dispone.

<sup>27</sup> A parer mio, il riconoscimento dei diritti ad opera delle Carte internazionali, pur non essendo scevro di inconvenienti anche assai gravi, va comunque salutato con favore, vuoi per l'effetto di liberalizzazione e, per riprender la formula dell'art. 11, "pacificazione" che se ne può avere al piano delle relazioni internazionali e vuoi per la sana competizione che esso può alimentare tra legislatore e legislatore, nonché tra questi e i giudici, nella gara a chi offre di più e di meglio al servizio dei diritti stessi. Il fatto poi che possano crescere le occasioni di conflitto con gli stessi diritti costituzionali, pur richiedendo di non essere sottovalutato, può ugualmente tradursi in un loro maggiore appagamento (e, in fin dei conti, come si diceva, nella salvaguardia della dignità), nella pur sofferta ricerca delle soluzioni più adeguate ai singoli casi.

<sup>28</sup> Ed è anche in considerazione di ciò che, riprendendo ora una tesi a me cara, rinnovo qui l'invito a recepire le Carte internazionali con legge costituzionale, ricongiungendo in tal modo forma

In secondo luogo, va avvertito che, diversamente da quanto talora affermato in dottrina, il riconoscimento della competenza statutaria in ordine alla previsione dei diritti non può considerarsi implicito nel mero fatto che lo statuto stesso vede la luce con procedura aggravata.

Il sillogismo sarebbe il seguente. Se si vede nella legge regionale “comune” una fonte idonea a dare la disciplina dei diritti, sia pure nei limiti segnati dalla disciplina statale sui “livelli”, *a maggior ragione* lo sarebbe lo statuto, quale fonte apicale dell’ordinamento regionale, vincolante la legge stessa e, comunque, da essa non derogabile.

Nulla, tuttavia, esclude che la procedura peculiare stabilita per la formazione dello statuto (e le sue successive modifiche)<sup>29</sup> si debba agli oggetti parimenti peculiari che la fonte è chiamata a disciplinare, tra i quali non rientrano *ex professo* i diritti<sup>30</sup>, né che il rapporto tra statuto e legge regionale sia, del tutto o in parte, di separazione delle competenze<sup>31</sup>.

4. *Segue: Il fondamento della disciplina volta a dare (non già il riconoscimento ma) la tutela dei diritti va rinvenuto nella vocazione degli statuti a rappresentare, nel modo più immediato e genuino, l’identità regionale ed a dare dunque voce all’autonomia, intesa, ancora prima che come potere, come servizio alla comunità regionale*

In realtà, non si comprendono le norme regionali sui diritti (statutarie in primo luogo e, quindi, legislative) se non si fa costante e fermo riferimento all’*identità* della Regione: della Regione come istituto e della singola Regione<sup>32</sup>.

---

e materia costituzionale. L’inconveniente di maggior peso che infatti può aversi dall’affollamento crescente delle Carte è che esse acquistino giuridico rilievo in ambito interno per effetto della volontà politico-normativa manifestata, in via di principio, dalla sola maggioranza di turno, laddove è da presumere che la nascita delle leggi costituzionali si debba all’incontro delle volontà di maggioranza ed opposizioni (sappiamo che non sempre è stato così ma così – ad opinione mia e di molti – sempre invece dovrebbe essere, secondo modello). Una volta poi che le Carte siano state rese esecutive con le forme stabilite nell’art. 138, potrà pianamente ammettersi (anche dalla più cauta o diffidente dottrina) che esse possano partecipare ad armi pari ad operazioni di bilanciamento coi diritti originari, stabiliti in Costituzione.

<sup>29</sup> Neppure un cenno può qui farsi ai non pochi né lievi problemi che la procedura stessa ha posto (specie per l’aspetto dei controlli), in relazione ai quali è venuta a formarsi una giurisprudenza fortemente discussa ed a mia opinione ancora in via di assestamento.

<sup>30</sup> ... salvo appunto ad accedere alle tesi, sopra richiamate, che li riportano, rispettivamente, alla forma di governo ed ai principi di funzionamento.

<sup>31</sup> Su ciò, un cenno a breve.

<sup>32</sup> Numerosi negli statuti i riferimenti all’identità (indicazioni in A. BERTELLI, *Cultura, culture, identità negli statuti regionali*, in AA.VV., *L’attuazione statutaria delle Regioni. Un lungo cammino*, a cura di E. Catelani, Torino, 2008, 33 ss.). Vede nella promozione e salvaguardia di quest’ultima il

L'identità fa, infatti, tutt'uno con l'autonomia: la prima è un *prius* della seconda, costituendone il sostrato che la sorregge e ne giustifica il riconoscimento; è, però, anche il *posterius*, dal momento che è l'autonomia, nelle sue più salienti manifestazioni giuridiche, a conformare e riconformare senza sosta l'identità stessa, a rimetterla a punto, realizzarla, salvaguardarla.

L'autonomia ha, dunque, la sua specifica ragion d'essere nel suo rendere testimonianza all'identità e, unitamente a ciò, nel consentirne l'incessante rigenerazione e la integra trasmissione nel tempo. V'è però un'ulteriore ragione, alla prima strettamente, inscindibilmente legata, che rimanda al modo stesso di essere e di divenire dell'autonomia. Quest'ultima, infatti, rileva non tanto al piano della organizzazione, dell'apparato governante, quanto a quello dell'attività, per il tramite della quale l'apparato stesso entra a contatto con la comunità governata<sup>33</sup>. Ed è proprio qui che si coglie l'essenza dell'autonomia: nel suo porsi, più (e prima ancora) che come *potere*, come *servizio* nei riguardi dei bisogni più largamente ed intensamente avvertiti in seno alla comunità<sup>34</sup>, la quale poi – tengo a precisare – va intesa non già riduttivamente, quale *communitas civium*, bensì in senso largo, comprensivo anche dei non cittadini residenti nel territorio regionale, in ragione del vincolo che al territorio stesso li lega e che li rende partecipi delle vicende dell'istituzione regionale<sup>35</sup>.

Al piano dei diritti fondamentali – non è superfluo qui precisare – non può aversi discriminazione alcuna su basi soggettive: i diritti stessi o sono riconosciuti in egual misura a tutti oppure, semplicemente, non sono<sup>36</sup>. Il tratto della “fondamentalità” implica l'eguaglianza del trattamento ed è allo stesso tempo da questa confermato ed avvalorato; ciò che si rende palese ed apprezza in modo

---

modo più adeguato al fine della “costruzione di un'identità nazionale plurale” E. Rossi, *Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali*, cit., 62.

<sup>33</sup> ... per quanto – come si sa – l'organizzazione si ponga come condizione dell'attività, per come l'una è fatta avendosi poi riflessi immediati in occasione dello svolgimento dell'altra.

<sup>34</sup> Mi sono sforzato di declinare l'autonomia non già in chiave meramente soggettivo-istituzionale bensì anche (e soprattutto) in chiave assiologico-oggettivo, nei termini del servizio di cui si fa qui pure parola, nel mio *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, VI, 2, *Studi dell'anno 2002*, Torino, 2003, 307 ss.

<sup>35</sup> Sul significato del territorio, specie nella presente congiuntura segnata dalla globalizzazione, v., di recente, il corposo studio di A. Di MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010; con specifico riguardo alla sua rappresentanza, v., poi, I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, 2010.

<sup>36</sup> Ce lo rammenta, ancora di recente, Corte cost. sent. n. 61 del 2011, dove, nondimeno, in linea con un consolidato indirizzo della stessa giurisprudenza, si distingue il trattamento riservato ai cittadini ed agli stranieri regolari da un canto, agli irregolari dall'altro, ai quali ultimi i diritti fondamentali sono garantiti unicamente nel loro “nucleo duro”. Su ciò, ora, la densa riflessione di C. SALAZAR, *Leggi statali, leggi regionali e politiche per gli immigrati: i diritti dei “clandestini” e degli “irregolari” in due recenti decisioni della Corte costituzionale (sentt. nn. 134 e 269/2010)*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli, 2011, cui si deve un'argomentata disamina critica della giurisprudenza costituzionale.

esemplare sol che si pensi che è per il tramite del riconoscimento (e, più ancora, dell'effettivo godimento) dei diritti fondamentali che si realizza e tutela la dignità della persona umana<sup>37</sup>. È la comunanza di vita, insomma, che sostiene e giustifica il comune riconoscimento dei diritti (a mia opinione, anche di quelli c.d. "politici"<sup>38</sup>). L'esperienza offre, peraltro, ripetute, convergenti testimonianze del fatto che proprio questa è la strada giusta da imboccare con decisione, per quanto sia ancora assai lungo il tratto che manca per raggiungere la meta (ma, su ciò, a breve)<sup>39</sup>.

Questo discorso porta naturalmente a distinguere – come già si avvertiva all'inizio di questa riflessione – tra il *riconoscimento* e la *tutela* (anche normativa) dei diritti. L'uno non può che venire da una fonte (costituzionale per antonomasia) idonea, per capacità di escursione di raggio e profondità di effetti, a coprire senza distinzione alcuna l'intero territorio della Repubblica: dunque, solo la Costituzione o altre Carte, esse pure dotate di generale valenza, possono darne la prima, essenziale, necessaria disciplina. L'altra, invece, in quanto volta

---

<sup>37</sup> Si tenga a mente, al riguardo, quanto si è dietro osservato in merito alla natura della dignità quale diritto fondamentale e, a un tempo, fondamento dei diritti fondamentali restanti.

<sup>38</sup> La questione è – come si sa – animatamente discussa (hanno fatto, ancora non molto tempo addietro, il punto su di essa G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 392 ss. e C. LUCIONI, *Cittadinanza e diritti politici. Studio storico-comparistico sui confini della comunità politica*, Roma, 2008, spec. 312 ss.; v., inoltre, il dibattito svoltosi in occasione del convegno di Cagliari del 2009 su *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, a cura dell'AIC, Napoli 2010, ed *ivi*, part., la relazione di B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, 133 ss.; adde T.F. GIUPPONI, *Stranieri e diritti politici*, in *Scritti in memoria di F. Fenucci*, I, a cura di A. Barbera, A. Loiodice, M. Scudiero e P. Stanzone, Soveria Mannelli 2010, 217 ss.; A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio, Milano 2010, 427 ss.; D. SARDO, *Il dibattito sul riconoscimento del diritto di voto agli stranieri residenti*, in AA.VV., *Dossier Immigrazione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); A. SCIORTINO, *Migrazioni e trasformazioni della partecipazione politica. Una riflessione sul riconoscimento del diritto di voto ai non cittadini stabilmente residenti*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, VI, Milano 2010, 3025 ss.); ed è inverso tutta da verificare la congruità interna della soluzione che spiana la via al riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo in ambito locale e invece lo nega per l'ambito regionale e nazionale, ove si convenga a riguardo del fatto che il rapporto che viene a costituirsi tra elettore ed eletto è, *in ogni caso*, di rappresentanza politica.

<sup>39</sup> Indicazioni a riguardo dei diritti riconosciuti dalla legislazione regionale ai non cittadini, specie agli extracomunitari, in F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Ist. fed.*, 5/2008, 557 ss.; R. ARENA-C. SALAZAR, *I "soggetti deboli" nella legislazione regionale calabrese*, in AA.VV., *Istituzioni e proposte di riforma*, cit., 185 ss. e ancora C. SALAZAR, *Leggi regionali sui "diritti degli immigrati", Corte costituzionale e "vertigine della lista": considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal Governo in via principale*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 392 ss. In giurisprudenza, di recente, oltre alla sent. n. 61 del 2011, sopra richiamata, v. Corte cost. n. 40 del 2011.

a specificare-attuare la disciplina in parola può venire anche da altre fonti (per ciò che qui interessa, dagli statuti); ed è proprio grazie a quest'ultima che si fa e rinnova l'identità, si fa cioè l'autonomia, nella cornice insuperabile dell'unità<sup>40</sup>.

La questione del riparto interno al sistema regionale delle fonti viene, poi, in un certo senso, *dopo*; per quanto, come qui pure s'è tenuto ad evidenziare, di notevole rilievo, è pur sempre di secondo piano rispetto alla questione cruciale relativa a ciò che è (e che fa), *in sé e per sé*, possiamo ormai dire, l'*identità-autonomia*.

Ora, per chiudere sul punto, appare invero a dir poco singolare che da taluno si dubiti che proprio la fonte per antonomasia espressiva dell'*identità-autonomia* della Regione, lo statuto, possa a pieno titolo e con centralità di posto immettersi nei processi di produzione giuridica in seno ai quali prendono forma, in ambito locale, i diritti. Altra cosa è poi ciò che s'è fatto e come lo si è fatto allo scopo di dare voce all'identità stessa; e su ciò di qui a breve si svolgeranno succinte notazioni a chiusura di questa riflessione.

Quel che è certo è che poco o nessun senso hanno – qui ha invero ragione una certa critica ricorrente fatta agli statuti – formule inutilmente ripetitive, alle volte per filo e per segno, del dettato costituzionale<sup>41</sup>, afflitte da una retorica sconclusionata, complessivamente incapaci di cogliere e rappresentare la specificità dell'identità regionale. Cosa diversa è che, invece, si riesca a proporre una rilettura *temporis ratione* aggiornata degli enunciati costituzionali e adeguata al peculiare contesto della singola Regione. Ciò che poi potrebbe giovare a quella ricarica semantica degli enunciati relativi ai diritti che senza sosta si intrattiene pure con riguardo a documenti adottati a “livelli” diversi, provvisti di forma e di effetti parimenti diversi.

Il principio affermato dalla giurisprudenza (nel modo più efficace, da Corte cost. n. 388 del 1999), secondo cui Costituzione e Carte internazionali dei diritti “si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione”, può altresì valere – a me pare – anche con riguardo agli statuti, coinvolgendo gli statuti stessi nel circolo ermeneutico, sì da trarre frutti ancora più copiosi e succosi dal giardino in cui crescono le piante dei diritti, numerose e di varia natura, tutte nondimeno egualmente idonee a dare i frutti stessi, se coltivate come si conviene.

---

<sup>40</sup> Ammette che unicamente al piano dell'attuazione dei diritti costituzionali possano costruirsi “solide e percepibili identità regionali diverse” P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *Le Regioni*, 1-2/2005, 27 ss. (e 29 per il riferimento testuale).

<sup>41</sup> Di “cloni statutari di norme costituzionali” e veri e propri “plagi” discorre A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, in AA.VV., *I nuovi Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, a cura dello stesso D'A., Milano, 2008, rispettivamente, 62 e 65, ma trattasi di avviso, nella sostanza, largamente diffuso, dividendosi quindi gli studiosi tra coloro che giudicano la cosa meramente inopportuna e coloro che invece la vedono come pericolosa (*ex plurimis*, R. TOSI, *Le “leggi statutarie” delle Regioni ordinarie e speciali: problemi di competenza e di procedimento*, in AA.VV., *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2001, 64 ss. e R. BIN, *Nuovi statuti e garanzie dei diritti*, in *Ist. fed.*, 2/2003, 195 ss.).

5. *Le temute interferenze tra la disciplina statutaria e le discipline legislative sui diritti e i modi del loro possibile superamento*

Si dispone ormai degli elementi sufficienti a giustificazione della disciplina statutaria sui diritti, come pure però dei suoi limiti. Occorre, tuttavia, ulteriormente approfondire proprio quest'ultimo punto, laddove a conti fatti si mette alla prova la capacità di tenuta del modello costituzionale, la sua effettiva attitudine a dare un orientamento (se non pure un ordine) alle più salienti espressioni della pratica giuridica.

La questione riguarda specificamente le possibili, temute interferenze tra statuti e leggi, statali in primo luogo e, a seguire, regionali.

Sul punto, si è avuto, come si sa, un acceso dibattito, i cui termini essenziali non possono ora essere neppure in sunto rappresentati. Per la mia parte, vorrei, tuttavia, cominciare col dire che esso va largamente ridimensionato, l'interferenza suddetta apparendo invero di assai remoto riscontro *quoad obiectum*, sia teoricamente che praticamente.

Già all'indomani del varo dei primi statuti si è fatto notare da un'avvertita dottrina<sup>42</sup> come molte delle norme "programmatiche" – come al tempo ancora si chiamavano e che, forse, si farebbe ormai meglio a chiamarle "promozionali" – costituissero la parte più "velleitaria ed improduttiva di tutta la disciplina statutaria", mentre altri ha rilevato come molti enunciati fossero in realtà delle vuote espressioni, per loro natura prive dell'attributo della prescrittività<sup>43</sup>. Ed è bensì vero che, in via di principio, altro sono le norme c.d. programmatiche ed altra cosa le statuizioni relative ai diritti; e, tuttavia, per un verso, si ha una larga sovrapposizione delle une rispetto alle altre, le seconde risultando – perlomeno in molti casi – racchiuse nelle (e *quodammodo* assorbite dalle) prime, mentre, per un altro verso, tutte risultano accomunate appunto dal loro carattere (latamente) sostantivo, pur laddove si tratti di diritti riguardanti l'organizzazione.

Sta di fatto che il fitto contenzioso registratosi al piano dei rapporti Stato-Regioni (specie, ma non solo, per effetto dell'esercizio, da una parte e dall'altra, di *actiones finium regundorum* alimentate in modo vistoso dalle incerte e in qualche caso traballanti espressioni del nuovo Titolo V) è venuto a determinarsi principalmente in occasione della produzione delle leggi, gli statuti es-

<sup>42</sup> L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova 1973, 40.

<sup>43</sup> A. D'ATENA, *I nuovi statuti*, cit., 59 s.

<sup>44</sup> ... al di fuori dei pochi casi in cui sono stati espressamente impugnati, in occasione della loro adozione (su queste esperienze, per tutti, A. CARDONE, *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Milano, 2007, e I. CARLOTTO, *Il procedimento di formazione degli Statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, 2007). Non si sono, tuttavia, avute dichiarazioni d'illegittimità derivata, conseguenti alla caducazione di leggi, in quanto a loro volta attuative degli statuti. Il punto mi parrebbe degno di nota.

sendo, in buona sostanza, rimasti tagliati fuori dalle vicende processuali<sup>44</sup>, *proprio perché* considerati a conti fatti innocui, ininfluenti. È vero che questo può spiegarsi, dal 2004 in avanti, col nuovo corso inaugurato dalla giurisprudenza, cui si è sopra accennato, che ha fatto luogo alla “denormativizzazione” – come ho ritenuto altrove di chiamarla – per l’aspetto ora considerato, degli statuti<sup>45</sup>. E, tuttavia, si tratterebbe di una spiegazione comunque parziale, non in tutto persuasiva: vuoi per la ragione che la giurisprudenza può mutare orientamento, sotto la pressione di operatori che in esso non si riconoscano, sempre che ovviamente si abbia da parte di questi ultimi una ferma e convinta opposizione nei riguardi dei verdetti della Consulta, e vuoi perché – è qui il nocciolo della questione – nei fatti non si rinviene negli statuti il terreno sul quale far svolgere il confronto (e, se del caso, lo scontro) politico tra le ragioni dell’unità e quelle dell’autonomia. La partita da cui dipendono le sorti del riparto delle competenze, al piano del diritto vivente, non la si gioca insomma coinvolgendo in campo gli statuti bensì lasciando che il tiro alla fune lo facciano le sole leggi (ed altri atti ancora).

In astratto, ad ogni buon conto, l’interferenza della disciplina statutaria con quella delle leggi statali potrebbe ugualmente aversi; ed è proprio in considerazione di essa che si sono quindi ricostruiti i rapporti tra gli statuti stessi e le leggi regionali.

Ammettendosi, infatti, in premessa, che i soli vincoli per le fonti di autonomia sono quelli discendenti dalle leggi statali a ciò espressamente abilitate, è venuto naturale distinguere tra potestà concorrente e potestà “piena” (o, meglio “residuale”): per la prima, il limite resterebbe dunque circoscritto alla osservanza dei soli “principi fondamentali” delle leggi statali, davanti ai quali la disciplina statutaria sarebbe pertanto tenuta, in caso d’incompatibilità, a recedere (per difetto di competenza<sup>46</sup>); per la seconda, di contro, le leggi regionali si troverebbero obbligate a conformarsi alle sole indicazioni statutarie, se non altro per la ragione che si assisterebbe altrimenti ad una deroga *di fatto* dello statuto stesso, in violazione della procedura aggravata stabilita nell’art. 123.

La sovraordinazione dello statuto sulle leggi regionali è poi certa con riguardo agli oggetti di esclusiva spettanza dello statuto stesso (in una parola, all’organizzazione), oggetti che non potendo essere minutamente disciplinati dalla fonte statutaria è naturale che quindi lo siano, in svolgimento delle scarne

---

<sup>45</sup> Riprendo qui, ancora una volta, un’espressione da me coniata in sede di primo commento alle pronunzie in parola (v., dunque, il mio *La Corte, la “denormativizzazione” degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2005, 41 ss.).

<sup>46</sup> Quest’inquadramento non è stato – come si sa – fatto proprio da quella giurisprudenza, sopra già richiamata, che ha ritenuto prive di rilievo giuridico le norme statutarie “programmatiche”, malgrado che fossero giudicate come esorbitanti dalla competenza degli statuti stessi (tornano ora ad intrattenersi sul punto anche G. D’ELIA e L. PANZERI, *I contenuti ulteriori degli Statuti d’autonomia delle Regioni italiane e delle Comunità Autonome*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2009, 1581 ss.).

ed essenziali indicazioni da essa date, dalla legge (o da altri atti ancora, quali i regolamenti appunto di organizzazione<sup>47</sup>).

Non persuade al riguardo l'opinione, pure finemente argomentata<sup>48</sup>, secondo cui essendo agli statuti espressamente rimessa la posizione dei "principi fondamentali" di organizzazione e funzionamento, se ne avrebbe un rapporto di separazione delle competenze tra i principi stessi e le regole quindi fissate con legge.

In disparte, infatti, la circostanza per cui è, in via generale, assai scivoloso l'accertamento del punto in cui dai principi si trapassa alle regole ovvero dalle seconde si ascende ai primi, nessuna separazione di competenze può al riguardo intravedersi tra gli atti in discorso *proprio perché* entrambi afferenti a quell'organizzazione la cui complessiva conformazione è rimessa in prima battuta allo statuto. Più semplicemente, è qui da prendere atto del fatto che le previsioni statutarie non possono, *per loro natura*, spingersi in eccessivi dettagli, di cui è altra la sede: *il limite, insomma, come vado dicendo da tempo, è – semmai<sup>49</sup> – di ragionevolezza, non di competenza.*

Il vero è che la tesi che fa leva sulla articolazione in tipi delle potestà legislative regionali, ora affermando ed ora invece negando la sussistenza del vincolo discendente dalle norme statutarie sostantive, pur racchiudendo – a me pare – un fondo di verità, espone il fianco ad almeno due facili, inoppugnabili rilievi, peraltro ampiamente avvalorati dall'esperienza.

Per un verso, infatti, l'articolazione in parola, benché senza dubbio fondata in Costituzione (tanto per l'impianto originario quanto per quello rifatto nel 2001), versa ormai in uno stato di palese sofferenza<sup>50</sup>, una volta che si convenga

<sup>47</sup> Non è poi di qui riprendere la vessata questione circa il fondamento e i limiti della disciplina statutaria dell'ordine regionale delle fonti, in specie della eventuale posizione di riserve di regolamento, segnatamente nella materia dell'organizzazione.

<sup>48</sup> Sopra tutti, A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, in Id., *L'Italia verso il federalismo. Taccuini di viaggio*, Milano, 2001, 190.

<sup>49</sup> Dubito nondimeno che abbia mai modo di farsi concretamente valere, che possa cioè un domani assistersi alla caducazione di norma statutaria per il mero fatto di essere affetta dal vizio di... *eccesso di norme.*

<sup>50</sup> Basti solo pensare al lento ma inesorabile declino cui sembra ormai condannata da una impietosa giurisprudenza la potestà legislativa regionale cui fa riferimento il IV c. dell'art. 117 [su ciò, tra i molti altri, S. PARISI, *Potestà residuale e "neutralizzazione" della riforma del Titolo V*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1597 ss. e, pure *ivi*, IV, M. RUOTOLO, *Le esigenze unitarie nel riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni: attuazione giurisprudenziale del Titolo V e prospettive di (ulteriore) riforma*, 2055 ss.; F. BENELLI-R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 6/2009, 1185 ss. Notazioni di vario segno, poi, in molte delle relazioni e degli interventi al convegno su *Dieci anni dopo*, cit., e spec. nei contributi di S. PARISI, *La competenza residuale. Compiti normativi nelle materie statali*, e F. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, nonché in altri ancora consultabili in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)].

– come devesi – che l'unico, effettivo piano al quale si apprezza e verifica la rispondenza delle leggi (sia statali che regionali) alla competenza di cui sono tenute a farsi espressione, è quello degli *interessi*, dalla loro effettiva (e però continuamente cangiante) natura a conti fatti dipendendo la validità degli atti che ad essa si conformino (e, di riflesso, l'invalidità di quelli che da essa si discostino o che, peggio ancora, ad essa frontalmente si oppongano).

Per un altro verso, poi, la stessa potestà “piena” – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – veramente piena non è, a motivo della diffusione sopra gli ambiti in cui essa si svolge delle norme statali espressive di competenza trasversale, con la cui disciplina la disciplina statutaria può, in astratto, interferire. E poiché il valore di unità informa di sé l'intero ordinamento, ecco che in via di principio non v'è campo materiale di esperienza normativa che possa considerarsi immune dagli interventi delle leggi statali che, per loro indeclinabile vocazione, offrono prestazioni di unità, interventi che, peraltro, possono spiegarsi anche in forme significativamente incisive (tanto a mezzo di norme di principio quanto con norme di dettaglio, insomma) e che nondimeno – si faccia caso – non possono, per la loro parte, mostrarsi insensibili ai frutti normativi più maturi e succosi della cultura giuridica in fatto di salvaguardia dei diritti, alla cui formazione gli stessi statuti sono chiamati a dare il loro fattivo apporto<sup>51</sup>.

Per un altro verso ancora, il valore di unità, che è – si badi – cosa ben diversa da una piatta, incolore uniformità delle discipline, piuttosto l'unità stessa costruendosi e senza sosta rinnovandosi all'insegna di una *ragionevole* diversificazione<sup>52</sup>, non è estraneo, proprio a motivo della sua attitudine ad attraversare e pervadere ogni ambito di esperienza, alla stessa disciplina dell'organizzazione regionale. La qual cosa poi, ovviamente, non sta a significare che le norme statali possano assumere quest'ultima ad oggetto di regolazione *in modo diretto e specifico* ma solo che esse, laddove *immediatamente e necessariamente* serventi il valore di unità<sup>53</sup>, vadano ugualmente tenute presenti al momento

---

<sup>51</sup> Su questo terreno (e per l'aspetto ora considerato) la circolarità dell'esperienza giuridica trova una delle sue più espressive testimonianze, le “tradizioni statutarie comuni” – per dir così, mutuando ed adattando una formula, come si sa, in altro contesto e ad altri fini coniata –, e non già ovviamente i singoli statuti, ponendosi per la loro parte a punto di riferimento e d'ispirazione della progettazione normativa in ambito statale volta a limitare l'autonomia regionale.

<sup>52</sup> Sulle strutturali differenze tra unità (ed omogeneità) da un canto, e uniformità dall'altro, indicazioni possono aversi, oltre che da M. OLIVETTI, *Nuovi statuti*, cit., spec. 44 ss., da E. GRIGLIO, *Principio unitario e neo-politico. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Padova, 2008.

<sup>53</sup> Come poi individuare le norme che presentino siffatta destinazione di scopo è una somma questione di ordine teorico-pratico, alla quale non può adesso farsi cenno; è certo, nondimeno, che, come sempre, in ultima istanza è affare della giurisprudenza rispondere alla domanda: a conferma del fatto che le vicende della normazione sono refrattarie a lasciarsi ingabbiare entro schemi di formale fattura, quale quello usuale della separazione, piuttosto affidandosi alla loro storicizzazione complessiva.

della definizione, in autonomia, dell'organizzazione suddetta. Non si spiegherebbe altrimenti il riferimento al limite dell'"armonia" con la Costituzione, di cui è fatta parola nell'art. 123, limite che – senza riprendere ora neppure per un momento le vessate questioni che l'hanno riguardato, rese peraltro ancora più complesse, inestricabili, da una discussa (e discutibile) giurisprudenza<sup>54</sup> – rimanda di certo, per la sua parte, all'osservanza delle norme riguardanti i diritti, valevoli per l'intero territorio della Repubblica.

L'unità – s'è qui pure tenuto a precisare – non è infatti neppure concepibile qualora i componenti l'intera collettività dovessero disporre di un patrimonio differenziato di diritti fondamentali e di doveri ugualmente fondamentali<sup>55</sup>, per questo verso avendosi così conferma del fatto che i principi di base dell'ordinamento (e, tra questi, in specie, quelli di cui agli artt. 2, 3 e 5 cost.), *proprio perché tali*, sono concettualmente e positivamente inautonomi, ciascuno di essi rimandando agli altri e tutti assieme prendendo appunto forma col fatto stesso di alimentarsi semanticamente l'un l'altro, dandosi così mutuo sostegno specie nel corso delle più sofferte esperienze dell'ordinamento stesso.

6. *Norme statutarie sui diritti in materia di organizzazione e norme a questa estranee, idonee a valere nel rispetto delle norme statali poste a presidio dell'unità ovvero in via "sussidiaria", in caso di mancanza delle stesse*

Vediamo dunque di tirare le fila dalle notazioni fin qui svolte.

La competenza statutaria a porre, nel limite dell'"armonia" sopra indicato (e, perciò, nella cornice dell'unità), norme sui diritti relativamente agli ambiti dell'organizzazione è fuori discussione, altrimenti la stessa organizzazione resterebbe monca di alcuni suoi elementi essenziali (si pensi, sopra ogni cosa, alle garanzie in ordine alla partecipazione politica, che danno sostanza al valore democratico<sup>56</sup>); e, per questa parte, parimenti fuori discussione è il vincolo dalle

---

<sup>54</sup> Mi riferisco ora in special modo alla sibillina (diffusamente e variamente commentata) affermazione fatta da Corte cost. n. 304 del 2002, nella parte in cui ha chiamato gli statuti all'osservanza, oltre che delle singole disposizioni della Carta costituzionale, del suo (non meglio precisato) "spirito".

<sup>55</sup> In ciò le vicende di casa nostra convergono, nelle loro più salienti espressioni, con quelle che si affermano altrove (rammento qui, per tutte, la recente giurisprudenza del tribunale costituzionale spagnolo sullo statuto catalano, dove con molta fermezza e chiarezza si è tenuto a ribadire essere uno per l'intero territorio statale il patrimonio dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti).

<sup>56</sup> In merito a ciò che è stato fatto nella legislazione regionale per dar voce al bisogno di partecipazione, indicazioni possono aversi da A. VALASTRO, *Gli strumenti e le procedure di partecipazione nella fase di attuazione degli statuti regionali*, in *Le Regioni*, 1/2009, 77 ss. e, della stessa, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, in AA.VV., *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, a cura della stessa V., Napoli 2010, 38 ss. Va

norme stesse espresso a carico delle leggi regionali chiamate a dare svolgimento alle indicazioni statutarie.

Al di fuori dell'ambito dell'organizzazione (pur largamente inteso) le norme sostantive degli statuti hanno ugualmente modo di affermarsi e farsi valere, in quanto per la loro parte serventi l'identità-autonomia, a condizione che non incrocino norme statali adottate a presidio dell'unità, *quali che siano gli ambiti materiali dalle une e dalle altre norme coperti, nonché i tipi di potestà legislative in esercizio della quale le norme stesse siano prodotte*. Nel rispetto ovvero in difetto delle norme statali serventi l'unità, l'indirizzo per la normazione locale può poi venire di certo dagli statuti, sempre che questi ultimi si dotino di enunciati strutturalmente idonei a darlo e non si esprimano dunque con un linguaggio fin troppo cauto e sibillino, sostanzialmente incapace d'incidere sui processi politico-normativi che s'impiantano e svolgono in ambito locale, di "mordere" cioè una politica che va facendosi sempre più smaliziata ed aggressiva, tutta protesa ad assecondare la propria irresistibile vocazione a debordare da ogni regola, persino da quelle che essa stessa si dà.

Insomma, perlomeno un ruolo "sussidiario" sembra doversi riconoscere a beneficio della disciplina statutaria sui diritti, secondo quanto peraltro già una risalente giurisprudenza considerava adeguato a tale disciplina<sup>57</sup>. Ed è bensì vero che, al tempo, gli statuti erano approvati con legge dello Stato, tant'è che una risalente (ma complessivamente deformante) ricostruzione, di marcato taglio formalistico, annoverava gli statuti tra le leggi statali *tout court*, nel mentre secondo un'altra, assai nota, raffigurazione essi erano piuttosto da considerare atti sostanzialmente "complessi", siccome frutto dell'incontro delle volontà di Stato e Regione. Non si trascuri tuttavia l'opposta visione di quanti (e, come si sa, si trattava di un nutrito drappello di studiosi) piuttosto li annoverava tra le "leggi" regionali, seppure espressive di una competenza complessivamente tipizzata sia per l'aspetto formale-procedimentale che per quello sostanziale. Oggi, comunque, che gli statuti sono stati *pleno iure* "regionalizzati", sembra esclusa l'eventualità che ai loro "principi fondamentali" possa attingersi in sede di esercizio della competenza concorrente. A rigore, anzi, parrebbe doversi distinguere tra vecchi e nuovi statuti: gli uni, siccome già riconosciuti idonei ad esprimere i "principi" in parola, potrebbero seguire a costituire punto di riferimento delle leggi regionali, diversamente dagli altri che, sopravvenuti alla riscrittura dell'art. 123, non potrebbero più esserlo.

Ci si avvede, tuttavia, subito di quanto sia arduo proseguire lungo quest'itinerario argomentativo.

---

nondimeno avvertito che, malgrado talune realizzazioni al riguardo avutesi, i risultati – come si dirà meglio a breve – appaiono essere complessivamente deludenti. D'altronde, non sempre un metodo buono porta frutti parimenti buoni, laddove faccia poi difetto la capacità di risolvere problemi annosi e, in genere, di progettare lo sviluppo della società.

<sup>57</sup> Si rammenti, ad es., quanto affermato da Corte cost. sent. n. 10 del 1980.

In un contesto ormai profondamente segnato, ad ogni livello di esperienza (anche a quello delle relazioni interordinamentali, e segnatamente con l'Unione europea), dalla fluidità e mobilità dei riparti delle competenze, soggetti a continuo rifacimento in ragione della parimenti mobile natura degli interessi, all'insegna dei principi di sussidiarietà e cooperazione (che, poi, nei fatti si traducono proprio in quella integrazione delle competenze, cui si è sopra fatto cenno), non concedere agli statuti l'opportunità di porsi a parametro (sia culturale che positivo) della normazione regionale appare essere un'operazione di retroguardia, votata a sicuro insuccesso.

V'è di più. Proprio perché l'unità si fa e rinnova – come suol dirsi – *dal basso*, attraverso la valorizzazione, nella misura massima consentita dalle condizioni oggettive di contesto, dell'autonomia, la stessa legislazione statale specificamente adottata al servizio dell'unità non può ignorare – come si è dietro avvertito – le “*tradizioni statutarie comuni*”<sup>58</sup>, per il cui tramite dunque si esprime una complessiva tendenza culturale nella quale si rispecchia una lettura aggiornata della tavola dei valori costituzionali, frutto della sofferta ricerca di sintesi ad ogni modo appaganti tra unità ed autonomia.

È qui, dunque, la radice da cui si tengono ed alimentano le norme statutarie sui diritti, ciò che – al di là di ogni, diversamente orientato, discorso – ne dà la prima, più genuina e salda giustificazione.

#### 7. *I diritti nella prassi, overosia l'identità-autonomia ancora oggi all'affannosa, sofferta ricerca dei modi più adeguati per farsi valere*

Gli esiti offerti dalla pratica – anche andando oltre le pur innegabili carenze esibite, sia per espressione linguistica che per contenuti, dagli statuti – sono, tuttavia, assai deludenti, in qualche caso persino sconcertanti. Se ci si chiede a cosa sono, in buona sostanza, serviti gli statuti, quale l'orientamento da essi dato alla normazione (ed alla stessa amministrazione), è difficile rimuovere il senso di profondo disagio e vero e proprio avvilitamento che affligge a seguito della osservazione dell'esperienza<sup>59</sup>.

Un'avvertenza va però subito fatta; e, per quanto non sia di consolazione alcuna, ugualmente induce ad una generale, disincantata riflessione sul senso

---

<sup>58</sup> Riferimenti a riguardo delle formule statutarie maggiormente ricorrenti possono, tra gli altri, aversi da E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata 2007, spec. 255 ss.

<sup>59</sup> È dunque vero che “la stragrande maggioranza dei cittadini” – come fa giustamente notare P. CARROZZA, *Il welfare regionale tra uniformità e differenziazione: la salute delle Regioni*, in AA.VV., *I principi negli statuti regionali*, a cura di E. Catelani ed E. Cheli, Bologna 2008, 22 – “non si aspettano dagli statuti (regionali o locali che siano) norme decisive per la sua esistenza”.

complessivo dell'autonomia regionale, di quella di ieri come pure di quella di oggi<sup>60</sup>. Ed è che lo scarto tra il disegno statutario e la prassi ad esso relativa è vistoso pure con riguardo a norme di sicura spettanza dello statuto, a norme di organizzazione appunto<sup>61</sup>. Non c'è, d'altronde, da meravigliarsi. Quanta parte dello stesso disegno costituzionale, sia per ciò che attiene alla forma di governo e sia pure (e più ancora) per ciò che attiene alla forma di Stato, ha avuto modo di specchiarsi fedelmente nell'esperienza? La risposta è già nella domanda. E, ancora, è da chiedersi perché mai, a dieci anni dal varo della riforma del Titolo V, tardi a venire alla luce l'adeguamento degli statuti speciali, per effetto del quale la specialità stessa potrebbe rimettersi in testa nella corsa dell'autonomia.

Molti segni ormai si hanno, da più parti ed a più "livelli", che proprio le norme apicali dei vari sistemi normativi, quali gli statuti per quelli regionali, si considerino da una politica smaliziata (ma miope e irresponsabile), a conti fatti, inutili. Il paradosso della nostra complessiva vicenda politico-istituzionale, rivista nel suo insieme, sta proprio qui: che le riforme hanno, ormai da trent'anni, un posto fisso (anzi, proprio il primo) nell'agenda politica, essendo a parole contrabbandate come necessarie e non più rinviabili, e però, nei fatti, sono poi giudicate come buone a nulla<sup>62</sup>.

Limitando ora il discorso alle norme relative ai diritti prodotte in ambito locale, va preso atto del fatto che alle iniziali, gravi carenze al riguardo esibite dagli statuti si sommano quelle, forse ancora maggiori, delle leggi e, in genere, delle pratiche poste in essere allo scopo di dare attuazione agli enunciati statutari.

---

<sup>60</sup> Indicativo di un malessere generale il titolo di una riflessione non molto tempo addietro fatta da G. TARLI BARBIERI, con riguardo ad una questione apparentemente circoscritta ma in realtà dalle implicazioni a largo raggio: v., dunque, di quest'A., *La sentenza 322/2009 della Corte costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?*, in *Le Regioni*, 4/2010, 826 ss. V., poi, nuovamente i contributi al convegno di Bologna su *Dieci anni dopo*, cit.

<sup>61</sup> Indicazioni in AA.VV., *L'attuazione statutaria delle Regioni*, cit., nonché in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2009. L'attuazione degli statuti regionali*, a cura di P. Caretti e E. Rossi, Torino 2010.

<sup>62</sup> Mi convinco ogni giorno che passa di più che, dietro il mancato decollo delle riforme (eccezion fatta proprio di quella del Titolo V, peraltro venuta alla luce – come si sa – in modo assai fortunoso), stia non tanto il paradosso del cappone, che nessuno può obbligare a che prenda proprio lui l'iniziativa per essere messo a tavola per il pranzo di Natale, quanto il sentimento diffuso tra le forze politiche della loro sostanziale inservibilità, dal momento che, qualunque cosa le *regole* (costituzionali e non) abbiano quindi a disporre, le *regolarità* della politica troveranno pur sempre il modo per aggirarle. La qual cosa, poi, una volta di più rimanda alla questione, di cruciale rilievo, relativa al *drafting* costituzionale (e statutario), alla estensione degli enunciati formalmente e/o materialmente costituzionali, alla loro complessiva, autentica *vis* prescrittiva. Non mi stancherò di ripetere, infatti, che *la malizia del potere si combatte anche (seppure, ovviamente, non solo) con la malizia della Costituzione (e, possiamo ora aggiungere, degli statuti)*, a mezzo cioè di enunciati fatti in modo tale da mettere gli operatori politico-istituzionali con le spalle al muro, obbligarli insomma, ove intendano deviare dalle regole, ad uscire allo scoperto, senza contrabbandare – come sono soliti fare – per interpretazione-applicazione la violazione delle regole stesse.

Manca, sopra ogni cosa, la capacità di progettare lo sviluppo della società, a qualunque “livello” o ambito di esperienza, la normazione presentandosi come fortemente frammentata, strutturalmente incapace di comporsi in indirizzo politico (nell’accezione propria del termine<sup>63</sup>), siccome prodotta secondo occasione e viziata da non poca approssimazione, visibilmente inadeguata rispetto ad una domanda sociale fattasi vieppiù pressante ed esigente, specie da parte di quanti versano in condizioni di particolare difficoltà, se non di vera e propria indigenza<sup>64</sup>.

Le Regioni, poi, per ciò che specificamente le riguarda, hanno dato e quotidianamente danno ripetute prove della loro incapacità di portare il peso, particolarmente gravoso, delle responsabilità di governo della società a loro ascrivibili, ulteriormente accresciute per effetto della riscrittura del Titolo V. Va, peraltro, tenuto conto del fatto che le clausole di flessibilità del sistema dei rapporti Stato-Regioni, in special modo quelle espressive di competenze “trasversali”, sono state (e sono) strumentalmente piegate allo scopo di soffocare l’autonomia, senza che abbiano dunque giocato – come pure avrebbero potuto (e dovuto) – a beneficio dell’autonomia stessa (nella sua densa accezione, qui accolta, che la vede come strumento di diversificazione, nella cornice dell’unità, costantemente e fermamente protesa ad offrire un adeguato servizio ai bisogni della collettività stanziata sul territorio). Su di esse ha poi fatto leva una giurisprudenza troppo di frequente e in eccessiva misura preoccupata più delle ragioni dell’unità (peraltro, non di rado distortamente intese, siccome innaturalmente convertite in una piatta ed indistinta uniformità) che delle ragioni dell’autonomia<sup>65</sup>.

Certo, non dappertutto le cose sono andate così, essendosi registrata qualche isolata, lodevole eccezione, specie in alcune Regioni del Centro-Nord, dove invero le numerose buone intenzioni sono state accompagnate da qualche parimenti buona realizzazione.

Proprio riguardando all’esperienza regionale *dall’angolo visuale privilegiato, particolarmente illuminante, dei diritti*, si ha, in conclusione, conferma del fatto che le Regioni sono ancora oggi alla ricerca della loro identità, di un’autonomia non raggiunta (anche, e in primo luogo, per responsabilità imputabili alla

---

<sup>63</sup> ... per la quale mi limito qui a rimandare alla magistrale lezione teorica di T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI (1971), 134 ss.

<sup>64</sup> Con specifico riferimento a ciò che le Regioni hanno fatto e (soprattutto) non fatto a tutela dei c.d. “soggetti deboli”, v. E.A. FERIOLI, *Le disposizioni dei nuovi statuti regionali sulla tutela dei diritti sociali: tanti “proclami” e scarsa efficacia*, in AA.VV., *I principi negli statuti regionali*, cit., 45 ss., spec. 55 ss. e R. ARENA-C. SALAZAR, *I “soggetti deboli”*, cit., 161 ss. (dov’è un chiaro quadro di sintesi specificamente riguardante l’esperienza della Regione Calabria ma sorretto da pertinenti, generali rilievi di ordine teorico-ricostruttivo).

<sup>65</sup> Non sono, tuttavia, mancati i casi in cui la “trasversalità” ha giocato a vantaggio delle stesse norme regionali: si pensi, ad es., agli interventi in “materia” d’immigrazione, ai quali la giurisprudenza ha talora prestato avallo (per tutte, v. Corte cost. n. 269 del 2010 e, su di essa, la nota di C. SALAZAR, *Leggi statali, leggi regionali e politiche per gli immigrati*, cit.).

stessa classe politica locale), forse – temo – non più raggiungibile, definitivamente perduta insomma. La qual cosa, poi, come pure si avvertiva, deve indurre ad una seria, disincantata, complessiva riconsiderazione dello stesso istituto regionale che, “inventato” da un Costituente illuminato e generoso ma a conti fatti ingenuo, si è in buona sostanza dimostrato essere una “sovrastuttura”, in modo posticcio sovrapposta ad un sostrato sociale e politico inadeguato a sorreggerla, inscritta insomma in un contesto non disponibile ad accogliere l'autonomia, ad alleviarla, a farla crescere e prosperare, al servizio della comunità.

Non è di qui dire se e cosa possa ancora farsi per porre, sia pure in parte, rimedio a questo stato di cose non più tollerabile. Riguardando alla complessiva vicenda del nostro ordinamento *dal punto di vista dei diritti*, mi pare però che possa dirsi che le Regioni avrebbero dovuto essere uno dei luoghi più adeguati a far valere i diritti stessi, senza che ciò sia, al tirar delle somme, avvenuto. Un istituto regionale che, a conti fatti, si è perciò rivoltato contro... *se stesso*, la propria identità-autonomia; un istituto pensato come *necessario* a far vivere i diritti e però, allo stesso tempo, rivelatosi di pressoché *impossibile* utilizzo al loro servizio.

**UNITY-INDIVISIBILITY OF THE LEGAL SYSTEM,  
REGIONAL AUTONOMY AND THE PROTECTION  
OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

by Antonio Ruggeri

**Abstract**

The purpose of this paper is to point out that, due to its nature, the regional autonomy aims at offering a service to the community and mostly to the individual's fundamental rights through the implementation of the constitutional provisions that recognise them. The Statutes, as to the organization and the laws, as to the subjects falling into the regional sphere of competence, provide such an implementation. Finally, this contribution addresses the major shortcomings brought to light by the practical experience, which shows that the autonomy has failed to provide the protection of fundamental rights required by the Constitution.



## Derechos fundamentales y justicia administrativa

di Mario R. Spasiano

1. En el 1964, el filósofo Norberto BOBBIO observaba que “*el problema de los derechos (fundamentales) del hombre no es aquello de sus fundamentos, sino mas bien aquello de protegerlos: lo que es importante es sus efectividad*”, la que es directa consecuencia de la utilización legal del poder.

En realidad, en los últimos años se va nuevamente desarrollando una concepción iusnaturalista de los derechos fundamentales, que – si bien nace por la noble intención de la progresiva expansión de ellos mismos – presenta, sin embargo, por los menos dos riesgos: por un lado, que la excesiva proliferación de los derechos fundamentales no corresponda del todo a efectivas y reales formas de tutela; del otro, que la multitud de los valores, exentes de sólidos cimientos normativos, haga sí que algunos entre ellos, tal vez no los mas relevantes, preponderen sobre los otros (HARTMANN).

No se quiere, con esto, desestimar la circunstancia que en algunas condiciones históricas, políticas y sociales, los derechos fundamentales tienen que ser reconocidos y protegidos también prescindiendo de una específica norma de referencia, pero es evidente que, donde existen las condiciones democráticas que permiten de fijar estos derechos en una disposición de rango legislativo, este proceso va favorecido.

El poder político, en un ordenamiento democrático tiene el deber de fijar – aunque sin pretender de ser exhaustivo – sus propios valores absolutos, también con el fin de evitar que sea la jurisprudencia a suplir esta falta, sabiendo que ella non puede garantizar una disciplina completa y uniforme. Un derecho jurisprudencial que utiliza un metro de medición del los derechos fundamentales de un ordenamiento, en una condición de vacío legislativo, presenta el riesgo de formas de prevaricación de los limites propios de su función, hasta llegar a ser fuente no legitimizada de derecho, en un ordenamiento fundado sobre el principio de legalidad.

Bajo otro perfil, hoy en día, asistimos a un fenómeno capaz de producir fuertes interferencias en relación a los derechos fundamentales: se trata de la “técnica”, el desarrollo de la cual la “*eleva desde materia reglamentada a principio regulador; desde objeto a sujeto de reglamentación*” (IRTI).

En otros términos, la técnica tiende a invadir la realidad, acabando sustituyéndose al poder político; sus metas, a menudo económicamente atractivas, pero tal vez opinables bajo el perfil ético, terminan sin embargo con el crecimiento de la cantidad de aquellas situaciones jurídicas subjetivas que se autodefinen “nuevos derechos fundamentales”, solo porqué en grado de satisfacer las expectativas materiales de algunas categorías de personas.

Otra vez en ausencia de la regla, la técnica prescinde del derecho o llega a ser ella misma derecho, imponiéndose a la conciencia colectiva en ausencia de cualquier evaluación de compatibilidad con la gama de derechos fundamentales que se encuentra en las declaraciones internacionales y en muchas cartas constitucionales. De otro lado, las disposiciones legislativas no logran tener el paso a la velocidad expansiva de los así dichos “nuevos derechos”, y esto no solo en términos de enunciación, sino sobre todo, en términos de aplicación. En esta perspectiva el desarrollo (o lo que el mundo occidental define como tal) parece generar una ansia de nuevos ámbitos de tutela, mas que consolidar, explicando y ampliando el contenido y el nivel de efectividad, la tutela de tradicionales y universalmente reconocidos derechos fundamentales de la persona.

El fenómeno lleva a una búsqueda espasmódica, en la jurisprudencia, de nuevos derechos, mientras que el poder legislativo ranquea en sus lentas articulaciones institucionales, y el poder ejecutivo reivindica mayores, y no siempre controlables, ámbitos de intervención.

En esta condición, pues, asistimos en muchos ordenamientos a formas evolutivas de tipo hermenéutico, en grado de incidir profundamente sobre el contenido y los mismos límites de los derechos fundamentales de la persona, en ausencia del necesario filtro del poder político democrático.

Así, por ejemplo, en el silencio de la ley, el derecho a la vida puede transformarse en el derecho a nacer a cualquier precio, o bien en el derecho a nacer sanos; así como el derecho a rechazar tratamientos sanitarios de encarnizamiento terapéutico se transforma en el derecho a la eutanasia.

*“La dignidad de cualquier hombre está garantizada solo cuando todos los derechos fundamentales son reconocidos, tutelados y promovidos... a pesar de la diferente formulación y del diferente peso que pueden tener en el ámbito de la varias culturas”* (BENEDETTO XVI): los derechos fundamentales constituyen, de hecho, un factor universal porque están en la misma natura del hombre: pero esto no implica la falta de la exigencia de una previsión y regulación legislativa de los mismos, como única garantía de no discriminación y de un control democrático.

Se puede convenir que son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que pertenecen universalmente a cualquier persona o ciudadano, prescindiendo de su condición humana (FERRAJOLI). Y el nivel de efectividad de su tutela corresponde al nivel de civilización de un ordenamiento. Pero, nos preguntamos, ¿como se puede reconducir en síntesis y armonía impulsos (BARBERA) ahora pacifistas, ahora tecnocráticos, ahora ambientalistas, ahora solidarios,

prescindiendo de un *jus positum*? ¿Cuál es el elemento “*inmodificable de la conciencia profunda de un pueblo*”? (FLICK) ¿Quién puede elevarse a su interprete? ¿Cómo se evita la “*tiranía del valor*” del momento? El derecho positivo, la norma legislativa, consienten de individuar una respuesta plausible y tranquilizante a las muchas preguntas, donde ellas resultan coherentes con las declaraciones universalmente reconocidas y sean aceptadas por un sistema político democrático.

Última anotación general: es conocida la distinción en el ámbito de los derechos fundamentales entre los derechos de libertad y los derechos sociales. Los primeros, según la tradición, serian aquellos que tienen como contenido la obligación por el Estado de abstenerse de cualquier forma de interferencia, mientras los segundos serian aquellos que consisten en una obligación de hacer por parte del poder publico.

Si aceptamos esta clásica bipartición, los derechos de libertad (derecho a la vida, a la libertad de la expresión del pensamiento, a la iniciativa económica) serian garantizados por el régimen de la separación de poderes.

Los derechos sociales (derecho al trabajo, a la salud, a la educación, etc.), en cambio, serian garantizados por la acción publica, aunque el contenido de esta no es predeterminado: esta circunstancia pone los derechos sociales en el ámbito de el meta-jurídico, de el programático o, de todo modo – en relación a sus extensión y contenido – en una perspectiva no universalmente compartida.

Sin embargo, en contraposición a tal tradicional distinción, parece que los derechos de libertad no sean (mas) simplemente identificable con los derechos en contra al Estado: tanto porque ellos no siempre implican deberes de abstención, como porque no siempre el Estado resulta el concreto antagonista. Más bien, en la lógica de los principios de subsidiariedad y efectividad, la legitimación del poder público puede encontrarse precisamente en la exigencia democrática de proteger y promover aquellos derechos por medio de la predisposición de acciones públicas.

En esta perspectiva, pues, el deber estatal de abstenerse no constituye más una garantía plena de la consistencia y alcance de un derecho (PALOMBELLA). Es decir que si una libertad consiste lógicamente en la correspondiente abstención estatal, no obstante la conciencia de este siglo, por lo meno en el mundo occidental, permite que cada libertad abstracta, teórica, podrá ser acompañada por una acción publica destinada a permitir su efectivo disfrute.

**2.** Las conclusiones propuestas permiten entrar en el informe. El problema de la relacion entre los derechos fundamentales y los tribunales administrativos en el ordenamiento italiano es un problema antiguo y surge de la distinción entre las posiciones juridicas de derecho subjetivo y de interes legitimo (este ultimo se encuentra donde hay un ejercicio de la función pública); las primeras son objetos de revision por el tribunal ordinario, las segundas por el tribunal administrativo.

Durante mucho tiempo, la Corte di Cassazione no permitiò que el tribunal administrativo decidiera en tema de derechos fundamentales, tanto en regimen de jurisdicción de legitimidad, como en regimen de jurisdiccion exclusiva.

Varias eran las razones que justificaban este orientacion: con respecto a la jurisdicción de legitimidad, desde 1979, la Corte Suprema había enunciato la tesis de los derechos no degradables, por la cual los derechos fundamentales de las personas no sucumben a la acción pública: es el poder publico que retrocede.

De acuerdo con esta tesis, cualquier acto administrativo que trate de afectar a los derechos fundamentales no puede ser tampoco clasificado como decisión administrativa, constituyendo un comportamiento ilegal, por eso objeto de revision por el tribunal ordinario.

Con respecto a la jurisdiccion exclusiva del tribunal administrativo, donde eso puede también decidir sobre los derechos subjetivos, la Corte Suprema habia enunciato la tesis que la conducta de la administración pública, eventualmente afectante los derechos fundamentales, nunca habría sido capaz de configurar el ejercicio de una función; en esa hipótesis la administracion habría actuado como un ciudadano común, y, por eso, su accion seria objeto de revision por el tribunal ordinario.

En conclusion, hasta hace muy poco, el tribunal administrativo no tenia alguna forma de jurisdiccion sobre los derechos fundamentales.

Puede ser interesante investigar las razones que inducian la Corte Suprema a enunciar estas tesis, razones a veces de defensa de prerrogativas de una parte, pero tambien ricas en contenido “etico”; tal vez fragil en terminos de dogmatica, pero fuertes en términos cívicos (CARINGELLA).

La afirmación que los derechos fundamentales de las personas no pueden encontrar ningún límite, corresponde a la perspectiva del pensamiento ilustrado, extrema y romantica, pero que no tiene en cuenta de la dimensión social del hombre (ARISTOTELE), en las que el limite de la libertad de una persona está tanto en el ejercicio de la libertad de los demás, como en el interes publico.

Por otra parte, la norma jurídica – en un mundo complejo donde hay muchas competencias y sistemas – no es objetivamente idoena para contener y conciliar todos los intereses públicos, para que la publica administracion está llamada a intervenir para completar el trabajo de la legislatura, en el ejercicio de la función administrativa.

Las decisiones administrativas se convierten en el resultado de elecciones comparativas, donde se puede encontrar un equilibrio razonable de las necesidades que participan a la accion publica.

En este contexto, no es creíble la idea de una administración que no puede actuar, con el uso de sus facultades de autoridad, en términos de derechos fundamentales. Y es aun menos defendible el argumento que, tambien en hipotesis de jurisdiccion exclusiva, se necesitaria distinguir entre los derechos individuales y los derechos fundamentales, excluyendo que – en relacion con estos ultimos – se puede hablar de uso del poder público.

En verdad, la justicia administrativa italiana, por como nace, por su incierto caracter, por las características funcionales de sus componentes, y por la cultura de la cual deriva, es todavía considerada, por la Corte Suprema, como una especie de “justicia menor”, adecuadas para proteger intereses economicos, tal vez tambien morales, pero no para hacerse cargo de la delicada cuestión de los derechos fundamentales de la persona.

Sólo por la sentencia n. 140 del 18 de abril 2007 de la Corte Costituzionale la jurisdiccion exclusiva del Tribunal administrativo se ha tambien extendido a los derechos fundamentales. En ese momento, el Tribunal Constitucional declaró que no existe ningún principio o regla en el ordenamiento italiano que reserva exclusivamente al tribunal ordinario la protección de los derechos protegidos por la Constitución. Sólo cuando estos derechos se ven afectados por conductas, que no son una expresión de la función pública, podrá compartirse la opinión de la Corte Suprema cuando imputa al tribunal ordinario la relativa jurisdiccion.

A raíz de esa decisión, que tenia otra importante referencia en la sentencia de la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2007, tambien la Suprema Corte (sent. n. 27187/2007; ord. n. 5290/ 2010; n. 3670/2011) comenzó a reconocer la jurisdicción del Tribunal administrativo sobre la infracción de los derechos fundamentales de la persona, por lo menos en las materias donde hay jurisdicción exclusiva.

Todas estas decisiones, por otra parte, había sido capaces de confiar en una norma sobrevenida, el art. 3, l. n. 205/2000 – que había modificado la ley instituyente los Tribunales Administrativos Regionales n. 1034/1971 – introduciendo una especifica tutela preventiva en los casos de procedimientos judiciales relativos a los intereses esenciales de la persona o otros bienes de nivel constitucional. Esta regla está ahora presente en el art. 55, co.2 del Código del Proceso Administrativo (d. lgs. n. 104/2010).

Nos queda todavía la pregunta si la tesis originaria de la Suprema Corte se debía sólo a razones jurídicas – que luego se manifestaron infundadas – o respondía a una preocupación más profunda de la incapacidad del tribunal administrativo para proteger eficazmente a los derechos fundamentales. En verdad, las primeras decisiones de la Suprema Corte en este campo se remontan al 1979, cuando el Tribunal administrativo tenia poderes mas limitados que en la actualidad: sin capacidad para decidir sobre la indemnización, con instrumentos de investigación inadecuados, con una tutela preventiva muy tipificada y fundada sobre la suspensión del acto administrativo, como tal no siempre adecuada para proporcionar una protección efectiva de los derecho fundamentales.

En esas condiciones, por lo tanto, se puede entender la preocupación de la Corte Suprema relativa a excluir la jurisdicción del tribunal administrativo en este campo, por el peligro de consecuencias negativas para los derechos fundamentales.

Sin embargo, después de varios años, a la luz de la entrada en vigor de la l. n. 205/2000, antes, y del nuevo Código del Proceso Administrativo, después, y

con la ya claramente establecida competencia del tribunal administrativo también en términos de indemnización, podemos preguntarnos si las preocupaciones de las cuales hemos hablado tienen sentido todavía.

Es decir, el Tribunal administrativo ahora puede confiar – a nivel normativo – en instrumentos y facultades de investigación mucho más amplios, y, ahora, es capaz de ofrecer tutela no solo de tipo anulatoria, sino también declaratoria, de averiguación y de condena (a pesar de los límites incomprensibles del nuevo código). En conclusión el Tribunal administrativo parece teóricamente capaz de dar protección también a los derechos fundamentales, sobre todo porque uno de los principios que inspiran el nuevo proceso administrativo, solemnemente proclamado en el art. 1 del Código, establece muy claramente que *“La jurisdicción administrativa proporciona una protección plena y efectiva de conformidad con los principios de la Constitución y del derecho europeo”*.

Pero debe ser reconocido que, para que esto suceda, ocurre todavía que *“el tribunal administrativo debe estar libre del complejo de la necesaria consideración de las razones del interés público, entendido en abstracto y en general; debe darse cuenta de la nueva forma de ser, dialéctico y participado, del poder administrativo, y tiene que ser capaz de crear en el proceso un equilibrio entre las pretensiones del solicitante y las pretensiones de la administración”* (NIGRO; cfr. también F.G. SCOCA).

Hay exigencias irremovibles para la protección efectiva de los derechos fundamentales también ante el tribunal administrativo y algunos remedios ya representan patrimonio del ordenamiento, tras la entrada en vigor del nuevo Código del Proceso Administrativo: por ejemplo se puede pensar a la tutela preventiva *ante causam*; o a la renuncia de la prejudicial administrativa para la indemnización; o todavía a la ampliación de los instrumentos de investigación procesales; y, por fin, a la extensión del juicio del acto a la relación.

Otras exigencias, en cambio, no siempre son totalmente satisfechas por el ordenamiento positivo: el uso de técnicas inhibitorias, que tiene mucha relevancia en el campo de los derechos fundamentales, y la superación de la tipificación de las acciones, siguen siendo una meta lejana; una diferente cuenta del daño existencial parece no ser todavía patrimonio de la Justicia administrativa.

En pocas palabras, podemos decir que la reforma del proceso administrativo asigna a aquel juez instrumentos importantes – muchos de los cuales son el resultado de una evolución judicial – que, sin embargo, requieren determinación y valentía: la primera es hija de una nueva conciencia de la importancia del Tribunal administrativo en la mediación de los conflictos sociales, también en el campo de los derechos fundamentales, ahora particularmente amenazados y erosionados por exigencias económicas o por formas indebidas de injerencia de la técnica. La valentía, en cambio, es una cuestión cultural, pero, como – diría Alessandro MANZONI – el valor *“si uno no lo tiene, no se lo puede dar”*, tenemos que esperar que el tribunal administrativo italiano tenga este valor.

*Juicios esenciales*

Corte Costituzionale, 27 aprile 2007, n. 140  
Cassazione Civile, SS.UU., 15 febbraio 2011, n. 3670  
Cassazione Civile, SS.UU., 9 agosto 2010, n. 18480  
Cassazione Civile, SS.UU., 5 marzo 2010, n. 5290  
Cassazione Civile, SS.UU., 29 aprile 2009, n. 9956  
Cassazione Civile, SS.UU., 17 novembre 1992, n. 12307  
Cassazione Civile, SS.UU., 12 giugno 1990, n. 5714  
Consiglio di Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12  
T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 20 gennaio 2011, n. 553  
T.A.R. Liguria, Sez. II, 13 maggio 2010, n. 2529  
T.A.R. Veneto, Sez. III, 23 febbraio 2010, n. 504  
T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 15 gennaio 2010, n. 19  
T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 25 settembre 2009, n. 1526  
T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 12 settembre 2009, n. 8650  
T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 luglio 2009, n. 4392  
T.A.R. Liguria, Sez. II, 25 agosto 2008, n. 1629  
Tribunale Salerno, 6 maggio 2008

*Referencias*

- A. BARBERA, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. Califano, Torino 2004, 19.
- A. BATTAGLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. Dir. amm.* 2007, 11, 1167.
- BENEDETTO XVI S.S., *Allocuzione nel 60° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, 10 dicembre 2008.
- N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna 2009 (rist.).
- F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- V. CARPENTIERI, *Diritto alla salute, localizzazione degli impianti e giudice ordinario*, in *Urban. E app.* 2007, 7, 797.
- A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc.* 2010, 27.
- A. CELOTTO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Giurispr. Ital.* 2004.
- L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.* 2010, 483.
- P. DE LISE, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, in *Foro amm.* - TAR 2009, XLVII.

- R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982.
- L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, in [www.ristretti.it/areestudio/territorio/opera/documenti/approfondimento/diritti.htm](http://www.ristretti.it/areestudio/territorio/opera/documenti/approfondimento/diritti.htm).
- G.M. FLICK, *Nuove prospettive per i diritti fondamentali*, *Atti conv. Univers. Gregoriana*, 2 giugno 2009 (Fond. Centesimus Annus).
- F. GASPARRINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 1287.
- F. GIGLIONI, *La ridotta incidenza dei diritti fondamentali per il riparto di giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.* 2010, 10, 1034.
- R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urban. e app.* 2005, 10, 1157.
- N. HARTMANN, *Etica II. Assiologia dei costumi*, trad. it., Napoli 1970.
- M.L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e lesione di diritti fondamentali*, in *Leggi d'Italia – Corriere Merito* 2008.
- N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.
- F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.* 2010, 428.
- F. MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 377.
- M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro Ital.* 1987, I, 481.
- A. PAGANO, *La Corte di Cassazione ed il riparto della giurisdizione sui diritti fondamentali*, in *Urb. e app.* 2009, 12, 1450.
- G. PALOMBELLA, *Diritti fondamentali: argomenti per una teoria*, in [www.swif.uniba.it/lei/filpol/glp.htm](http://www.swif.uniba.it/lei/filpol/glp.htm).
- F. G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano 1990.
- M.R. SPASIANO – I. DEL GIUDICE, *Il giudice amministrativo mediatore del conflitto tra potere pubblico e diritti della persona*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2008, 2, 541.
- S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2009, 741.
- F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti*, Roma-Bari 1977.

**FUNDAMENTAL RIGHTS AND ADMINISTRATIVE COURT**

by Mario R. Spasiano

**Abstract**

The article takes as its starting point the view that in modern legal systems there is recognition of a growing range of fundamental rights, especially by the jurisdictional power. The author points out that in this context it is necessary to avoid that the multitude of values, not always adequately substantiated, doesn't allowed the real protection of traditional and universally recognized fundamental rights. Therefore, legislative power must set in positive rules the absolute values of each legal order, not allowing the jurisprudence to carry out a dangerous supplementary role.

Then the paper provides an in-depth description of the evolution of the relationship between fundamental rights and administrative court. For a long time to this judge wasn't recognized possibility to protect fundamental rights, essentially because the exercise of public power was considered incompatible with the same existence of a fundamental right. Only from 2007, Constitutional Court before and Consiglio di Stato and Cassazione after, began to affirm that if a fundamental right is prejudiced by public activity, it should be recognized by the administrative court jurisdiction.

Finally, author intends to verify if administrative court has the adequate instruments to effectively and efficiently protect fundamental rights, concluding that – following the passage of the new Administrative Trial Code (d.lgs. n. 104/2010) – this judge now has a set of investigation tools, able to guarantee a real and full protection, also in a tricky field as that of fundamental rights.



L'AGCM e la tutela del consumatore:  
i profili funzionali a protezione di posizioni giuridiche "deboli"  
alla luce dei nuovi poteri attribuiti dai decreti legislativi  
nn. 145/2007 e 146/2007\*.

di Ivan Del Giudice

SOMMARIO: 1. L'AGCM: un primo inquadramento - 2. I poteri dell'AGCM ed il parallelismo con la funzione giustiziale - 3. Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM. - 4. Le nuove competenze in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole. - 5. Gli impegni. - 6. Il formante giurisprudenziale. - 7. Conclusioni.

1. *L'AGCM: un primo inquadramento*

Il modello istituzionale delle «autorità amministrative indipendenti», di cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ne costituisce senz'altro l'archetipo<sup>1</sup>, è ontologicamente caratterizzato per la funzione propria di tutela e cura di

---

\* Il presente lavoro si inserisce in un Progetto di ricerca di rilevante interesse scientifico e tecnologico, avente ad oggetto "Evoluzione e problemi della tutela (giurisdizionale e non) delle situazioni soggettive negli ordinamenti italiano ed europeo", realizzato dalla Seconda Università degli Studi di Napoli

<sup>1</sup> Come noto, nonostante la presentazione di numerosi disegni di legge volti a fornire una cornice normativa unitaria per le autorità amministrative indipendenti (v. L. CASSETTI, *Il governo e la regolazione del mercato alla ricerca di nuovi equilibri*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), allo stato manca ancora un preciso disegno giuridico che delinea un modello predefinito, permanendo di contro una situazione di estrema eterogeneità in quanto frutto di esigenze contingenti in singoli settori: ne è derivato, quindi, che alla crescita quantitativa è corrisposta una progressiva differenziazione qualitativa, tanto da legittimare ancora il dubbio, sollevato in dottrina, secondo il quale lo scopo ultimo dell'introduzione di tale modello sia unicamente dato dalla "neutralizzazione" dell'intervento pubblico in delicati settori della vita sociale: v. G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *Nomos*, 1993, 75. Del resto, la recente evoluzione normativa, così come il diverso contesto sociale, politico ed economico, nel quale si riaffaccia l'esigenza di un ruolo propulsivo (*pre-active*) del soggetto pubblico, piuttosto che sanzionatorio (*re-active*), sembrano determinare il declino del modello introdotto nella legislazione degli anni '90: v. S. CASSESE, *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. Dir. amm.* 2011, 1, 102 ss.

valori costituzionalmente protetti attraverso modalità di azione improntate all'accentuata autonomia rispetto al potere esecutivo, ponendosi così in posizione "terza" nei confronti dell'ordinario circuito politico-rappresentativo.

Nella società moderna, in cui si assiste ad una crescente contrapposizione tra valori e principi fondamentali dell'ordinamento, infatti, si manifesta con forza la necessità di favorire la massima emersione degli interessi antagonisti, nonché di pervenire ad un equo contemperamento che non soffra i limiti in cui incorrono i tradizionali mezzi di attuazione dei precetti costituzionali<sup>2</sup>.

Si afferma, in tal modo, l'esigenza di porre al riparo la ricerca di equilibri e mediazioni fra le posizioni soggettive (alcune delle quali peraltro in condizioni di chiara debolezza), dai possibili condizionamenti provenienti dall'influenza della maggioranza politica ovvero dai rischi di depotenziamento di tutela derivanti da una risoluzione di conflitti (invero connotati da profili di interesse generale) che sia affidata soltanto all'opera del singolo giudice, chiamato a valutare vicende particolari e disancorate dalle più ampie dinamiche in cui tali conflitti necessariamente devono iscriversi.

In questo senso, la creazione di procedimenti con ampie garanzie di contraddittorio orizzontale, quindi di confronto paritario tra le parti in opposizione, in uno alla qualificazione tecnica del soggetto decisore, contribuiscono a rendere maggiormente effettiva la protezione dei valori costituzionali, fondandosi questa su elementi di giudizio misurabili e, quindi, controllabili.

Inoltre, il processo di risoluzione dei conflitti (*ex post*) si coniuga – ed anzi ne costituisce presupposto inscindibile – con la altrettanto importante funzione di regolazione e prevenzione (*ex ante*) in settori della vita sociale ove spesso la tutela giurisdizionale, attestandosi sul dato formale della violazione della disciplina giuridica, non riesce ad assicurare pienamente il ripristino dell'equilibrio alterato da condotte lesive di interessi fondamentali.

Orbene, è fuor di dubbio che l'AGCM nasca come soluzione imposta sulla spinta dei processi di integrazione con l'ordinamento comunitario al fine di fornire uno strumento nazionale alla politica della concorrenza, sulla quale si è poi sviluppato il "mercato interno": in questo senso, la legge *antitrust* (L. n. 287/90) dà forma ad un interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato che, anche alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione, costituisce un principio cardine dell'ordinamento nazionale.

---

Ciò nonostante, pur senza subire il fascino delle "tentazioni unificanti" (v. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1997, 645 ss.), appare comunque possibile rinvenire alcuni caratteri identificativi di un fenomeno che, sebbene frutto dello spontaneismo del Legislatore, assume comunque caratteri ed implicazioni giuridiche di rilevante portata, soprattutto per ciò che concerne la ricostruzione della funzione cd. giustiziale.

<sup>2</sup> V. A. D'ATENA, *Principi e valori costituzionali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2001, 19 ss.

Gli strumenti di attuazione introdotti nell'ordinamento nazionale, invero, hanno dato luogo ad un ampio dibattito<sup>3</sup> sulla natura dell'Autorità e, corrispondentemente, dei poteri ad essa attribuiti secondo logiche, invero, contraddittorie, sposandosi allo stesso tempo – in un compromesso non privo di criticità – profili di neutralità in un'ottica di esercizio di poteri meramente "arbitrali", con profili funzionali, nei quali le competenze sono comunque dirette al perseguimento di finalità trascendenti l'interesse dei singoli soggetti contraddittori<sup>4</sup>.

Di qui, come noto, la riconduzione dell'azione dell'AGCM alla funzione cd. giustiziale, ponendosi così in luce quelle garanzie offerte agli operatori economici che introducevano elementi di novità rispetto alla funzione amministrativa tradizionalmente intesa<sup>5</sup>.

Pur tuttavia, la ricostruzione dell'Autorità quale ente deputato a dirimere le controversie di settore in una posizione di assoluta neutralità rispetto agli interessi dei singoli e di indipendenza nei confronti dell'esecutivo si è scontrata, sin dall'origine, con l'attribuzione di precisi poteri diretti al perseguimento di scopi propri dell'AGCM: basti pensare, infatti, ai poteri di autorizzazione in deroga alle regole generali in tema di intese vietate (art. 4, L. n. 287/90) e di operazioni di concentrazione (art. 25, L. n. 287/90), che – sebbene non hanno sinora comportato l'emersione di una vera e propria politica della concorrenza – sembrano comunque dimostrare la effettiva funzionalizzazione dell'attività dell'Autorità in vista del perseguimento di interessi generali (ossia, la tutela della concorrenza), rispetto ai quali le pretese delle singole parti, episodicamente in conflitto fra loro, costituiscono solo un'occasione di esercizio della funzione.

Ad ogni modo, è frequente la lettura dei poteri dell'AGCM in chiave paragu-

---

<sup>3</sup> La produzione scientifica sulla natura delle Autorità amministrative indipendenti, soprattutto per quanto concerne la legittimità costituzionale, è ormai sconfinata. Non potendo in questa sede dar conto esaurientemente del dibattito dottrinale e delle diverse tesi affermatesi, sia consentito rinviare ai principali studi sul tema.

<sup>4</sup> È noto che l'assetto ordinamentale prescelto dalla L. n. 287/90 rappresenti una soluzione mediana tra le posizioni *liberal* favorevoli alla istituzione di una magistratura economica, attivabile quindi su istanza della parte lesa da pratiche anticoncorrenziali, e le posizioni più spiccatamente pubblicistiche, intese a preservare l'interesse dello Stato alla adozione di misure *antitrust* mediante l'istituzione di un'Autorità amministrativa, sebbene dotata di ampia indipendenza.

La presenza di due distinti momenti dell'azione dell'AGCM, del resto, è alla base del riparto di giurisdizione in ordine all'impugnazione dei provvedimenti adottati: Giudice ordinario (Corte d'Appello) per le azioni di nullità e di risarcimento, ove prevale l'interesse privato del singolo, Giudice amministrativo per l'annullamento costitutivo di decisioni che contengono una mediazione fra l'interesse di parte e l'interesse pubblico al mantenimento della concorrenzialità nel mercato.

<sup>5</sup> Sul punto, v. S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 221; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 124; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e stato civile*, in *Rass. Giur. energia elettrica*, 1997, 17.

risdizionale<sup>6</sup>, sebbene tale concezione sembra dover propriamente intendersi volta a rimarcare le precipue modalità di svolgimento dell'azione amministrativa "in forme contenziose", laddove il tradizionale provvedimento discrezionale viene ad essere sostituito da una decisione amministrativa, risultato di un procedimento garantista e partecipato nel quale è presente, quale componente strutturale, il momento giustiziale.

L'interesse pubblico primario sotteso alla determinazione provvedimentoale, così, si associa inscindibilmente all'interesse alla giusta soluzione del conflitto, ovvero, in altri termini, la soddisfazione delle pretese delle parti non può disgiungersi dalla tutela del valore costituzionalmente protetto, la concorrenza appunto<sup>7</sup>.

In questa prospettiva, viene esaltato il ruolo dell'amministrazione, non più servente rispetto al Governo (secondo il modello desumibile dall'art. 95 Cost.), bensì autonoma in quanto apparato soggetto alla legge per ciò che concerne le modalità di azione (secondo il modello tratto dagli art. 97 e 98 Cost.)<sup>8</sup>, che rinviene nella Carta Costituzionale la fonte della propria legittimazione, siccome strumento di attuazione diretta di valori fondamentali dell'ordinamento<sup>9</sup>.

Non è senz'altro questa la sede per approfondire l'inquadramento costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti, pur tuttavia appare opportuno segnalare la persistenza di un interesse pubblico primario da cui sembra poter derivare la spendita di poteri discrezionali, ancorché in una cornice in cui domina l'applicazione di regole prevalentemente (ma non solo) tecniche.

---

<sup>6</sup> In tema, su tutti, v. M. CLARICH, Per uno studio sui poteri dell'Autoità Garante della Concorrenza e del Mercato, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di),  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 148.

<sup>7</sup> In questi termini, v. N. LONGOBARDI,  *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in  *Foro amm. TAR*, 2007, 2925. In particolare, l'A. evidenzia come «La struttura degli atti con riguardo alle decisioni amministrative rivela dunque la funzione giustiziale svolta dall'amministrazione, anche allorché l'amministrazione stessa persegue – come è per essa la norma – un obiettivo di soddisfazione dell'interesse pubblico. L'obiettivo di giustizia risulta incorporato nell'azione amministrativa, qualificando la stessa, e la funzione amministrativa così concepita comporta stringenti regole per il suo esercizio».

<sup>8</sup> Sui modelli di amministrazione ricostruibili in base al dettato costituzionale, v. M. NIGRO,  *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in  *Riv. trim. proc. civ.*, 1985, 163 ss.; V. CERULLI IRELLI,  *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di),  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 1 ss.

<sup>9</sup> È noto che tale inquadramento costituzionale non è stato condiviso dalla Corte Costituzionale: v. ord. 2 giugno 1995 n. 226, in  *Giur. cost.* 1995, 1658 ss., con commento di G. GEMMA,  *Garante per la radiodiffusione e l'editoria e conflitti fra poteri dello stato*, ivi, 1661 ss.; S. NICCOLAI,  *Quando nasce un potere*, ivi, 1673 ss.; M. PASSARO,  *Il Garante per la radiodiffusione e l'editoria come potere dello stato*, ivi, 1681 ss.; ord. 12 maggio 2000 n. 137, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it). Con argomentazioni critiche rispetto alla posizione assunta dalla Consulta, v. G. GRASSO,  *La Corte costituzionale si pronuncia solo parzialmente sulla natura giuridica e sulla collocazione costituzionale dell'Autorità amministrative indipendenti. Considerazioni sparse sulle decisioni n. 57, 118 e 226 del 1995*, in  *Quad. reg.* 1995, 239.

## 2. *I poteri dell'AGCM ed il parallelismo con la funzione giustiziale*

La prospettiva di analisi del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti si è caratterizzata per l'accostamento dei poteri ad esse attribuiti a quelli in concreto esercitati dal giudice, sino ad equiparare la condizione di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. alla "neutralità" e "terzietà" che connota la funzione giurisdizionale.

Se ne è fatto discendere, pertanto, il ruolo di mero arbitro dell'Autorità, chiamata a dirimere le controversie mediante la stretta applicazione di regole tecniche e, quindi, verificando i presupposti di applicazione della norma giuridica idonea *ab origine* a risolvere ogni possibile conflitto<sup>10</sup>. Si tratterebbe, in questa prospettiva, di una funzione "giudicante", in quando non destinata al perseguimento di interessi pubblici, bensì alla mera attuazione della legge.

Come si avrà modo di analizzare in prosieguo, tale impostazione – già criticata in dottrina<sup>11</sup> e confutata dalla giurisprudenza<sup>12</sup> – sembra oggi recedere a fronte dei nuovi poteri assegnati all'AGCM dai Decreti Legislativi nn. 145 e 146 del 2007, in particolare per quanto concerne la tutela del consumatore.

Prima di esaminare le novità normative e di verificarne l'impatto sulla prassi e sulle decisioni del giudice amministrativo, occorre tuttavia soffermarsi sulla riconduzione dell'attività dell'AGCM alla funzione giustiziale.

Come noto, secondo un inquadramento dogmatico ormai risalente<sup>13</sup>, la funzione giustiziale si caratterizza sia per lo svolgimento dell'*iter* procedurale, connotato dalla massima garanzia per il contraddittorio paritario, sia per la finalità propria di fornire soddisfazione alla pretesa di tutela di un soggetto, titolare di una posizione giuridica lesa dall'amministrazione. Come corollario necessario di tale impostazione, ne scaturisce che il rimedio *de quo* è ontologicamente governato dai principi della disponibilità e della procedibilità ad istanza di parte.

In tal senso, se evidente è la distinzione con la funzione giurisdizionale, essendo comunque il decisore pubblico espressione dello Stato-apparato, la differenziazione con le funzioni di amministrazione attiva si coglie proprio negli aspetti peculiari che contraddistinguono il rapporto tra istante e organo giusti-

---

<sup>10</sup> Per tale inquadramento, v. F. CARINGELLA, *Le Autorità amministrative indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. St.* 2000, II, 23 ss.; G. DELLA CANANEA, *Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA* 2002, Milano, 2003, 269 ss.

<sup>11</sup> In particolare, v. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 145 ss.

<sup>12</sup> Su tutte, cfr. Corte Cass., Sez. I, 20 maggio 2002 n. 7341, in *Giur. it.* 2003, 856 ss., con commento di V. VANACORE, *Le autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*.

<sup>13</sup> Per una disamina del tema, si rinvia a: A. TRAVI, *I ricorsi amministrativi (voce)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1997, XIII, 381 ss.

ziale, soprattutto per quanto attiene l'organizzazione (indipendenza) ed il procedimento (garantista)<sup>14</sup> di esercizio del potere pubblico.

La qualificazione dell'attività in termini di funzione giustiziale è stata argomentata proprio con riferimento all'AGCM, in considerazione della circostanza che, mancando sostanzialmente un potere regolatorio del settore, il momento finalistico (di cura dell'interesse pubblico primario) appare meno vincolante: secondo tale approccio, i compiti di *adjudication* attribuiti all'Autorità possono dispiegarsi liberamente al fine di comporre interessi particolari in conflitto e ciò perché la sintesi operata dal decidente avviene in vista di una finalità neutrale, non connotata da alcun profilo di politica.

Le principali tesi offerte a sostegno di tale inquadramento<sup>15</sup>, infatti, muovono dalla considerazione che l'AGCM non risulta essere titolare di funzioni amministrative in senso proprio, essendo investita unicamente del compito di accertare episodi concreti secondo criteri di liceità già definiti dal legislatore e, di conseguenza, a risolvere le controversie anche mediante l'impiego di poteri inibitori e sanzionatori.

La decisione amministrativa, in quest'ottica, si configurerebbe come un primo grado di giudizio e la soluzione della lite ivi offerta sarebbe sindacabile dal giudice statale alla stregua di un giudizio di appello<sup>16</sup>.

Come rilevato, tuttavia, tale inquadramento non sembra convincere proprio nella parte in cui perviene ad un'assoluta "neutralizzazione" dei poteri conferiti all'AGCM, che traggono invece il proprio fondamento nell'esigenza di perseguire un interesse pubblico che trascende le pretese delle singole parti in conflitto.

Non sembra essere solo il dato costituzionale ad escludere una qualificazione in termini di pura paragiurisdizionalità<sup>17</sup>. È, invece, la stessa conformazione dei compiti e dei procedimenti a palesare la sussistenza di un potere discrezionale, non solo di natura tecnica, in capo all'AGCM, sebbene esercitato con marcati profili di imparzialità al fine precipuo di garantire l'indipendenza del decisore rispetto a possibili pressioni ed ingerenze<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> In particolare, la garanzia della partecipazione e del contraddittorio costituirebbe proprio la fonte di legittimazione dell'Autorità indipendente in ossequio ad un principio di "democrazia procedimentale" che viene a sostituire la tradizionale "democrazia politica": v. F. GAMBARDILLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3152 ss.

<sup>15</sup> Per un esame delle principali coordinate del dibattito dottrinario su tale aspetto, v. F. MANGANO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>16</sup> V. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri ...*, cit, 91.

<sup>17</sup> Come noto, sia il divieto di istituzione di giudici speciali, sia l'obbligo di offrire tutela giurisdizionale per la verifica di legittimità di provvedimenti aventi forma amministrativa, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., impediscono di configurare l'AGCM alla stregua di una magistratura economica.

<sup>18</sup> Su tali problematiche, v. A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.* 1994, 78.

Come si avrà modo di rilevare *infra*, l'AGCM, infatti, assume il pieno governo delle iniziative *antitrust* con apprezzamenti propri circa opportunità ed esiti dei procedimenti sanzionatori. Oltre alle già richiamate autorizzazioni in deroga, che evidenziano una ampia discrezionalità sulla possibilità di aprire un'istruttoria in tema di intese e di concentrazioni vietate, depongono in questo senso anche i rilevanti poteri inquisitori nel corso dell'iter procedimentale, non essendo al riguardo dirimente l'accentuazione del contraddittorio alla luce della tendenziale (e generale) conformazione dei procedimenti amministrativi ai principi del giusto procedimento<sup>19</sup>.

### 3. *Il sindacato giurisdizionale sui poteri dell'AGCM*

L'indagine dogmatica circa la presenza, nell'azione dell'AGCM, di un momento funzionale (inteso come spendita di poteri pubblici discrezionali con margini di scelta che esulano dalla mera applicazione di regole non giuridiche) trova, come suo inevitabile campo di verifica pratica, il sindacato giurisdizionale sulle decisioni assunte.

È questo il tema della discrezionalità tecnica che, come noto, non costituisce più un ostacolo insormontabile alla valutazione di legittimità da parte del giudice amministrativo in base alla considerazione che l'area dell'opinabilità, siccome espressione di una scelta compiuta secondo criteri e procedimenti verificabili, può essere apprezzata in sede processuale in quanto a grado di attendibilità e correttezza dell'*iter* seguito<sup>20</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale in merito ai provvedimenti dell'AGCM ha segnato, nel corso degli anni, un andamento progressivamente teso ad ampliare i poteri di cognizione del giudice amministrativo<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Del resto, tale modello, ispirato ad una netta distinzione tra funzioni giurisdizionali e funzioni amministrative in materia di tutela della concorrenza, sembra riprendere appieno lo schema comunitario, «con l'*Antitrust nelle vesti (amministrative) della Commissione mentre il TAR e il Consiglio di Stato in quelle (giurisdizionali) del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia*», v. F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità ...*, cit. anche per le relative citazioni bibliografiche.

<sup>20</sup> Con la storica decisione 19 aprile 1999 n. 601 (in *Foro it.*, 2001, III, 9 con nota di A. TRAVI), il Consiglio di Stato chiarisce che «*la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se antecedente o successiva a una questione di merito*». In altri termini, se anche la regola o il parametro conoscitivo sono incerti, dando così luogo a concetti giuridici indeterminati (ad es. la nozione di mercato rilevante), la soluzione tecnica adottata dall'Autorità è comunque estranea al momento funzionale, in quanto non vi è selezione e comparazione di interessi: in questo senso, l'opinabilità, inerente una mera questione di fatto, si distingue dall'opportunità, ossia dal merito dell'azione pubblica.

<sup>21</sup> Sul tema, v. F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il Consiglio di Stato: un percorso ampiamente compiuto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, in *Giorn. dir. amm.* 2007, 635.

In un primo momento<sup>22</sup>, infatti, le decisioni si sono attestate sulla soglia del sindacato cd. debole, che – seppure esteso alla *quaestio facti*, quindi con accesso alla vicenda sulla scorta dei medesimi strumenti di indagine dell’Autorità<sup>23</sup> – pur tuttavia non porta ad un giudizio pieno sulla valutazione tecnica “complessa”, arretrando di fronte alla neutralità ed indipendenza del decisore pubblico.

In tale settore, infatti, quasi in maniera pregiudiziale<sup>24</sup>, la valutazione tecnica viene intesa come inscindibilmente connessa alla ponderazione dell’interesse pubblico; due momenti fusi “in un procedimento logico unitario”, con conseguente necessità di preservare un’area riservata alle decisioni dell’AGCM, certamente valutabili solo secondo criteri di logicità, congruenza e proporzionalità, ma non sostituibili con una decisione del giudice<sup>25</sup>.

Tale approccio riduttivo, invero, viene poi superato<sup>26</sup> allorché si abbandona l’idea che l’inesattezza della scienza economica (quindi l’incertezza sulla regola tecnica) comporti *ex se* l’attribuzione di un potere riservato ed insindacabile, ben potendo le valutazioni complesse essere ripercorse dal giudice, eventualmente mediante l’ausilio della consulenza tecnica, al fine di dare luogo alla corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati nel caso concreto<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, I, 23 aprile 2002 n. 2199, in *Foro amm. CDS* 2002, 977, con nota di Ragone.

<sup>23</sup> Come noto, la giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482, con note, tra gli altri, di F. FRACCHIA, C. VIDETTA) ricorre ad una scomposizione in fasi del provvedimento dell’AGCM al fine di chiarire su quale dei contenuti (e/o dell’attività) provvedimentali può incentrarsi il sindacato giurisdizionale: inizialmente, infatti, vi è una fase di accertamento dei fatti, successivamente si accede alla contestualizzazione dei “concetti giuridici indeterminati” ed al confronto fra fatti accertati e parametro normativo, infine si adotta la decisione (sanzionatoria). In quest’ottica, il giudice può conoscere il fatto ma non può operare direttamente il raffronto fra fattispecie astratta e caso concreto.

<sup>24</sup> V. F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche complesse ...*, cit., laddove l’A. evidenzia come «il giudice ragiona presumendo che in queste materie (contraddistinte dalla cura di interessi di rango primario affidati ad autorità ad alto tasso di tecnicità) sia pur sempre inestricabile l’intreccio tra giudizio tecnico e valutazione diretta sugli interessi, proprio a causa della inesattezza delle scienze economiche; cosicché i giudizi che ne fanno applicazione costituiscono espressione di meccanismi cognitivi nei quali è insita la ponderazione di interessi». In quest’ottica, l’inesattezza della scienza da applicare (l’economia, appunto) comporta di per sé la riserva sulle decisioni assunte e, corrispondentemente, un limite al sindacato del giudice, derivante dalle peculiarità del settore e non certo dalla qualificazione dell’Autorità.

<sup>25</sup> In termini, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002 n. 5156, in *Foro it.*, 2003, III, 3.

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2004 n. 926, in *Giur. It.*, 2004, 2178.

<sup>27</sup> Si sconta in questo caso l’aleatorietà della norma giuridica da applicare, siccome l’indeterminatezza del concetto giuridico indicato dalla disciplina normativa (ad es. la nozione di mercato rilevante) impone che l’AGCM valuti l’illecito *antitrust* alla stregua di un parametro il cui concreto contenuto è preventivamente individuato dalla stessa Autorità. È evidente pertanto il rischio che il giudice, nel sindacare la valutazione complessa operata dall’AGCM, finisca per sostituirsi ad essa nell’esercizio di compiti di amministrazione attiva.

Come segnalato in dottrina<sup>28</sup>, il nuovo indirizzo giurisprudenziale non sembra risolvere il conflitto, o meglio la possibile confusione, tra le sfere dell'opportunità (merito) e quelle dell'opinabilità (discrezionalità tecnica), dal momento che il giudice comunque non arriva a determinare direttamente i limiti applicativi del concetto giuridico indeterminato (che recepisce il parametro cognitivo proveniente da una scienza inesatta), ma si limita ad un controllo, ancorché intrinseco, sull'attività dell'AGCM mediante l'impiego dei tradizionali criteri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza<sup>29</sup>.

In una nuova prospettiva<sup>30</sup>, tuttavia, i canoni di giudizio della ragionevolezza vengono impiegati per contenere i possibili margini di opinabilità della soluzione tecnica adottata, mediante una valutazione sulla concordanza e coerenza tra gli elementi di fatto inerenti la vicenda e la più plausibile delle ipotesi in grado di spiegarli, cui si accede a seguito di un confronto dialettico tra tutte le ipotesi astrattamente esistenti.

In questo senso, il sindacato pieno sembra essere definito nel suo contenuto essenziale: «la cognizione giurisdizionale dei provvedimenti resi dall'AGCM deve essere tesa a ripercorrere le valutazioni tecniche dell'Autorità, e non essere limitata a verificare se esse siano corrette, o, se si vuole, ragionevoli, ma deve spingersi a stabilire se esse sono le più convincenti, alla luce del confronto con le tesi tecniche alternative portate in giudizio dalle parti, introdotte dall'eventuale consulenza tecnica d'ufficio o elaborate dallo stesso Giudice amministrativo»<sup>31</sup>.

La difficoltà di sindacare il contenuto primo dei provvedimenti adottati

---

<sup>28</sup> V. F.G. SCOCA-F. DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Autorities – Imparzialità e indipendenza*, Roma, 2007, 61.

<sup>29</sup> Si afferma, ad esempio, che «il sindacato del giudice amministrativo sulla definizione di mercato rilevante non può spingersi fino a sostituire le valutazioni dell'Autorità, mentre, può verificarne la correttezza, facendo riferimento all'osservanza delle norme tecniche, di quelle procedurali, dell'obbligo di motivazione, all'esattezza materiale dei fatti, all'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere»: cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 marzo 2006 n. 6629, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>30</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007 n. 515, in *Giorn. dir.amm.* 2007, 632, con nota di M. LIBERTINI.

<sup>31</sup> V. F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 14. In particolare, tale autorevole dottrina rimarca come «il controllo giudiziario è necessario proprio perché funzionale ad impedire che l'Autorità sviluppi una sua politica della concorrenza, travalicando la sua funzione di controllo neutrale e proponendo un proprio modello "politico", o se si vuole, di indirizzo della concorrenza; ed è idoneo e utile a fare in modo che essa non diventi succube di quella che gli studiosi del diritto della concorrenza definiscono "dipendenza da percorso"», ivi, 13. L'A., in particolare, deduce la neutralità della funzione dalla circostanza che i provvedimenti dell'AGCM, aventi la sostanza di decisioni, sono suscettibili di incidere su diritti soggettivi, di modo che non vi sarebbe una sfera riservata al merito dell'azione amministrativa, con conseguente sindacato pieno del giudice amministrativo.

dall'AGCM, siccome frutto di decisioni operate sulla base di leggi economiche e criteri applicativi connotati da una chiara componente valutativa, ha condotto da ultimo il giudice amministrativo<sup>32</sup> a precisare i contorni del proprio apprezzamento, in particolare chiarendo che – non potendo essere sufficienti gli ordinari criteri di giudizio sulla discrezionalità (fondati sul sindacato esterno della ragionevolezza e proporzionalità) – è necessario ripercorrere la valutazione compiuta dall'Autorità mediante la verifica della cd. “congruenza narrativa”. Secondo un criterio di “plausibilità”, pertanto, l'ipotesi prospettata e posta a fondamento della determinazione deve risultare l'unica in grado di attribuire un senso compiuto alla ricostruzione della vicenda illecita.

Si perviene così ad un delicato equilibrio tra le esigenze di piena tutela giurisdizionale, onde evitare che l'AGCM fuoriesca da qualsiasi controllo di legittimità, e la necessità di evitare che l'apprezzamento del giudice si sostituisca *tout court* alla valutazione compiuta da un soggetto non solo titolare di poteri amministrativi, ma altresì munito di particolare qualificazione tecnica.

#### 4. *Le nuove competenze in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole*

Di recente, l'AGCM è stata investita del compito di fornire un presidio di tutela al consumatore in quanto soggetto giuridico debole nel confronto dialettico che si instaura nelle ordinarie dinamiche di mercato<sup>33</sup>.

Con D.Lgs. n. 145 e 146 del 2007, infatti, è stata recepita la direttiva comunitaria 2005/29/CE in tema di repressione della pubblicità ingannevole<sup>34</sup> e delle

---

<sup>32</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2009 n. 1794, in *Foro amm. CDS* 2009, 843; Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2009 n. 2201, in *Foro amm. CDS* 2009, 1012.

<sup>33</sup> In ordine all'emersione di un interesse del consumatore, inteso tuttavia non nel senso di singolo soggetto (leso nella sua posizione giuridica da attività anticoncorrenziali), quanto piuttosto categoria di soggetti cui è finalisticamente orientata l'azione dell'AGCM, v. F. CINTIOLI, *Funzione giustiziale, repressione degli illeciti antitrust e “diritti” del consumatore*, Relazione tenuta al seminario “La tutela non giurisdizionale delle situazioni soggettive deboli. I poteri giustiziali delle amministrazioni indipendenti”, Napoli, 2 ottobre 2009, svoltosi nell'ambito del Progetto di Ricerca in cui si iscrive il presente contributo.

<sup>34</sup> Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. b) del D.Lgs. n. 145/07, per pubblicità ingannevole deve intendersi «qualsiasi pubblicità che in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente». Per una disamina delle recenti decisioni dell'AGCM, v. L. ZORZI, *Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori*, in *Contratto e Impr.*, 2010, 3, 671 ss.

pratiche commerciali scorrette<sup>35</sup>, attribuendo nuove competenze all'AGCM al fine precipuo di garantire la libertà del consumatore di autodeterminarsi senza dover subire pressioni in grado di incidere sulle sue scelte economiche<sup>36</sup>.

Si tratta, come evidente, di una situazione di "pericolo" che l'ordinamento tende a scongiurare attraverso penetranti poteri sanzionatori sulle condotte degli operatori economici in una marcata ottica di prevenzione, e non solo di riparazione, delle possibili lesioni arrecate alla platea dei consumatori.

La portata lesiva di una determinata pratica, infatti, è suscettibile di apprezzamento da parte dell'AGCM anche solo se ipoteticamente in grado di alterare o falsare il comportamento economico del consumatore.

La forma di tutela amministrativa, quindi, si affianca a quella giurisdizionale, colmando quel *gap* di rappresentanza e difesa di interessi parcellizzati che, nel momento pubblicistico di svolgimento della funzione di vigilanza, vengono colti nella loro dimensione ultra-individuale.

In modo significativo, la richiamata disciplina<sup>37</sup> prevede che l'AGCM possa attivarsi anche d'ufficio, con ciò evidentemente riconoscendo la rilevanza collettiva dell'interesse all'ordinario corso delle dinamiche concorrenziali, di cui la libertà del consumatore è elemento imprescindibile.

Allo stesso tempo, l'*iter* procedimentale, soprattutto nella fase istruttoria, viene a strutturarsi in una spiccata logica inquisitoria, prevedendosi consistenti poteri di indagine volti ad avere piena contezza della situazione controversa, al di là della rappresentazione dei fatti prospettata dall'istante ovvero dall'operatore economico.

In ultimo, i poteri inibitori, sino ad arrivare alla sospensione della pratica in caso di manifesta urgenza, e sanzionatori mirano a colmare l'evidente divario, anche di asimmetria informativa, tra consumatore ed impresa, finendo con l'assegnare all'AGCM un ruolo tutorio che, a ben vedere, non sembra conciliarsi con la dedotta natura "neutrale" delle sue funzioni.

L'Autorità, infatti, assume la veste di *dominus* del procedimento di tutela amministrativa in una posizione attiva nella composizione degli interessi, piuttosto che di mero arbitro, "terzo" ed indifferente rispetto all'equilibrato assetto dei rapporti fra soggetti del "mercato".

---

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 20, co. 2 del D. Lgs. N. 146/07, «Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori». Per una disamina delle recenti decisioni dell'AGCM, v. L. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contratto e Impr.*, 2010, 2, 433 ss.

<sup>36</sup> V. E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giorn. dir. amm.* 2008, 271 ss.

<sup>37</sup> V. art. 8 del D.Lgs. n. 145/07 e art. 27 del D.Lgs. n. 146/07.

In questo senso, sembrano conformarsi i procedimenti delineati dai Regolamenti AGCM adottati in esecuzione dei Decreti Legislativi nn. 145 e 146 del 2007. Bastino al riguardo alcune sintetiche osservazioni.

*(Attività preistruttoria)* Nei casi di minore gravità e purché sussistano fondati motivi, secondo un apprezzamento riservato agli uffici, il Responsabile del procedimento può invitare direttamente l'operatore economico a rimuovere i profili di illiceità del comportamento assunto, limitandosi soltanto ad informare il Collegio.

*(Raccolta della prova)* L'AGCM procede autonomamente a raccogliere gli elementi di fatto e di diritto che costituiscono il sostrato della decisione, non essendo limitata nella sua azione dalle allegazioni delle parti. È infatti prevista la facoltà di richiedere informazioni e/o l'audizione, di acquisire perizie o consultare di esperti, di disporre ispezioni e, non ultimo, di invertire l'onere della prova, imponendo all'operatore economico di dimostrare l'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica illecita.

*(Contraddittorio)* Sebbene articolato sulla base di una distinzione tra organo indagante (Responsabile del procedimento) e organo decidente (Collegio), il contraddittorio sembra comunque strutturato in senso *verticale*. Le difese dell'operatore economico, infatti, si collocano soltanto in una fase antecedente la chiusura dell'istruttoria, allorché l'esito dell'indagine non è ancora definito, non potendo così esse dispiegarsi appieno innanzi al Collegio. Ed infatti non è previsto l'obbligo per l'organo indagante, prima di rimettere gli atti al "giudicante", di formulare una contestazione finale sulla quale l'operatore economico offrire una controdeduzione compiuta<sup>38</sup>.

## 5. *Gli impegni*

Vi è, tuttavia, un profilo che evidenzia con maggiore chiarezza la connotazione finalistica del potere attribuito all'AGCM a tutela di interessi pubblici, il cui concreto esercizio trascende la sfera giuridico-soggettiva delle parti in conflitto.

Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità dell'abuso, infatti, l'Autorità può ottenere dall'operatore economico l'assunzione di impegni volti a porre fine all'infrazione senza che si dia corso al procedimento sanzionatorio<sup>39</sup>.

La *ratio* di tale istituto è quella di consentire una più pronta e sollecita tutela dell'interesse pubblico, dal momento che la rimozione degli effetti

---

<sup>38</sup> Con identiche formulazioni, nei rispettivi regolamenti si prevede che «*Il responsabile del procedimento, allorché ritenga sufficientemente istruita la pratica, comunica alle parti la data di conclusione della fase istruttoria e indica loro un termine, non inferiore a dieci giorni, entro cui esse possono presentare memorie conclusive o documenti*».

<sup>39</sup> V. art. 8, co. 7 del D.Lgs. n. 145/07; art. 27, co. 7 del D.Lgs. n. 146/07.

pregiudizievoli derivanti dalla condotta contestata avviene mediante un accordo con l'operatore economico: il "patteggiamento", infatti, oltre a garantire la tempestività del rimedio, assicura maggiore efficacia alla risoluzione del conflitto, fondandosi sulla volontaria adesione del responsabile.

Pur tuttavia l'ambito di discrezionalità sembra trovare in questa sede la sua massima espansione, dal momento che le valutazioni rimesse all'Autorità investono pienamente l'*an* ed il *quomodo* dell'esercizio della funzione sanzionatoria<sup>40</sup>.

In ordine al ricorso a tale accordo, è insindacabile il giudizio dell'AGCM in merito alla "gravità" della condotta, rispetto alla quale si impone l'irrogazione della sanzione in virtù non tanto della sua funzione ripristinatoria (non assumendo rilievo ostativo la eventuale diversa volontà del soggetto debole/consumatore), quanto per quella di deterrenza, fornendo indicazioni latamente "regolatorie" del mercato.

Allo stesso modo, l'Autorità ha ampi margini di valutazione sul contenuto dell'impegno e sull'idoneità a rimuovere gli effetti dell'illecito, con apprezzamenti ai quali non sono estranee considerazioni in merito alla più congrua ed adeguata ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti: l'interesse privato dell'impresa o dell'istante, l'interesse collettivo della categoria di consumatori, l'interesse pubblico alla concorrenza, ecc.

Lungi dal configurare una conciliazione tra parti in conflitto, con l'Autorità in posizione di mediatore neutrale, l'impegno sembra quindi più propriamente da inquadrare nell'ambito degli accordi procedurali per il miglior svolgimento della funzione.

## 6. *Il formante giurisprudenziale*

Nell'ampia ed articolata casistica giurisprudenziale formatasi in prima applicazione della disciplina a tutela del consumatore<sup>41</sup> è dato rinvenire la conferma di profili latamente discrezionali nell'attività dell'AGCM, coinvolta attivamente nella protezione di interessi deboli.

In tal senso, infatti, è la stessa configurazione degli illeciti (siano esse pratiche commerciali scorrette ovvero pubblicità ingannevoli) quali fattispecie di pericolo ad assegnare all'Autorità un compito di prevenzione di condotte che,

---

<sup>40</sup> In termini, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 luglio 2010 n. 24991, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Sul punto, V. F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità* ... cit. L'A., in particolare, rileva come «*nella prassi (come peraltro nella stessa logica dell'istituto), l'atipicità è un carattere fondamentale. Ne discende maggiore discrezionalità dell'Antitrust che valuterà, ponderando interessi, un'offerta di impegni da parte dell'impresa oggetto di indagine, che è necessariamente atipica*».

<sup>41</sup> Sul punto, v. M. D'ARIENZO, *Limiti al sindacato del G.A. sulle valutazioni dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

anche solo allo stato potenziale, possono comprimere le libertà economiche dei consumatori. Uno stadio avanzato di tutela che anticipa l'effettiva lesione della sfera giuridico-patrimoniale del contraente debole, a dimostrazione che l'interesse pubblico presidiato (il regolare svolgimento delle dinamiche di mercato) prescinde dalle esigenze del singolo contraente.

Il destinatario della tutela, quindi, è un soggetto indeterminato<sup>42</sup>, una categoria di persone cui l'ordinamento riconosce una garanzia aggiuntiva rispetto a quelle contrattualistiche e giurisdizionali, al fine di colmare in via generale una palese asimmetria nei rapporti di forza.

Peraltro, la scelta della fascia di collettività sulla quale incentrare la tutela, siccome considerata secondo autonomo apprezzamento come maggiormente vulnerabile, costituisce una determinazione di merito insindacabilmente devoluta all'Autorità<sup>43</sup>.

Ne deriva che non rileva necessariamente l'integrazione di un danno risarcibile affinché si possa aprire un procedimento di contestazione dell'illecito, dal momento che ciò che legittima l'esercizio del potere è la riduzione o compromissione (anche solo potenziale) delle facoltà di scelta, indipendente, autonoma e consapevole dei soggetti economici.

Al riguardo, è *ius receptum* l'assunto secondo il quale «non è richiesto all'Autorità di dare contezza del maturarsi di un pregiudizio economico per i consumatori, essendo sufficiente la potenziale lesione della loro libera determi-

---

<sup>42</sup> Nel caso in cui la condotta investa una classe di persone in condizioni di particolare sudditanza (economica, sociale, ecc.), l'attività dell'AGCM è diretta a garanzia del "consumatore medio". L'art. 20, co. 3 del D.Lgs. n. 146/07 prevede che «*Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera.*

In merito, infatti, «*Il modello del "consumatore medio", ragionevolmente attento ed avveduto, (...) è sostanzialmente ispirato dal principio di proporzionalità in quanto idoneo ad operare un bilanciamento tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale. L'individuazione di siffatto modello non può conseguire ad una valutazione condotta in termini meramente statistici o empirici, dovendo invece essere presi in considerazione fattori di ordine sociale, culturale ed economico, fra i quali, in particolare, va analizzato il contesto economico e di mercato nell'ambito del quale il consumatore si trova ad agire:* cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 8 settembre 2009 n. 8395, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>43</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 ottobre 2003 n. 8321, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Il modello astratto del consumatore medio, di derivazione comunitaria, non esclude infatti che sia assicurata una tutela rafforzata anche nei confronti di soggetti sprovveduti o non particolarmente vigili, soprattutto quando la repressione dell'illecito è funzionale a di un diverso e più rilevante bene giuridico rispetto a quello della libera concorrenza.

nazione. Infatti, le norme a tutela del consumo delineano una fattispecie di “pericolo”, essendo preordinate a prevenire le possibili distorsioni delle iniziative commerciali nella fase pubblicitaria, prodromica a quella negoziale»<sup>44</sup>.

L'attività dell'Autorità, quindi, si colloca a monte della conclusione dell'eventuale accordo commerciale, allorquando il vincolo contrattuale non è ancora sorto e, pertanto, il singolo consumatore non ha subito una lesione effettiva della propria sfera giuridico-patrimoniale. Riveste importanza degna di tutela “amministrativa”, in questa sede, l'interesse pubblico alla correttezza delle condotte a beneficio della collettività, non tanto la mera aspettativa del contraente, rispetto alla quale sembra offrire un grado di protezione più che sufficiente il risarcimento del danno ex art. 1337 cod. civ.

A riprova che l'interesse tutelato non fa capo al singolo consumatore<sup>45</sup>, del resto, milita la circostanza che i profili di illiceità, soprattutto in tema di pubblicità ingannevole, non possono essere sanati mediante il rilascio di informazioni complete ed esaustive in sede di stipulazione del contratto: e ciò perché, ancorché il contraente sia ancora nelle condizioni di compiere una scelta libera e consapevole, il presupposto di attivazione del potere pubblico, ossia l'alterazione delle corrette dinamiche di mercato, si è già realizzato.

È stato, così, affermato che «L'ingannevolezza del messaggio pubblicitario non è esclusa dalla possibilità che il consumatore, contattando l'impresa di cui è pubblicizzata l'attività, sia posto in condizione, prima della stipula del contratto, di conoscere in dettaglio tutti gli aspetti che lo caratterizzano, in quanto la verifica dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato riguarda il messaggio pubblicitario in sé, e quindi la sua idoneità a condizionare le scelte dei consumatori, indipendentemente dalle informazioni che l'operatore renda disponibili a «contatto» già avvenuto, e quindi ad effetto promozionale ormai prodotto»<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 11 febbraio 2010 n. 1947, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). In senso conforma, *ex plurimis*, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 26 maggio 2009 n. 5249, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), laddove si chiarisce che «*La normativa in materia non ha, quindi, la mera funzione di assicurare una reazione alle lesioni arrecate dalla pubblicità ingannevole o comunque dalle pratiche scorrette agli interessi del consumatore, ma si colloca su di un più avanzato fronte di prevenzione, essendo tesa ad evitare effetti dannosi anche soltanto ipotetici*»; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 3 luglio 2009, n. 6446, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

<sup>45</sup> Ed infatti, «*In tema di pratiche commerciali scorrette, ai fini dell'individuazione del professionista responsabile non è necessaria la sussistenza di un rapporto o contatto diretto con il consumatore, essendo sufficiente, che la condotta venga posta in essere nel quadro di un'attività d'impresa finalizzata alla promozione e/o commercializzazione di un prodotto o di un servizio*»: cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 6 luglio 2009 n. 6456, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>46</sup> Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 ottobre 2009 n. 9743, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ove si chiarisce anche che, ai fini dell'attivazione del potere sanzionatorio, «*è irrilevante per valutare l'ingannevolezza dei messaggi, il fatto che nessuna doglianza da parte dei consumatori o dalle associazioni sia pervenuta all'operatore*».

Le ragioni del consumatore, inteso quale soggetto direttamente inciso da una condotta illecita, sono quindi da ritenersi solo concorrenti con le ragioni di interesse pubblico sulle quali si fonda l'attribuzione di compiti e poteri all'AGCM, non potendo in alcun modo condizionarne l'esercizio.

Al riguardo, appare dirimente proprio l'attuazione della facoltà dell'Autorità, come rilevato ampiamente discrezionale, di accettare gli impegni proposti dall'impresa per archiviare il procedimento sanzionatorio. Le valutazioni rimesse all'AGCM, infatti, non investono, se non incidentalmente, la posizione dell'istante o del singolo consumatore, ma sono dirette a valutare se la soluzione prospettata sia o meno idonea a rimuovere l'alterazione prodottosi nel mercato.

Ne deriva che, nel decidere se continuare nel procedimento sanzionatorio o patteggiarne la conclusione, l'AGCM tiene in considerazione anche lo svolgimento futuro delle pratiche commerciali, ben potendo propendere per l'irrogazione della pena qualora ritenga utile e necessario esprimere dei principi o dipanare dubbi e perplessità su aspetti controversi.

Emerge, con tutta evidenza, un ruolo "conformativo" e latamente "regolatorio" in questa materia, lontano dalla qualificazione della funzione in termini di giustizialità: la controversia portata all'attenzione dell'AGCM diviene così occasione per indirizzare le condotte degli operatori verso canoni di diligenza e correttezza che la stessa Autorità è chiamata ad individuare, definendo la regola del caso.

In tal senso, «l'Autorità, in sede di valutazione dell'impegno dell'operatore economico di porre fine all'infrazione ex art. 27 del Codice del Consumo, deve tener conto non solo dell'idoneità delle misure correttive proposte, ma anche della sussistenza di rilevanti interessi pubblici all'accertamento dell'eventuale infrazione, considerato che la valutazione non può venire in considerazione in ipotesi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale. Pertanto, l'Autorità deve valutare se la peculiarità e complessità del caso concreto, ovvero la necessità di stabilire dei principi con riguardo ad una fattispecie inedita o ad un mutato assetto di mercato, ovvero, ancora, l'interesse dell'Autorità ad irrogare un'ammenda con funzione deterrente, giustificano – o meno – il rigetto degli impegni presentati, con conseguente accertamento dell'infrazione»<sup>47</sup>.

Sulla base di un mero giudizio prognostico<sup>48</sup> e non gravato da un particolare obbligo motivazionale<sup>49</sup>, l'AGCM valuta la manifesta scorrettezza della condotta prima ancora dell'accertamento compiuto sui fatti dedotti, ossia prima

---

<sup>47</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 18 gennaio 2010, n. 306, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). In termini, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 24 febbraio 2010 n. 2974, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ove si evidenzia come, ai fini della valutazione della pertinenza delle misure correttive proposte rispetto all'oggetto della contestazione, sia ragionevole la circostanza che l'impresa prospetti soluzioni sostanzialmente analoghe a quelle che irrogerebbe l'Autorità all'esito del procedimento sanzionatorio.

<sup>48</sup> Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 21 settembre 2009 n. 9803, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>49</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 306/10 cit.

dell'istruttoria partecipata, assumendo così il pieno e discrezionale governo del procedimento, invero giustificabile solo in una logica di funzione attiva di cura dell'interesse pubblico primario, non certo di mediazione dei conflitti.

La prospettiva assunta dal Legislatore, infatti, è quella di imporre alle imprese modelli di comportamento che si desumono non solo dall'ordinamento vigente o dalle esperienze proprie di un settore, ma anche dalla stessa finalità di tutela del consumatore, assicurando un congruo e ragionevole bilanciamento tra i principi di libera circolazione delle merci ed il diritto alla libera maturazione di scelte consapevoli da parte del contraente debole. Ed, in tal senso, l'AGCM riveste un ruolo essenziale, tenuto conto che «siffatte regole di “esperienza” possono essere agevolmente desunte dalla consolidata prassi dell'Autorità, e dall'ampia casistica giurisprudenziale»<sup>50</sup>.

Ben si comprende, pertanto, perché gli istituti volti ad assicurare un contraddittorio pieno dell'impresa, sebbene ampi e garantisti, non comportano vincoli penetranti a carico dell'Autorità, trattandosi pur sempre di forme eventuali di partecipazione procedimentale allo svolgimento di una funzione di cura dell'interesse pubblico<sup>51</sup>.

Basti pensare, ad esempio, che la previsione dell'audizione del contraddittore viene letta quale strumento di ausilio istruttorio nell'azione dell'AGCM, piuttosto che una vera e propria modalità difensiva<sup>52</sup>.

Nello stesso senso, non sussiste alcun obbligo di disporre perizie o consulenze, essendo la relativa decisione rimessa ad un prudente apprezzamento dell'Autorità e non condizionata dall'istanza di parte<sup>53</sup>.

Domina, quindi, appieno il principio inquisitorio che consente l'acquisizione di elementi ulteriori rispetto a quelli prodotti dalle parti, ivi compreso il denunciante<sup>54</sup>, nell'intento di colmare, tramite la spendita di poteri pubblici, il *gap* che

---

<sup>50</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 8395/09 cit.

<sup>51</sup> Del resto, l'onere collaborativo dell'Autorità non può certo espandersi sino a mutarne la stessa finalità di garanzia del destinatario e «pena lo scolorare dei tratti che distinguono i rispettivi ruoli, non può trasmodare in una sostituzione nelle opzioni imprenditoriali circa l'individuazione delle soluzioni più efficaci e convenienti»: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1054, in *Foro. it.* 2003, III, 361.

<sup>52</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 ottobre 2008 n. 4913, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), laddove si evidenzia che l'audizione degli interessati è «una mera possibilità rimessa alla decisione del responsabile del procedimento e non vincolata dalle istanze degli interessati, spetta al ricorrente l'onere di fornire gli elementi idonei a dimostrare che attraverso l'audizione sarebbero state introdotte nuove circostanze, decisive per la decisione del caso». In termini, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 1 settembre 2008 n. 7974, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>53</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 16 settembre 2008 n. 8331, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>54</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 8 maggio 2009 n. 5007, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ove si evidenzia che «l'Autorità non ha alcun obbligo di limitare l'istruttoria a quanto esposto dal soggetto denunciante, ma può spingere la propria indagine anche ad altri aspetti del messaggio pubblicitario acquisiti per conoscenza diretta».

intercorre tra consumatore ed impresa: un potere penetrante, tuttavia, che risulta coerente soltanto nell'ottica dello svolgimento di funzioni sanzionatorie e di cura dell'interesse pubblico, non certo giustiziali, pena altrimenti un'evidente lesione del contraddittorio paritario.

La decisione assunta dall'Autorità, quindi, è il frutto di un'attività provvedimentale che comporta valutazioni non solo tecniche e di natura pressoché vincolata, inerenti la qualificazione della condotta<sup>55</sup>, ma anche apprezzamenti discrezionali<sup>56</sup>, in merito agli esiti del procedimento sanzionatorio.

In questo contesto, si inquadra l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che esclude la possibilità di un sindacato esteso al merito della controversia, invero motivato in ragione della portata della norma attributiva della giurisdizione, piuttosto che su considerazioni di ordine sistematico<sup>57</sup>.

Del resto, a fronte dell'esercizio della funzione, rinvenendosi in tale attività i caratteri tipici di una ponderazione discrezionale, appare più ragionevole la tutela giurisdizionale di tipo costitutivo/cassatorio, onde evitare lo sconfinamento della pronuncia giudiziale nell'ambito riservato all'amministrazione attiva.

---

<sup>55</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 14 aprile 2009 n. 3778, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ove si evidenzia che «Il potere dell'Autorità di qualificare come scorretta una pratica commerciale al verificarsi delle condizioni previste dalla norma, ha carattere vincolato, per cui il sindacato giurisdizionale di legittimità non è relativo alla logicità della scelta effettuata, atteso che è il legislatore a qualificare in termini di scorrettezza una pratica commerciale con determinate caratteristiche, ma è limitato alla valutazione del corretto apprezzamento del fatto compiuto dall'amministrazione». Invero, come è stato osservato, il potere di qualificazione delle condotte scorrette è fortemente delimitato da una rigorosa tipizzazione compiuta dal legislatore: v. F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità* ..., cit.

<sup>56</sup> In tal senso, è stato rilevato che «ai fini della determinazione delle sanzioni, la gravità delle violazioni può essere parametrata all'importanza dell'operatore commerciale ed alla sua dimensione economica; alla offensività della condotta; alla tipologia della violazione avuto riguardo allo standard di diligenza professionale nella specie pretendibile ed alla natura delle informazioni inesatte fornite ai consumatori», cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 dicembre 2010 n. 36112, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>57</sup> Sul punto, la giurisprudenza chiarisce che «il Tribunale può solo annullare in tutto o in parte l'atto, ma non anche modificare lo stesso relativamente all'entità della sanzione dovuta. Infatti, l'art. 27, co. 13, D.Lgs. 206/2005, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso le sanzioni amministrative pecuniarie adottate dall'Autorità per la violazione del decreto rinvia ad alcune norme della L. 689/1981, ma tra queste non indica l'art. 23 L. 689/1981 il cui undicesimo comma attribuisce al giudice il potere di modificare l'atto impugnato anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta»: cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 3 giugno 2010 n. 14856, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); TAR Lazio, Roma, Sez. I, 18 gennaio 2010 n. 314, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); TAR Lazio, Roma, Sez. I, 19 giugno 2009 n. 5807, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

In senso contrario, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 15 aprile 2010, n. 7104, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), laddove si afferma che «In materia di pratiche commerciali scorrette, la giurisdizione del giudice amministrativo sul profilo sanzionatorio si estende al merito della misura inflitta, ai sensi dell'art. 23 della legge 689/1981, applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 della legge 10 ottobre 1990 n. 287; sicché l'adito organo di giustizia, oltre ad annullare in tutto o in parte l'atto, ben può modificare lo stesso limitatamente all'entità della sanzione dovuta».

La congruità della pena inflitta, quindi, non viene rideterminata dal giudice amministrativo, il quale, invece, «può svolgere un sindacato soltanto indiretto sui provvedimenti dell'AGCM, inteso essenzialmente a verificare la coerenza e la ragionevolezza dell'iter logico percorso dall'Autorità, la congruità dell'istruttoria compiuta, la sufficiente univocità degli elementi indiziari disponibili e la sufficienza della motivazione addotta»<sup>58</sup>.

Va, tuttavia, osservato che la recente codificazione del processo amministrativo, di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, ha oramai rimesso tutti i giudizi inerenti le sanzioni pecuniarie irrogate da Autorità indipendenti alla giurisdizione di merito (art. 134), superando i limiti della originaria norma di attribuzione della giurisdizione, sicché l'orientamento riduttivo è destinato ad un inevitabile *revirement*<sup>59</sup>.

## 7. Conclusioni

La necessità di fornire tutela a soggettività deboli, in quanto maggiormente esposte a forme di pressione o ingerenza, rappresenta il presupposto legittimante l'attribuzione di un potere amministrativo, di tipo sanzionatorio, espressamente finalizzato a colmare il divario nei rapporti di forza tra imprese e consumatori: la libertà di auto-determinazione nelle scelte economiche, infatti, costituisce la condizione prima per il corretto svolgimento delle dinamiche di mercato e, quindi, la sua protezione è ontologicamente connessa alla salvaguardia del principio concorrenziale.

Ma non solo. Le pratiche commerciali sovente sono suscettibili di incidere su valori e valori costituzionalmente protetti (quali ad esempio la salute, il risparmio, ecc.), rispetto ai quali occorre offrire forme di garanzia a presidio di interessi a rilevanza collettiva<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 8 aprile 2009 n. 3723, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>59</sup> Da ultimo, infatti, è stato affermato che «Ai sensi dell'art. 134 del Codice del processo amministrativo, le sanzioni per pratiche commerciali scorrette rientrano nella giurisdizione amministrativa estesa al merito. Pertanto, il G.A. può modificare l'ammontare della sanzione imposta dall'AGCM» cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 3 novembre 2010 n. 33131, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>60</sup> Come osservato da autorevole dottrina, nelle determinazioni assunte dall'AGCM «*la tecnica sovviene non soltanto nel momento della specificazione del parametro di liceità/illeceità concorrenziale di una determinata condotta o di una determinata serie di condotte, ma della tecnica si fa impiego per individuare i rimedi, le condizioni, gli impegni, le misure (anche cautelari), ritenuti più idonei al perseguimento dell'interesse primario ed al contempo alla massimizzazione degli altri interessi pubblici e privati coinvolti*»; pur tuttavia, il «tramonto del mito della neutralità», non deve far dimenticare «*Quella esigenza – sempre viva e vitale – che nell'assolvimento di una funzione amministrativa così significativa e delicata (sul piano delle dinamiche economiche, sociali ed istituzionali) il titolare del potere agisca in modo assolutamente imparziale ed impermeabile alle sempre possibili pressioni ed agli eventuali tentativi di condizionamento*»: V. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 249, 251.

Ne discende, evidentemente, che l'Autorità, nel compiere le valutazioni in merito alla qualificazione della condotta ovvero alla determinazione della sanzione, ancorché faccia impiego di regole tecniche, è comunque investita del compito di bilanciare e ponderare esigenze e bisogni che trascendono la posizione delle singole parti in conflitto (il denunciante o l'impresa), assumendo come propria prospettiva la cura dell'interesse pubblico e, quindi, dando voce a quelle istanze che provengono dalla comunità e che, non sempre, riescono ad avere voce.

**“A.G.C.M. AND THE CONSUMER PROTECTION:  
THE PROTECTION OF WEAK RIGHTS IN NEW LEGAL INSTRUMENTS  
PROVIDED FOR D.LGS. NN. 145/07 AND 146/07”**

by Ivan Del Giudice

**Abstract**

The present study concerns the competences assigned to the AGCM to protection of the consumer, intended as category and not as individual, recognizing in those powers the lines of the public function executed to guarantee, also within the competitive market, the weak subjective positions in the comparison with the economic operators. It analyzes then the relationship of such function with that practiced by the judge.

*Giurisprudenza*



## L'inutile parametro dell'art. 138 Cost.

di Alfonso Celotto

1. L'art. 138 Cost. può essere un parametro di legittimità costituzionale dei vizi di contenuto delle leggi ordinarie? Può sembrare una domanda agevole a cui uno studente (bravo), all'esame, risponderebbe con buona sicurezza: "certo che no; l'art. 138 può essere parametro solo per i vizi formali delle leggi costituzionali".

Questo almeno in teoria. Perché la realtà spesso va ben oltre le ricostruzioni teoriche.

Infatti la sentenza sul legittimo impedimento utilizza l'art. 138 quale parametro della illegittimità costituzionale di una legge ordinaria come la l. n. 51 del 2010, ("Disposizioni in materia di impedimento a comparire in udienza"), dichiarata incostituzionale per violazione degli artt. 3 e 138 Cost.

Peraltro, non è questa la prima volta in cui la Corte è ricorsa a tale disposizione costituzionale per dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge ordinaria. In vero, però, nell'unico precedente in tal senso, vale a dire nella sentenza n. 262 del 2009, l'art. 138 Cost. era stato invocato "in combinato disposto" con l'art. 3 della Costituzione. In tale pronuncia, invece, si assiste «ad una sorta di promozione dell'articolo stesso, o, se si preferisce, di sua emancipazione ad un ruolo non più minore, se non proprio autonomo ed indipendente di parametro di (il)legittimità costituzionale violato»<sup>1</sup>.

Al fine di comprendere il rapporto tra le due sentenze, in merito all'art. 138 Cost. e, più in generale, il ruolo assolto da tale parametro nel giudizio di costituzionalità, occorre soffermarsi, sia pur brevemente, sulla invocazione del parametro in esame nella giurisprudenza costituzionale sulla c.d. "vicenda dei Lodi" (L. n. 140 del 2003, Lodo Schifani e L. n. 124 del 2008, Lodo Alfano).

2. La questione relativa alla violazione dell'art. 138 Cost. affonda le sue radici nella sentenza n. 24 del 2004. In tale occasione, per la verità, l'autorità rimettente non aveva indicato l'art. 138 Cost. nel dispositivo dell'ordinanza, ma

---

<sup>1</sup> Così, F. GABRIELE, *Ancora sull'art. 138 Cost. come parametro violato (questa volta dal "legittimo impedimento)*, in *www.federalismi.it*, 4.

si era limitata a citarlo in motivazione, specificando «che, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, vi è quello dell'art. 3, che, come la stessa Consulta ha già avuto occasione di rilevare, è un principio fondante dell'ordinamento, derogabile solo dalla stessa Costituzione ovvero con modifiche costituzionali a termine dell'art. 138 Cost». Appare evidente, dunque, che il riferimento all'art. 138 Cost. serviva al giudice remittente soltanto per rammentare la disciplina da esso prevista relativa al procedimento per le revisioni costituzionali e non certo per prospettare la violazione. Eppure, la Corte costituzionale ha ritenuto necessario «recuperare» il profilo di illegittimità costituzionale di cui all'art. 138<sup>2</sup>, ritenendo che ad esso il giudice *a quo* avesse fatto «implicito ma chiaro riferimento in tutto l'iter argomentativo del provvedimento» (Corte cost., sent. n. 262 del 2009, § 1 del *Considerato in Diritto*). In ogni caso, la pronuncia n. 24 del 2004 si è conclusa con una declaratoria di illegittimità di alcune disposizioni dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, senza alcun richiamo all'art. 138 Cost. Peraltro, in tale occasione, il giudice costituzionale non ha preso esplicita posizione sulla necessità (o meno) del ricorso ad una legge costituzionale in merito alla sospensione processuale delle alte cariche.

Tale silenzio è stato diversamente interpretato.

In primo luogo, vi è stato chi, al pari di quanto sostenuto dalla difesa della parte privata e dalla difesa erariale, ha ritenuto che la Corte, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003, per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione, «*ha implicitamente rigettato la pur prospettata questione, riferita all'art. 138 Cost., circa l'inidoneità della legge ordinaria a disporre la sospensione del processo penale instaurato nei confronti delle alte cariche dello Stato*» (Corte cost., sent. n. 262 del 2009, § 7.2 del *Considerato in Diritto*). In base a tale prospettiva, si riteneva che il vizio relativo all'art. 138 Cost. fosse «tacitamente, ma chiaramente ritenuto insussistente, così da dar vita ad una sorta di giudicato implicito»<sup>3</sup>. In altre parole, si ipotizzava che il silenzio della Corte sull'inidoneità della legge ordinaria dovesse essere interpretato come esclusione, sia pur implicita, della necessità di ricorrere alla legge costituzionale. A sostegno di tale argomentazione, si rilevava che il vizio ex art. 138 Cost., in quanto vizio formale, è giuridicamente e necessariamente pregiudiziale rispetto ai vizi sostanziali. Pertanto, la constatazione in merito all'omissione relativa alla censura ex art. 138 Cost. e il successivo scrutinio sui vizi sostanziali della dispo-

<sup>2</sup> In tal senso, cfr. F. GABRIELE, *Riflessioni sulla violazione (e sulla violabilità) dell'art. 138 della Costituzione*, in Scritti in onore di F. Modugno, Napoli, 2011, 1595.

<sup>3</sup> Per tale orientamento, cfr. P.A. CAPOTOSTI, in *Il lodo Alfano. Prerogative o privilegi?* a cura di A. Celotto, Roma, 2009, 91. Analogamente, cfr. C. MAINARDIS, *Violazione dell'art. 138 Cost., "assorbimento improprio" delle censure di incostituzionalità e giudizio in via incidentale*, in AA.VV., *Il lodo ritrovato*, Torino, 2009, 173 e segg.

sizione censurata inducevano a ritenere che la Corte avesse implicitamente rigettato la questione sull'inidoneità della fonte.

Su un versante diametralmente opposto, si collocava invece l'argomentazione addotta dal tribunale di Milano che, sollevando questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 138 Cost., riteneva che, «disposizioni normative riguardanti le prerogative, l'attività e quant'altro di organi costituzionali», richiedessero il procedimento di revisione costituzionale. Secondo il giudice, infatti, tale necessità non poteva essere messa in discussione constatando che «la Corte nella sentenza n. 24/2004, non ha rilevato il contrasto del c.d. "Lodo Maccanico-Schifani" con l'art. 138 Cost.» poiché, innanzitutto, «non esiste alcuna pregiudizialità tecnico-giuridica» ed inoltre «la Corte, nell'accogliere la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, [ha] dichiara[to] espressamente "assorbito ogni altro profilo di illegittimità costituzionale", lasciando così intendere che, in via graduata, sarebbero state prospettabili altre questioni. Di conseguenza, *la circostanza che la Corte si sia fermata all'accoglimento delle censure di legittimità della legge* attinenti ai principi supremi e ai valori fondanti, quali quello di uguaglianza e di tutela giurisdizionale dei diritti, *ritenendo assorbito ogni altro profilo di legittimità, non [ha] autorizza[to] l'interprete a dedurre che sia stato esaminato e disatteso il profilo attinente la violazione dell'art. 138 Cost.»* (ord. 26 settembre 2008, r.o. n. 397 del 2008). Tale orientamento veniva ampiamente condiviso da chi riteneva che, nonostante l'apparente omissione in merito alla inidoneità della fonte, il riferimento all'art. 138 Cost., «per quanto implicito» fosse «trasparente»<sup>4</sup>. In base a tale ricostruzione, l'affermazione della superiorità della Costituzione rispetto alle leggi ordinarie, insita in ogni declaratoria di incostituzionalità, per la violazione di qualsiasi norma costituzionale, certifica «l'insufficienza formale della legge ordinaria come strumento normativo idoneo a modificare le disposizioni costituzionali alla luce delle quali la legge è stata annullata»<sup>5</sup>. Pertanto, se il legislatore avesse voluto – come ha fatto – dar seguito alla sentenza n. 24 del 2004 avrebbe dovuto ricorrere al procedimento di revisione costituzionale, stante l'accertamento chiaro, benché implicito, dell'insufficienza del procedimento ordinario<sup>6</sup>.

Infine, vi è stato chi, rilevato che il «"giudicato" è sempre esplicito» e che «il

---

<sup>4</sup> Così, A. PACE, *Cinque pezzi facili*, in ID., *I limiti del potere*, Torino, 2008, 176; e ora nella *Memoria illustrativa*, relativa alla costituzione di parte della Procura della Repubblica di Milano nel giudizio di legittimità costituzionale sulla legge n. 124 del 2008, 20 e ss.

<sup>5</sup> In tal senso, A. PACE, *op. ult. cit.*, 20 e segg. *Contra*, P. CARNEVALE, "A futura memoria": dalla Corte segnali "per il dopo", in *Il lodo Alfano. Prerogative o privilegi?*, cit., 42.

<sup>6</sup> Si veda anche G.U. RESCIGNO, *Ci voleva una legge costituzionale!*, in AA.VV., *Il lodo ritrovato*, cit., 221, secondo il quale l'eventuale introduzione di una nuova deroga al principio di eguaglianza, introdotta con legge costituzionale, «può indignarci politicamente, ma non si vede come sia possibile opporsi giuridicamente».

c.d. giudicato implicito è un-senso»<sup>7</sup>, si è interrogato sul significato da attribuire alla tecnica dell'assorbimento. Un profilo di legittimità costituzionale «è “assorbito” quando *non è necessario* per risolvere una questione, *essendo sufficiente* (...) il ricorso a determinati parametri (nella specie, gli artt. 3 e 24 Cost.), come è avvenuto con la sent. n. 24 del 2004»<sup>8</sup>. L'assorbimento di un profilo non implica dunque una tacita reiezione dello stesso, poiché «chi tace non dice niente e tantomeno acconsente (...) soltanto per implicito»<sup>9</sup>. Non era escluso quindi che la questione di legittimità costituzionale potesse essere riproposta, rispetto al profilo assorbito, in altro giudizio di legittimità costituzionale.

Questo l'orientamento interpretativo seguito dalla stessa Corte nella sentenza n. 262 del 2009.

Dietro la mancata trattazione della questione sull'inidoneità della legge ordinaria ad introdurre la sospensione processuale non si celava un giudicato implicito sul punto. Secondo il giudice costituzionale infatti «quando si è in presenza di questioni tra loro autonome, per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità, rientra nei poteri (...) della Corte stabilire anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e dichiarare assorbite le altre (...)» (Corte cost., sent. n. 262 del 2009, § 7.2 del *Considerato in Diritto*). Pertanto, il giudizio sui vizi formali, lungi dall'essere pregiudiziale, è del tutto indipendente ed autonomo rispetto all'esame degli eventuali vizi sostanziali. Siffatta autonomia consente alla Corte di scegliere l'ordine con cui esaminare le censure di incostituzionalità. È quanto avvenuto nella sentenza n. 24 del 2004, ove il giudice costituzionale, rilevando che la violazione di principi e diritti fondamentali, quali l'eguaglianza e la ragionevolezza, emergesse «in modo immediato e non discutibile dalla stessa analisi del meccanismo intrinseco di funzionamento del beneficio», ha privilegiato l'esame di tali profili e ha ritenuto «non necessaria ogni ulteriore indagine in merito alle altre questioni sollevate» (Corte cost., sent. n. 262 del 2009, § 7.2 del *Considerato in Diritto*), lasciando così impregiudicata anche la questione relativa all'inidoneità della fonte. Nulla ostava dunque alla riproposizione della censura ex art. 138 Cost. Tali riflessioni hanno indotto la Corte ad entrare nel merito della questione e dichiarare l'illegittimità delle disposizioni censurate per violazione del combinato disposto

---

<sup>7</sup> Così, F. MODUGNO, *Prerogative (o privilegi?) costituzionali e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2009, 3969 ss.

<sup>8</sup> In tal senso, cfr. F. MODUGNO, *Prerogative (o privilegi?) costituzionali e principio di eguaglianza*, cit., 3970, nota 2. Si vedano anche le opinioni espresse da F. COSSIGA e V. ONIDA, in *Il lodo Alfano. Prerogative o privilegi?*, cit., 99 e 107.

<sup>9</sup> Così, L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Analogamente, cfr. E. GROSSO, *Considerazioni sparse in tema di lodo ritrovato e questioni di costituzionalità mai perdute. A proposito di alcuni dicta, non dicta e obiter dicta contenuti nella sentenza n. 24/2004*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 149 e ss.

degli artt. 3 e 138 Cost., in relazione alla disciplina delle prerogative di cui agli artt. 68, 90 e 96 Cost.

In effetti, non esiste alcuna norma giuridica che imponga al giudice costituzionale di rispettare l'ordine delle questioni o dei profili di una stessa questione ad esso sottoposti dall'autorità rimettente. La Corte gode di piena e assoluta libertà nell'affrontare le questioni di legittimità dinanzi ad essa sollevate. Tuttavia, anche in ragione della non impugnabilità delle decisioni costituzionali, ex art. 137, ult. co. Cost., e dunque dell'esclusione di qualsiasi controllo nei confronti delle pronunce costituzionali, sarebbe, in ogni caso, opportuno – oltre che giuridicamente dovuto in forza del principio di cui all'art. 111, comma 6, Cost. – che la Corte motivasse le ragioni sottese alla scelta del criterio seguito per esaminare i diversi profili delle questioni ad essa prospettate<sup>10</sup>. Appare evidente, infatti, che solo una motivazione chiara e diffusa delle proprie decisioni, una motivazione che renda conto della *ratio decidendi*, dei criteri seguiti per giungere ad una determinata conclusione, consente alla Corte di intervenire con maggiore sicurezza anche su questioni politicamente scottanti, evitando eventuali accuse di eccessiva politicità.

3. Un'adeguata e ragionevole motivazione avrebbe probabilmente fugato ogni dubbio in merito alle molteplici perplessità relative all'utilizzo dell'art. 138 Cost. come parametro di legittimità costituzionale.

Come è noto, sin dalla sentenza n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale, nulla osta a che una legge costituzionale possa essere sindacata in sede di giudizio di legittimità. Tuttavia, sono altrettanto noti i vizi di cui detta legge può essere affetta.

A livello sostanziale, se contrasta con i principi supremi della Costituzione o con i diritti inviolabili, la legge costituzionale viene dichiarata illegittima. In tal caso, le norme parametro saranno proprio quelle disposizioni costituzionali che, integrando il c.d. nucleo duro della Costituzione, non sono suscettibili di alcuna modifica.

A livello formale, qualora venga violata una delle norme relative al procedimento di formazione della legge costituzionale, quest'ultima viene espunta dall'ordinamento. In tal caso, non v'è dubbio nel rilevare come parametro costituzionale l'art. 138 Cost.

Ben diverso, invece, il caso in esame, ove viene dichiarata incostituzionale una legge ordinaria (anche) per violazione dell'art. 138 Cost.

---

<sup>10</sup> Per tale orientamento, cfr. C. MAINARDIS, *Violazione dell'art. 138 Cost., "assorbimento improprio" delle censure di incostituzionalità e giudizio in via incidentale*, cit., 174 e ss.; R. BIFULCO, *Sui limiti del c.d. assorbimento dei motivi nel giudizio di costituzionalità*, in *Il lodo Alfano. Prerogative o privilegi?*, cit., 29 e s.

Quali le ragioni sottese a tale scelta?

Una motivazione potrebbe essere quella per cui, in regime di Costituzione rigida, «in ogni dispositivo di accoglimento di una q.l.c. c'è sempre (...) la riaffermazione della “superiorità normativa” della nostra Costituzione»<sup>11</sup>. Tuttavia, non si spiega perché allora «il richiamo all'art. 138 non ci sia mai ma potrebbe esserci sempre, o, meglio, (...) non ci sia mai *perché* potrebbe esserci sempre»<sup>12</sup>. In altre parole, delle due, l'una: se il vizio sostanziale va sempre, kelsenianamente, qualificato come vizio formale-procedurale, allora l'art. 138 Cost. deve essere invocato – paradossalmente – in tutte le pronunce di accoglimento; altrimenti, se così non è, il richiamo al parametro in esame va circoscritto alle sole ipotesi in cui si lamentano vizi procedurali con riguardo all'approvazione di una legge costituzionale.

Una diversa ragione che potrebbe aver spinto la Corte ad invocare l'art. 138 Cost. potrebbe essere quella di ritenere che la legge ordinaria censurata fosse illegittima proprio perché tale, vale a dire ordinaria, pur essendo stata adottata in una materia coperta da riserva di legge costituzionale. Posto che ciò sia tutto da dimostrare, dal momento che la Corte non si è mai pronunciata espressamente né sull'inidoneità della legge costituzionale, né sull'inidoneità della legge ordinaria, ad introdurre nuove prerogative, tale ricostruzione non convince. In tal caso, infatti, la legge ordinaria che interviene in una materia costituzionalmente riservata violerebbe la norma costituzionale prescrivente la riserva e non già l'art. 138 Cost. che, indubbiamente, non contiene alcuna riserva.

Appare evidente dunque, da un lato, l'inutilità del richiamo all'art. 138 Cost. e ragionevole, dall'altro, l'auspicio a che si ritorni all'antico, quando il parametro in esame veniva invocato solo a fronte di leggi costituzionali affette da vizi formali<sup>13</sup>. È inutile utilizzare parametri inutili, altrimenti, per voler riprendere l'esempio con cui ho aperto questo breve commento, si rischia soltanto di confondere le idee (anche) agli studenti (che debbono sì essere resi consapevoli della problematicità del diritto, ma che debbono anche avere qualche certezza).

---

<sup>11</sup> Così, A. PACE, *La svolta della Corte costituzionale in tema di legittimo impedimento e l'ambiguo richiamo all'art. 138 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2011.

<sup>12</sup> In tal senso, cfr. G. FERRAIUOLO, *Osservazioni, a prima lettura, sull'art. 138 Cost. come parametro di legittimità nella sentenza n. 262 del 2009*, in *www.federalismi.it*, n. 20, 2009, 2.

<sup>13</sup> Per tale orientamento, si veda S.M. CICCONE, *L'equivoco dell'art. 138 come parametro di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 2011.

Il conflitto di attribuzione fra enti  
non risolve i dubbi di legittimità costituzionale  
della legge regionale siciliana in tema di incarichi dirigenziali.  
Considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale  
n. 156 del 2011

di Giuseppe Verde

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 156 del 2011 dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri avverso diverse deliberazioni adottate dalla Giunta della Regione siciliana nel dicembre 2009. Si tratta di deliberazioni con le quali il governo regionale provvede alla conferma o al conferimento degli incarichi di direttore regionale a tempo determinato, privilegiando il ricorso a professionalità esterne all'amministrazione regionale: nove dei direttori regionali prescelti non appartengono alla burocrazia regionale.

Dalla sentenza emerge in modo evidente l'equivocità del ricorso del Presidente del Consiglio il che lascia intendere che, a fronte della proposizione del conflitto di attribuzione fra enti, le ragioni del ricorrente erano sostanzialmente indirizzate a far emergere le incongruenze della legislazione regionale sulla cui base l'esecutivo siciliano ha provveduto alla scelta dei direttori regionali. Per altro verso le ragioni sostanziali del conflitto erano assai fumose perché era (ed è) evidente che il governo nazionale non ha alcuna competenza circa la nomina dei direttori generali della Regione siciliana.

Gli esiti del conflitto erano quindi già prefigurati dalle modalità di proposizione dello stesso, giustificato più da ragioni di scontro politico che su ragionevoli basi di diritto costituzionale. Condivisibile, quindi, la decisione della Corte costituzionale a detta della quale le deliberazioni contestate sono riconducibili all'organizzazione degli uffici regionali (materia di competenza esclusiva regionale ai sensi dell'art. 14, lettera *p*) dello Statuto speciale) e conseguentemente riconosce che "difetta la lesione o la menomazione di alcuna competenza dello Stato ricorrente"; difetta l'*elemento oggettivo* del conflitto non potendosi intendere "come tale la violazione della norma statale cui si fa riferimento, né la circostanza che questa norma sia espressione o applicazione dei principi costituzionali evocati". Conclude la Corte che non sussiste nemmeno una attribuzio-

ne costituzionale che consenta allo Stato di “definire preventivamente le deroghe ammissibili al principio del concorso pubblico” in sintonia con gli articoli 3 e 97 della Costituzione.

È bene che chi rivolge la propria attenzione alla sentenza qui in commento non pervenga a conclusioni che, muovendo da una decisione che non annulla i deliberati regionali, giustifichino l'azione amministrativa del governo regionale per poi concludere che la legislazione regionale relativa al conferimento degli incarichi di direttore generale sia immune da vizi di illegittimità costituzionale. Prescindendo da valutazioni che attengono alla rispondenza dell'operato del governo regionale rispetto a quanto previsto dalla legge regionale n. 10 del 2000 (comma 8 dell'art. 9, così come modificato dall'art. 2, comma 3, primo periodo, della l.r. n. 19 del 16 dicembre 2008), per quel che attiene ai paventati dubbi di legittimità costituzionale della normativa regionale si deve convenire che la sentenza qui in commento è una decisione processuale nella quale la Corte non affronta il merito della questione. Dunque l'inammissibilità del ricorso non ha consentito alla Corte nemmeno di valutare la possibilità di sollevare dinanzi a se stessa la questione di legittimità della legislazione regionale siciliana in raffronto agli invocati parametri costituzionali dell'uguaglianza e del buon andamento della pubblica amministrazione (artt. 3 e 97 Cost.). Su questo aspetto la Corte non dice nulla né alcuno è abilitato a trarre dalla sentenza n. 156 del 2011 la conclusione che siccome in sede di conflitto la Corte non ha sollevato la questione di legittimità della legge regionale questa sia immune da vizi che potranno sempre essere dedotti in altri giudizi.

2. Al di là del conflitto è chiaro che il Governo regionale ha proceduto alla nomina dei dirigenti esterni sulla base del novellato comma 8 dell'art. 9 della l.r. n. 10 del 2000 che ha ampliato al 30 per cento la quota di direttori generali esterni, originariamente fissata al 5, poi portata al 20 e, infine, come si è appena detto ulteriormente ritoccata al 30 per cento.

Come è noto le norme generali statali (art. 19, comma 6 del decreto legislativo n. 165 del 2001, così come da ultimo modificato dal decreto legislativo n. 150 del 2009) prevedono una percentuale diversa da quella regionale visto che gli incarichi in questione possono essere conferiti “entro il limite del 10 per cento” a soggetti esterni agli apparati burocratici in possesso di particolari titoli scientifici e professionali.

Le differenze da ultimo richiamate sono proprio alla base di ciò di cui la Corte non si occupa e spingono a definire almeno alcune linee spero utili per abbozzare la risposta alla domanda: la disposizione regionale che prevede un limite del 30 per cento a favore di dirigenti esterni è costituzionalmente legittima? Tralasciando in questa sede l'approfondimento dell'avvenuto rispetto del principio costituzionale del concorso pubblico come mezzo necessario per accedere alla pubblica amministrazione.

La prima risposta – per certi versi scontata – alla domanda sopra posta, potrebbe muovere dal valore della *specialità* regionale; non intendo qui tanto ridiscutere delle competenze e dei limiti alla potestà legislative esclusiva della regione siciliana, ma osservare che il procedimento legislativo regionale si è concluso con la promulgazione della novella (del 2008) alla legge regionale n. 10 del 2000; il che significa che il particolare controllo preventivo esercitato dal Commissario dello Stato si è svolto senza che sia stato promosso il ricorso di legittimità costituzionale alla Corte.

Il fatto che, però, la modifica alla legge regionale n. 10 sia entrata in vigore, non priva noi tutti della possibilità di verificare l'andamento della giurisprudenza costituzionale sul punto e soprattutto di riprendere la discussione sui limiti alla potestà legislativa regionale. Ove le note che seguono dovessero dimostrare che la Regione siciliana ha potuto lì dove altre regioni non possono, ne dovremmo dedurre che la specialità ha dimostrato un particolare (in vero inatteso) vigore.

3. In riferimento alla problematica che ha ingenerato il conflitto risolto con la sentenza qui in commento, non si può prescindere dal fare un cenno ai rapporti fra fonti statali e fonti regionali.

Le considerazioni che seguono sono, quindi, connesse con l'argomento qui trattato e non hanno la pretesa di affrontare altre e più articolate questioni che attengono ai rapporti fra leggi statali e leggi regionali.

Dovendo concentrare l'attenzione solo sulle fonti che disciplinano i criteri di designazione dei dirigenti generali e la possibilità di far ricorso a professionalità esterne agli apparati burocratici, è necessario muovere dall'art. 19 del decreto legislativo n. 165 del 2001. È noto che il testo vigente dell'articolo 19 è frutto di modifiche diverse, l'ultima delle quali si deve al decreto legislativo n. 150 del 2009.

La successione nel tempo – dal 1993 al 2011 – di diversi decreti legislativi che hanno riformulato il testo dell'articolo 19 impone alcune precisazioni.

L'entrata in vigore del decreto legislativo n. 29 del 1993 fu accompagnata dal sorgere di alcune questioni relative agli effetti che legge delega e decreto legislativo avrebbero prodotto sugli ordinamenti delle regioni speciali. La conclusione cui si pervenne riconosceva la natura di norme di grandi riforme economico sociale alle sole disposizioni contenute nella legge delega e non alle disposizioni del decreto legislativo n. 29 del 1993 (Corte costituzionale, sentenza n. 383 del 1994). Da qui presero avvio tutta una serie di riflessioni circa gli effetti che tale ricostruzione avrebbe potuto produrre sulla legislazione regionale vigente nelle regioni speciali. Il tema si semplificò nel momento in cui la c.d. privatizzazione del pubblico impiego ebbe uno sbocco concreto anche nell'ordinamento regionale siciliano con l'avvenuta approvazione della legge regionale n. 10 del 2000. Il testo dell'art. 19 del decreto legislativo n. 165 – che è rimasto

sullo sfondo della sentenza n. 156 del 2011 – è frutto di un processo normativo diverso da quello sopra richiamato. Non è cosa da poco che fra il 1993 e il 2009 sia entrata in vigore la legge costituzionale n. 3 del 2001 alla quale si deve una rivisitazione complessiva dei rapporti fra centro e periferia e che reca una disposizione transitoria – l'art. 10 – grazie alla quale fino all'adeguamento degli statuti speciali al Titolo V, è consentito applicare nei singoli ordinamenti regionali e provinciali le disposizioni che “prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle attribuite” dai rispetti statuti.

Presupposto del decreto legislativo n. 150 del 2009 è la legge delega n. 15 del 2009. Quest'ultima all'articolo 2, comma 4, affida ai successivi decreti legislativi il compito di individuare quali disposizioni siano riconducibili alla competenza esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, Cost.) e, ancora, quelle “contenenti principi generali dell'ordinamento giuridico, ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali negli ambiti di rispettiva competenza”. Si comprende che le potestà legislative regionali verrebbero circoscritte grazie al ricorso alla competenza tassativa statale o ai principi generali dell'ordinamento (nel caso di competenza concorrente ai sensi del terzo comma dell'art. 117 della Cost.).

Prescindendo da qualsiasi riflessione sulla tecnica normativa cui fa ricorso la legge delega n. 15 del 2009, noto che il decreto legislativo n. 150 del 2009 adempie ai compiti di cui all'art. 2, comma 4, con l'art. 74 il quale, ai commi 1 e 2, stabilisce che alcuni articoli dello stesso decreto legislativo “rientrano nella potestà legislativa esclusiva esercitata dallo Stato, ai sensi dell'art.117, secondo comma, ...”, altri articoli dello stesso decreto “recano norme di diretta attuazione dell'articolo 97 della Costituzione e costituiscono principi generali dell'ordinamento...”.

La modifica dell'art. 19, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001 è operata dall'articolo 40 del decreto legislativo n. 150 del 2009. Ora la disposizione che definisce l'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 150 non menziona l'art. 40; ne deriverebbe che l'art. 19, comma 6, alla luce delle considerazioni svolte non verrebbe qualificato né come esercizio di competenza esclusiva dello Stato né come principio generale dell'ordinamento come attuazione diretta dell'art. 97 della Costituzione.

È da dire che sempre l'art. 74, comma 5, del decreto legislativo n. 150 del 2009, consentirebbe di applicare il nuovo art. 19, comma 6, alle regioni speciali e alle province autonome di Trento e Bolzano “compatibilmente con le attribuzioni previste dagli statuti e dalle relative norme di attuazione”. L'art. 74, comma 5, presenta una formulazione diversa dalla ricorrente formula di chiusura che accompagna leggi statali che pretendono di recare norme di grande riforma economico sociale (G. Verde, *L'attuazione delle leggi “Bassanini” nella Regione Siciliana*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Torino, 1999). La sopravvivenza del suddetto limite alla potestà legislativa esclusiva della Regione Siciliana passa dal raffronto di competenze statutarie e competenze costi-

tuzionali attraverso il meccanismo della possibilità di applicare la disposizione costituzionale di maggiore favore per la regione speciale. Effettuata tale constatazione segue l'individuazione del limite all'esercizio della potestà legislativa regionale. Per essere chiari, se la Regione Siciliana invocasse la competenza legislativa residuale *ex art.* 117, comma 4, ad essa si porrebbero i soli limiti posti dal primo comma dell'*art.* 117 Cost. Ove, invece dal raffronto delle competenze attraverso l'*art.* 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, fosse ritenuta più favorevole la disciplina statutaria della competenza esclusiva, quest'ultima dovrebbe essere esercitata nel rispetto dei limiti che accompagnano le potestà oggetto dell'*art.* 14 dello Statuto speciale (Corte costituzionale, sentenza n. 378 del 2007). Fra questi permane il limite delle grandi riforme economiche sociali la cui efficacia passa sempre attraverso leggi statali che devono trovare un titolo di legittimazione in una disposizione costituzionale (Corte costituzionale, sentenze n.536 del 2002; n. 62 del 2008; nn. 164, 165, 226 del 2009; n. 109 del 2011).

Dalla sentenza qui in commento si ammette che le deliberazioni impugnate siano riconducibili alla competenza amministrativa della Regione, stante il principio del parallelismo tra funzione amministrativa e competenza legislativa esclusiva ai sensi dell'*art.* 14, lettera *p*) dello Statuto speciale. Ma la Corte non aggiunge nulla sull'esercizio della funzione legislativa esclusiva della Regione.

Permane il problema di definire la natura giuridica dell'*art.* 19, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Un'indicazione importante – e diversa dalle prospettive sopra delineate – proviene dalla giurisprudenza costituzionale. Si vuol fare riferimento alla sentenza n. 324 del 2010 nella quale i giudici costituzionali sottopongono a scrutinio l'*art.* 40 del decreto legislativo n. 150 del 2009. La questione attiene proprio all'applicabilità a tutte le amministrazioni pubbliche dell'*art.*19, commi 6 e 6 *bis*, del decreto legislativo n. 165 del 2001. La Corte deve quindi pronunziarsi circa la riconducibilità dell'*art.* 19, commi 6 e 6 *bis*, alle competenze esclusive statali da cui poi consegue il vincolo nei confronti del legislatore regionale. Su questi presupposti la Corte ritiene che “si tratta di una normativa riconducibile alla materia dell'ordinamento civile di cui all'*art.* 117, secondo comma, lettera *d*), Cost., poiché il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, disciplinato dalla normativa citata, si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato. Conseguentemente, la disciplina della fase costitutiva di tale contratto, così come quella del rapporto che sorge per effetto della conclusione di quel negozio giuridico, appartengono alla materia dell'ordinamento civile. Tale disciplina non riguarda, pertanto, né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego, né la scelta delle modalità di costituzione di quel rapporto giuridico. Essa, valutata nel suo complesso, attiene ai requisiti soggettivi che debbono essere posseduti dal contraente privato, alla durata massima del rapporto, ad alcuni aspetti del regime economico e giuridico ed è pertanto riconducibile alla regolamentazione del particolare contratto che

l'amministrazione stipula con il soggetto ad essa esterno cui conferisce l'incarico dirigenziale. Non sussiste, dunque, violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 119 Cost., appunto perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della finanza pubblica) o residuale regionale (organizzazione delle Regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale”.

In riferimento alle vicende relative alla decisione qui in commento si possono trarre alcuni spunti.

Per l'esercizio della potestà legislativa esclusiva della Regione Siciliana è sempre esistito il limite generale del diritto privato. Nel senso che tale limite si configura come un riconoscimento esclusivo e tassativo a favore della potestà legislativa statale.

La sentenza n. 156 del 2011 non entra nel merito delle questioni di legittimità ipotizzabili, ricostruendo il rapporto fra fonti statali e fonti regionali alla luce della successione di leggi delega e decreti legislativi in considerazione, soprattutto, della giurisprudenza costituzionale. Pertanto la decisione ha carattere processuale e non è possibile trarre dalla stessa indicazioni ulteriori a ciò che è contenuto nel suo dispositivo.

Ove si ponesse il problema della legittimità costituzionale della legislazione regionale siciliana in contrasto con i contenuti dell'art. 19 del decreto legislativo n. 165 del 2001, credo che bisognerebbe tenere in giusta considerazione il contenuto della sentenza della Corte costituzionale n. 324 del 2010 alla luce della quale non vedo molto spazio per difformità regionali rispetto all'esercizio di potestà legislativa statale di tipo esclusivo. La sentenza n. 324 del 2010 sottrae al legislatore regionale la competenza che si manifesta nell'art. 19, comma 6 del decreto legislativo n. 165 del 2001, perché ricondotta alla potestà esclusiva dello Stato.

Nella sentenza n. 156 del 2011 rimane sullo sfondo la legislazione regionale siciliana che ha modificato la precedente normativa in tema di dirigenza elevando la percentuale dei direttori generali esterni alla misura del 30 per cento e ciò in difformità da quanto espressamente previsto dall'art. 19, comma 6 del decreto legislativo n. 165 del 2001. La legge regionale che ha elevato tale percentuale è del 2008 (n. 19 del 16 dicembre) la sentenza n. 324 del 2010 è successiva all'entrata in vigore della legge regionale del dicembre del 2008 la quale, a sua volta precede la modifica dell'art. 19, comma 6, voluta dall'art. 40 del decreto legislativo n. 150 del 2009. Resta da capire se sull'efficacia della legge regionale abbia prodotto qualche effetto il nuovo art. 19, comma 6, e ciò anche prescindendo dalle affermazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 324 del 2010.

Infatti, ove si volesse prescindere dalla sentenza sopra richiamata, non si potrebbe fare a meno di considerare l'art. 74, comma 5, del decreto legislativo n.

150 del 2009 che apre alla possibilità di considerare l'art. 19, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001 come norma di grande riforma economico sociale e quindi insuscettibile di deroghe anche rispetto agli ordinamenti delle regioni speciali.

Il problema posto potrebbe avviarsi a soluzione richiamando i principi contenuti nella sentenza della Corte costituzionale n.153 del 1995. La sentenza n.153 fu l'occasione per definire il rapporto fra legge statale che reca norme di grandi riforme e potestà legislative regionali di tipo esclusivo. In quel caso la Corte sancì che l'avvenuta entrata in vigore di una disposizione statale di grande riforma economico sociale comporta l'abrogazione della previgente normativa regionale in contrasto, affidando l'individuazione delle disposizioni regionali abrogate al giudice e lasciando impregiudicata la possibilità che, di fronte a dubbi interpretativi, sia rimessa alla Corte la questione di legittimità delle disposizioni regionali ritenute incompatibili con le disposizioni che recano grandi riforme.

Se la Corte qualifica il nuovo articolo 19 come esercizio della competenza statale in materia di ordinamento civile, la norma regionale che interviene su quello stesso oggetto di disciplina è incompetente. Il giudice non ha dunque alternative: deve sospendere il giudizio e rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Al giudice delle leggi spetterà di valutare la possibilità di estendere i principi contenuti nella sentenza n. 324 del 2010 anche all'ordinamento della Regione Siciliana.



*Rassegne*



## Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato Speciale in tema di accordi tra amministrazioni e privati

di Salvatore Dettori

SOMMARIO: 1. Sulla disponibilità delle posizioni negoziate in capo alle parti dell'accordo. - 2. Sulla legittimità del ricorso agli accordi. - 3. Sull'applicazione agli accordi della disciplina civilistica. - 4. Sulla giurisdizione. - 5. Sul recesso.

La presente Rassegna è diretta ad analizzare una selezione delle più recenti pronunce del Consiglio di Stato sul tema degli accordi conclusi tra pubblica amministrazioni e privati. Sono in particolare state esaminate le sentenze del giudice amministrativo di appello relative a controversie in merito a diversi profili applicativi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990.

### 1. *Sulla disponibilità delle posizioni negoziate in capo alle parti dell'accordo*

La pronuncia in esame, **Cons. St., sez. V, 17 settembre 2010, n. 6938**, merita sicuro interesse nella presente Rassegna, in quanto in essa il giudice amministrativo afferma un principio generale che risulta fondamentale nella materia degli accordi tra amministrazioni e privati, ossia quello della **titolarità e della disponibilità in capo alle parti delle posizioni negoziate**.

La vicenda in questione muove dal ricorso proposto da due società, fornitrici di servizi di riabilitazione, contro la ASL 2 di Avellino e la Regione Campania per l'annullamento di una serie di atti ritenuti lesivi del proprio diritto ad essere convenzionate con il SSN. Tale diritto risulterebbe fondato, a detta delle società ricorrenti, su una serie di accordi ex art. 11 della legge n. 241 del 1990, intercorsi tra le medesime società e la ASL.

A parere del Consiglio di Stato nella vicenda in esame non risulterebbe rispettato il ricordato principio secondo il quale la titolarità e disponibilità in capo alle parti delle posizioni negoziate costituisce indefettibile presupposto per la produzione di validi effetti dell'accordo stipulato. Ciò alla luce della riscontrata assenza della Regione Campania agli incontri considerati fonte dell'obbligazione e del drit-

to vantato. Tale circostanza non consente che dagli accordi stipulati tra le società e la ASL possa discendere alcun diritto in capo agli interessati. Ai sensi della normativa vigente, la Regione è infatti attributaria della titolarità e della responsabilità complessiva della gestione del servizio sanitario, con specifico riguardo all'istituto dell'accREDITAMENTO. Questo è rilasciato dalla Regione alle strutture autorizzate pubbliche e private ed ai professionisti interessati, mediante una determinazione di natura provvedimentale e di contenuto concessorio ed accrescitivo della sfera giuridica del destinatario. Da ciò l'inesigibilità delle eventuali pattuizioni assunte dall'ASL sul punto in questione, per carenza della relativa attribuzione.

Detto in altri termini, la possibilità di fare confluire nel procedimento le posizioni negoziate per la composizione di possibili contrasti, secondo il giudice amministrativo dell'appello, non sposterebbe l'ordine delle competenze derivante dalle norme vigenti.

Sul tema della titolarità delle posizioni negoziate merita altresì interesse **Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 239.**

La questione sottoposta all'esame del giudice amministrativo concerne la realizzazione di un progetto di porto turistico in provincia di Grosseto, in un'area appartenente al demanio marittimo.

In sede di conferenza di servizi, convocata tra le amministrazioni competenti a diverso titolo nel procedimento, viene espresso parere negativo sul progetto in questione, in quanto l'intervento in esso previsto è ritenuto contrastante, tra l'altro, con tutta una serie di strumenti urbanistici posti dai diversi livelli di governo del territorio.

La società ricorrente censura il suddetto parere, che si sarebbe limitato all'analisi di questioni a carattere generale senza estendersi alla valutazione del progetto preliminare e in particolare senza tenere conto della procedura prescritta dall'art. 6, comma 2, lettera b), del D.P.R. n. 509 del 1997, ossia del regolamento contenente la disciplina della concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto. Alla luce di tale disposizione, infatti, in caso di difformità del progetto rispetto ai vigenti strumenti di pianificazione ed urbanistici, l'approvazione del progetto definitivo è effettuata mediante accordo di programma.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto infondate tali censure, affermando che le finalità di semplificazione procedurale, sottostanti alla disciplina della conferenza di servizi e dell'accordo di programma, escludono la puntuale valutazione di un progetto preliminare, il cui contrasto con la vigente disciplina di settore sia non solo plurimo e di non lieve consistenza, ma anche riferito a profili della disciplina stessa ritenuti dalle amministrazioni competenti non suscettibili di modifica, per superiori interessi di natura urbanistica ed ambientale.

Afferma a tal proposito il giudice amministrativo che se è vero, infatti, che il contrasto con la vigente disciplina urbanistica può non essere ostacolo

insormontabile nell'ottica delle nuove prospettive di esercizio consensuale della potestà amministrativa che trova espressione nell'accordo di programma, è anche vero che **resta centrale, sul piano programmatico, il consenso unanime delle amministrazioni competenti**. Se da una parte, pertanto, si ammette che i privati interessati possano imprimere decisivo impulso anche all'esercizio dell'attività amministrativa discrezionale, potendo far valere in rapporto alla medesima il proprio apporto partecipativo, non può per ciò stesso concludersi che l'amministrazione sia tenuta ad affrontare modifiche della disciplina urbanistica di cui la stessa neghi radicalmente l'opportunità (senza che provenga dai privati interessati, come nel caso di specie, una seria confutazione delle ragioni di interesse pubblico, poste a base del rifiuto).

Nel caso di specie gli enti locali potevano dunque legittimamente soprassedere alla valutazione del progetto in questione, ritenuto incompatibile con norme programmatiche ritenute non modificabili.

## 2. *Sulla legittimità del ricorso agli accordi*

La materia urbanistica tradizionalmente costituisce un significativo banco di prova per analizzare gli orientamenti della giurisprudenza sulla legittimità del ricorso agli strumenti consensuali, ed in primo luogo agli accordi ex art. 11, in alternativa all'esercizio del potere autoritativo da parte dei soggetti pubblici.

La pronuncia in esame, **Cons. St., sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545**, si pone al riguardo come particolarmente interessante.

Il Comune di Roma ha impugnato la sentenza con la quale il TAR del Lazio aveva annullato in alcune parti gli atti relativi all'adozione ed alla successiva approvazione del nuovo P.R.G. capitolino. In particolare il TAR aveva considerato illegittime una serie di specifiche previsioni in tema di cessione di aree al Comune e di contributo straordinario, ritenendo che le modalità adottate per il perseguimento degli obiettivi di perequazione urbanistica e finanziaria violassero il principio di legalità. Con la cessione di aree si avrebbe infatti una forma larvata di ablazione della proprietà non trovante "copertura" normativa in alcuna espressa disposizione di legge (e quindi in violazione dell'art. 42 Cost.); con il contributo straordinario il risultato sarebbe quello di un'imposizione patrimoniale, seppur di natura non tributaria, che non troverebbe a sua volta riscontro in alcuna previsione di legge.

Il Consiglio di Stato riforma la decisione di prime cure, affermando la legittimità della suddetta disciplina perequativa. Essa infatti, a parere del giudice amministrativo, si reggerebbe su due pilastri fondamentali, entrambi ben noti al nostro ordinamento: a) **la potestà conformativa** del territorio, di cui l'amministrazione è titolare nell'esercizio della propria attività di pianificazione; b) **la possibilità di ricorrere a modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di finalità di pubblico interesse**.

Con riferimento al potere conformativo il giudice amministrativo osserva come è noto che esso sia stato da tempo individuato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale come espressione della potestà amministrativa di governo del territorio, alla quale è connaturata la facoltà di porre condizioni e limiti al godimento del diritto di proprietà non di singoli individui, ma di intere categorie e tipologie di immobili identificati in termini generali e astratti. In particolare la Corte ha negato carattere ablatorio a quei vincoli (c.d. “conformativi”) attraverso i quali, seppure la proprietà viene asservita al perseguimento di obiettivi di interesse generale quali la realizzazione di opere pubbliche o infrastrutture, **non è escluso che la realizzazione di tali interventi possa avvenire ad iniziativa privata o mista pubblico-privata** e comunque la concreta disciplina impressa al suolo non comporti il totale svuotamento di ogni sua vocazione edificatoria.

Con riferimento al ricorso a strumenti negoziali e consensuali per ottenere la perequazione urbanistica e finanziaria, il Consiglio di Stato osserva in via preliminare come **non osti al ricorso agli accordi ex art. 11 la previsione di cui all’art. 13 della legge n. 241 del 1990**, che sancisce l’inapplicabilità agli atti generali e di pianificazione della disciplina generale in materia di partecipazione del privato all’attività procedimentale. Sul punto si evidenzia come nella vicenda di cui è controversia non si riscontri una sostituzione della pianificazione generale con moduli convenzionali, posto che il P.R.G. del Comune di Roma esiste certamente come atto provvedimentale e autoritativo. Gli strumenti privatistici e consensuali, quali gli accordi sostitutivi dell’espropriazione ex DPR n. 327 del 2001, sono invece destinati ad intervenire nella fase attuativa delle prescrizioni poste dal Piano, sostituendosi non all’attività pianificatoria, ma a procedure espropriative o comunque realizzative di singole opere pubbliche.

Secondo il Consiglio di Stato dunque: a) il legislatore ha optato per una piena e assoluta fungibilità dello strumento consensuale rispetto a quello autoritativo, sul presupposto della maggiore idoneità del primo al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse; b) la copertura normativa relativa alla previsione degli strumenti consensuali per il perseguimento di finalità perequative (cessione di aree e contributo straordinario) deve essere individuata nel combinato disposto degli artt. 1, comma 1 *bis*, e 11 della legge n. 241 del 1990; c) essendo venuta meno la previgente riserva legislativa dei casi in cui alle amministrazioni è consentito ricorrere ad accordi in sostituzione di provvedimenti autoritativi, oggi tale possibilità deve ritenersi sempre e comunque sussistente (salvi i casi di espresso divieto normativo); d) non è stato comunque introdotto il principio della atipicità degli strumenti consensuali in contrapposizione a quello di tipicità e nominatività dei provvedimenti, atteso che lo strumento convenzionale dovrà pur sempre prendere il posto di un provvedimento autoritativo individuato fra quelli “tipici” disciplinati dalla legge; e) a garanzia del rispetto del limite, lo stesso art. 11 prevede l’obbligo di una previa determinazione amministrativa che anticipi e legittimi il ricorso allo strumento dell’accordo.

Nella pronuncia in esame il giudice amministrativo ha altresì modo di soffermarsi sulla **predeterminazione autoritativa del contenuto degli accordi** determinata dagli strumenti urbanistici (si pensi all'entità delle cubature da cedere al Comune ed alla misura del contributo straordinario). A tal proposito viene osservato come siffatta predeterminazione sia coerente con l'interesse pubblico al cui perseguimento gli accordi in questione sono finalizzati: a tale interesse invero, proprio in quanto ricomprende gli obiettivi perequativi più volte richiamati, è intrinsecamente connessa l'esigenza di garantire la *par condicio* fra i privati proprietari di suoli soggetti a eguale disciplina urbanistica, esigenza che all'evidenza sarebbe frustrata qualora fosse rimesso integralmente al momento della contrattazione privata la definizione dei termini e delle modalità della "contropartita" che ciascun privato dovrà assicurare all'amministrazione in cambio della volumetria edificabile aggiuntiva riconosciutagli dal Piano.

### 3. *Sull'applicazione agli accordi della disciplina civilistica*

Sul tema della disciplina normativa applicabile agli accordi merita interesse **Cons. St., sez. IV, 04 maggio 2010, n. 2568.**

La pronuncia in esame muove dal ricorso proposto da una società al TAR del Lazio per la declaratoria della risoluzione per inadempimento e per impossibilità sopravvenuta di una convenzione di lottizzazione conclusa con un Comune. A sostegno delle doglianze proposte dinanzi al Giudice di prime cure, la parte ricorrente sosteneva che il Comune, in maniera pretestuosa e con fini dilatori, avrebbe inopinatamente e arbitrariamente bloccato l'attuazione del piano di lottizzazione, minando il sinallagma contrattuale posto a fondamento della successiva convenzione stipulata tra le parti. In particolare il Comune non aveva rilasciato una concessione edilizia per il completamento dei lavori avviati, per la intervenuta decadenza del nulla-osta di cui all'art. 7 della legge n. 1497 del 1939.

Il Giudice di primo grado, ritenuta la propria competenza pur in presenza di espressa clausola compromissoria contenuta nella convenzione di lottizzazione, concludeva per l'insussistenza tanto dell'inadempimento, quanto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Il Consiglio di Stato conferma innanzitutto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, affermando in materia di accordi ex art. 11 **la preclusione della competenza arbitrale e conseguentemente la nullità della clausola compromissoria in essa contenuta, in quanto pattuita in relazione a controversie sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario.**

Con riferimento poi alla richiesta di declaratoria della risoluzione della convenzione, il Consiglio di Stato sostiene che **il rimedio contrattuale di cui all'art. 1453 c.c. non appare incompatibile con la definizione delle convenzioni di lottizzazione in termini di accordo procedimentale e non di contratto.**

Secondo il giudice amministrativo, il fatto che nell'ambito di un rapporto convenzionale di lottizzazione resti in capo all'amministrazione uno spazio di esercizio di potere discrezionale non implica che gli atti amministrativi aventi rilievo nel procedimento di esecuzione degli accordi stipulati tra le parti possano (e debbano) essere esclusivamente assoggettati alla tutela impugnatoria propria delle posizioni di interesse legittimo pretensivo, potendo per i medesimi atti essere attivata anche la tutela di cui alla disciplina in tema di inadempimento contrattuale. L'art. 11 della legge n. 241 del 1990 accresce, infatti, la pienezza della tutela avanti al giudice amministrativo, non solo estendendo la *vocatio in ius*, ma anche ammettendo il ricorso ai rimedi contrattuali, previsti dal codice civile, nel processo amministrativo.

Una volta, insomma, accertata l'equiparazione tra convenzione di lottizzazione ed accordo sostitutivo occorre far conseguire a tale premessa una tutela della situazione giuridica sottesa, che possa definirsi piena.

Secondo tale ricostruzione il giudice amministrativo adito deve dunque considerarsi legittimato a decidere sulle domande volte a far accertare l'inadempimento del Comune ed a far dichiarare la risoluzione della convenzione in applicazione della disciplina civilistica, **senza che possa considerarsi pregiudiziale a detta forma di tutela l'esperimento della classica azione di annullamento tipica della giurisdizione generale amministrativa di legittimità in relazione a quegli atti amministrativi, mediante i quali si sia realizzato (o, meglio, si assuma essersi realizzato) l'inadempimento delle prestazioni dedotte in contratto.**

Ciò posto, nel caso concreto il giudice amministrativo non ha ritenuto sussistente alcun inadempimento contrattuale da parte del Comune, donde la mancanza del presupposto stesso della proposta azione di risoluzione ex art. 1453 c.c. Il Consiglio di Stato osserva infatti che: a) sull'area interessata dalla lottizzazione esisteva un vincolo imposto dal quale derivava la necessità del nulla-osta dell'autorità competente ai fini della realizzazione di ogni intervento suscettibile di modificare l'assetto del territorio; b) il Comune inibì l'inizio dei lavori di completamento in assenza di concessione edilizia, subordinando il rilascio di questa all'esito di verifiche da effettuarsi a cura degli enti preposti; c) tale comportamento dell'amministrazione non è qualificabile come inadempimento agli obblighi assunti con la sottoscrizione della convenzione di lottizzazione e nemmeno come contrario al dovere di buona fede e correttezza gravante sulle parti dell'accordo.

A parere del giudice amministrativo anche la domanda di risoluzione della convenzione di lottizzazione per impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c. va respinta: nel caso di specie non è infatti dato rinvenire alcun impedimento assoluto ed oggettivo a carattere definitivo rispetto al rilascio del presupposto mancante per l'adempimento dell'amministrazione, ossia il rilascio di una nuova concessione edilizia corredata del parere paesaggistico-ambientale.

#### 4. *Sulla giurisdizione*

In tema di giurisdizione si segnala **Cons. St. sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 214**. Il ricorso in appello è proposto da una società per l'annullamento di una sentenza del TAR Campania, con la quale era stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla richiesta risarcitoria avanzata nei confronti di un Comune che non avrebbe adempiuto agli obblighi di urbanizzazione primaria assunti con una convenzione di lottizzazione.

Il TAR riteneva di dichiarare il proprio difetto di giurisdizione sulla base di una serie di considerazioni: a) la non applicabilità al caso di specie della disciplina normativa in materia di concessione di beni pubblici, disciplina che prevede la giurisdizione del giudice amministrativo; b) la circostanza per cui il danno non sarebbe derivato da provvedimento illegittimo dell'amministrazione o comunque collegato all'esercizio di un potere autoritativo; c) la non applicabilità al caso di specie della disciplina normativa in tema di danno da inerzia dell'amministrazione.

Il Consiglio di Stato riforma la decisione del giudice di prime cure, osservando come il fondamento della giurisdizione amministrativa nella fattispecie in esame vada ricercato in disposizioni differenti rispetto a quelle richiamate dal TAR e, precisamente, nella legge sul procedimento amministrativo.

**Posto infatti che la convenzione di lottizzazione rientra tra gli accordi procedurali di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990, deve ritenersi devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo sia la domanda avente ad oggetto la risoluzione della suddetta convenzione per inadempimento dell'amministrazione, sia quella concernente la condanna di quest'ultima al risarcimento del danno.**

A tal proposito il giudice amministrativo ricorda che l'erronea declaratoria di difetto di giurisdizione da parte del TAR configura un difetto di procedura, comportante l'annullamento della sentenza, con rinvio della controversia al primo giudice (**Cons. St., Ad. Plen., 13 gennaio 1981, n. 1**).

Sempre in tema di giurisdizione merita interesse **Cons. St., sez. IV, 12 novembre 2009, n. 7057**. La vicenda nasce con l'approvazione da parte di una Comunità montana della graduatoria per l'assegnazione delle aree comprese nel proprio Piano degli insediamenti produttivi (PIP). A tal fine si collocava in posizione utile anche una società che risultava assegnataria di un lotto. Con successiva convenzione di diritto pubblico ex art. 15 della legge n. 241 del 1990 la Comunità montana, il Consorzio per lo sviluppo industriale ed il Comune nel quale erano site le aree assegnate disciplinavano le funzioni relative all'attuazione del PIP, assegnando al Consorzio lo svolgimento di tutte le funzioni, sia tecniche sia amministrative, connesse alla gestione delle aree industriali.

Alla società assegnataria ne succedeva un'altra che intendeva mutare la

originaria destinazione dell'area da produzione e commercializzazione di statue di legno a realizzazione di una centrale termoelettrica.

La Comunità montana, dopo aver diffidato il Consorzio a provvedere alla revoca dell'assegnazione per violazione del vincolo di destinazione del lotto, chiedeva al TAR del Molise di pronunciarsi sull'illegittimità dell'inerzia dal medesimo Consorzio serbata, con conseguente condanna a provvedere.

Il TAR adito accoglieva il ricorso, ritenendo che il rapporto fra Comunità montana e Consorzio industriale rientrasse nell'ambito di una Convenzione fra enti pubblici per l'esercizio di funzioni amministrative e, quindi, in un rapporto disciplinato convenzionalmente ex art. 15 della legge sul procedimento amministrativo. Il giudice di prime cure riteneva in particolare che l'assegnazione in proprietà del lotto in area PIP ricadesse nell'ambito dei rapporti di concessione di beni pubblici e che quindi dovesse essere funzionalmente condizionata all'attuazione dello scopo pubblicistico di realizzazione dell'intervento produttivo programmato. Da ciò la necessità di una tutela reale e non meramente obbligatoria in caso di inosservanza di tale vincolo attraverso la risoluzione ipso iure dell'atto di concessione traslativa della proprietà. Si riteneva peraltro che l'azione di inadempimento potesse essere esercitata attraverso il rito del silenzio.

La società assegnataria propone appello affermando, tra l'altro: a) che nel caso di specie non sussisterebbe in materia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto i rapporti fra Comunità montana e Consorzio non potrebbero essere inquadrati nell'ambito degli accordi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 della legge n. 241 del 1990, né varrebbe il richiamo all'art. 11, comma 5, della medesima legge; b) che nel caso di specie la questione riguarderebbe l'esecuzione dell'accordo, donde l'inapplicabilità della disciplina sul silenzio e della conseguente azione finalizzata ad ottenere un provvedimento espresso, trattandosi invece di verificare l'esistenza delle circostanze presupposte a fondamento dell'adozione del provvedimento richiesto; c) che, in definitiva, nella vicenda in questione non vi sarebbe esercizio di potere autoritativo, bensì l'esercizio di una facoltà risolutoria meramente privatistica collegata ad un presunto inadempimento a quanto stabilito nell'atto di compravendita dell'area.

Il Consiglio di Stato rigetta l'eccezione di difetto di giurisdizione. Il giudice amministrativo rileva infatti in via preliminare che in ordine al PIP si versa in un'ipotesi di urbanistica negoziata o contrattata, nell'ambito della legislazione sull'uso del territorio, caratterizzata dalla presenza di uno strumento negoziale nella fase conclusiva di un procedimento urbanistico volto a reperire aree da destinare ad insediamenti produttivi.

Nella vicenda in esame al Consorzio per lo sviluppo industriale è stato affidato lo svolgimento di tutte le funzioni connesse alla gestione delle aree industriali, attraverso un accordo che rientra nell'ampia categoria generale degli accordi fra amministrazioni pubbliche previsti dall'art. 15 della legge n. 241 del 1990. Da ciò discende, da un lato, l'applicabilità dei principi del codice civile in

materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili e, dall'altro, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della stessa legge n. 241 del 1990.

Afferma infatti il Consiglio di Stato che la finalità **dell'art. 11, comma 5**, è, evidentemente, quella di riservare al giudice amministrativo la cognizione piena (estesa, cioè, anche ai diritti) dell'esercizio della funzione amministrativa, anche quando esercitata con il modulo convenzionale anziché unilaterale ed autoritativo. Al fine dell'attribuzione della pertinente capacità giurisdizionale, la disposizione in questione consacra dunque il principio dell'indifferenza dello schema giuridico formale con il quale viene concretamente esercitato il potere autoritativo, sancendo la regola per cui **resta riservata al giudice amministrativo la cognizione dell'esercizio delle funzioni pubblicistiche anche quando concretamente espletate con il modello convenzionale (Cons. Stato, Sez. IV, n. 2244 del 2006)**.

In altri termini, la circostanza che una controversia, come quella in esame, tragga origine dall'esecuzione di un accordo assoggettato, in forza degli artt. 11 e 15 della legge n. 241 del 1990 ai principi del codice civile, non è ragione sufficiente per escludere la natura autoritativa del potere esercitato e la conseguente giurisdizione amministrativa.

Tanto detto, il giudice amministrativo si occupa del silenzio serbato dal Consorzio a fronte della richiesta della Comunità montana, evidenziando come quando si sia in presenza di diritti soggettivi e, quindi, si facciano valere interessi non correlati al potere dell'amministrazione, **la procedura del silenzio appaia inutile**, ben potendo il soggetto ottenere una tutela più diretta ed immediata tramite un'azione di accertamento, senza la necessaria intermediazione di un provvedimento formale (**Cons. Stato, Sez. IV, n. 419 del 2005**). Nel caso di specie l'istanza cui il Consorzio non ha corrisposto riguarda l'attività di gestione privatistica affidata al medesimo, in virtù della intervenuta convenzione fra le parti, sicché va escluso che si verta in una fattispecie comportante la spendita di potere pubblico. Da ciò la conseguenza che non vi è obbligo di pronuncia né di intervento da parte del Consorzio sull'istanza di parte e dunque la non praticabilità del rimedio del silenzio.

Ha escluso invece la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, **Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1898**, che decide sull'istanza di un Comune volta ad ottenere una sentenza costitutiva del proprio diritto di proprietà su un'area oggetto di un accordo sostitutivo di provvedimento. Il punto nodale della questione è che il suddetto accordo era stato stipulato dal Comune con soggetti diversi rispetto a quelli, subentrati ai primi, nei cui confronti l'amministrazione faceva valere il proprio diritto al trasferimento dell'area.

Il TAR adito dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione,

in quanto il Comune avrebbe agito non quale pubblica amministrazione, parte di un accordo nell'ambito del quale ha riversato i propri poteri autoritativi, ma come soggetto ordinario proponente una domanda giurisdizionale nei confronti di soggetti estranei all'accordo in questione, al fine di ottenere una pronuncia costitutiva concernente un proprio diritto.

Il Comune propone appello, sostenendo le ragioni della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia perché la questione risulta riferibile alla fase esecutiva di un accordo a cui ha preso parte come autorità amministrativa, sia perché il contenuto dell'obbligo sottoscritto dal suo avente causa e dagli altri soggetti che ad esso sono subentrati, attiene comunque agli oneri di urbanizzazione, i quali sono pacificamente ricompresi anch'essi nella giurisdizione esclusiva del giudizio amministrativo.

La vicenda si configura in verità complessa, posto che il trasferimento dell'area in questione non si inserisce nell'ambito degli accordi originari tra il Comune ed il privato, aventi ad oggetto la realizzazione di urbanizzazione primaria e secondaria. La cessione dell'area in questione al Comune non risultava infatti assumibile né tra gli obblighi connessi con il pagamento degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria che il privato avrebbe dovuto sopportare, né con un'operazione di scomputo dei detti oneri.

Tanto accertato, il Consiglio di Stato osserva come il trasferimento per cui è causa, per il suo carattere "isolato", non è in alcun modo riconducibile allo schema dell'accordo di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990. Ad avviso del giudice amministrativo nella fattispecie in esame mancano i due elementi essenziali perché possa configurarsi un accordo sostitutivo di un provvedimento amministrativo: a) la veste autoritativa del Comune, per la quale, com'è noto, non è sufficiente che sia parte dell'accordo un'amministrazione o nell'accordo medesimo rilevi una generica finalità di pubblico interesse; b) la possibilità di ricondurre l'accordo ad uno specifico provvedimento amministrativo al quale esso abbia avuto l'obiettivo di sostituirsi. Da ciò l'esclusione nella fattispecie in questione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

##### 5. *Sul recesso*

In tema di recesso si segnala **Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1477**.

La vicenda in esame si snoda attraverso un complesso iter procedimentale. Sulla base dello strumento urbanistico generale di un Comune una società aveva concordato con l'amministrazione l'esecuzione di un intervento edilizio, predisponendo un piano particolareggiato di iniziativa privata, ove si prevedeva la realizzazione, in due fasi, di una determinata volumetria complessiva ad uso abitativo e commerciale. Al suddetto piano seguiva apposita convenzione edilizia tra il Comune e la società. Nelle more dell'attuazione degli interventi edilizi,

da una parte veniva trasferita la proprietà delle aree in questione, dall'altra il Comune adottava una variante integrale al piano regolatore, modificando la disciplina di zona delle aree comprese nel piano particolareggiato ed introducendo delle previsioni che riducevano notevolmente le potenzialità edificatorie previste dai precedenti piani urbanistici.

Avverso tali provvedimenti la nuova società proprietaria delle aree proponeva ricorso dinanzi al TAR. Il giudice di primo grado affermava peraltro la mancanza di un qualificato affidamento in capo alla ricorrente, che al massimo avrebbe potuto vantare un mero interesse legittimo alla regolarità della variante urbanistica, avendo acquistato i terreni a seguito dell'approvazione della stessa.

In sede di appello avverso tale pronuncia la società sostiene che le obbligazioni assunte con le convenzioni urbanistiche si configurano come aventi natura reale, in quanto legate ai beni che le presuppongono. La realtà delle obbligazioni comporterebbe la loro natura ambulatoria, donde al trasferimento della proprietà dei beni dovrebbe conseguire l'automatica successione dell'acquirente nelle relative obbligazioni, ma anche nei diritti, assunti ed acquisiti nei confronti del Comune dal venditore, senza necessità di espresse "volutazioni" della convenzione. In tale prospettiva, come l'amministrazione può pretendere l'adempimento della convenzione da parte degli acquirenti senza necessità di ulteriori atti, parimenti l'acquirente subentra nella posizione di diritto all'attuazione dell'intervento convenzionato.

Secondo il Consiglio di Stato nella vicenda in esame è certamente da escludere che la società ricorrente possa validamente e lealmente vantare un legittimo affidamento in merito alla possibilità di completamento dell'iniziativa urbanistica prevista dal piano particolareggiato.

A tal proposito viene innanzitutto evidenziato come il trasferimento della proprietà delle aree in questione in capo alla società ricorrente sia successivo rispetto all'adozione ed approvazione definitiva della variante contestata. Ciò significa che l'acquirente era ben consapevole – o almeno avrebbe dovuto esserlo usando la normale diligenza – dell'avvenuto mutamento dell'assetto urbanistico dei terreni che andava ad acquistare e pertanto non poteva vantare alcun affidamento incolpevole, cioè una posizione di aspettativa qualificata e correlata ad un diritto obbligatorio collegato alla precedente convenzione.

Peraltro, secondo il giudice amministrativo, risulta inconferente il richiamo all'istituto delle obbligazioni reali che la società riconnette agli effetti obbligatori nascenti, a carico del Comune, dalle convenzioni di lottizzazione. Ciò in quanto le obbligazioni reali strettamente inerenti alla titolarità del diritto vantato sull'immobile valgono ad individuare la parte passiva di un rapporto obbligatorio connesso ad un bene e presuppongono la permanente validità di quel rapporto.

Non è invece più possibile parlare di obbligazioni quando il bene sia venuto meno o, come nella specie, quando il rapporto sia cessato per successivo atto d'autorità. Nella vicenda in esame infatti con l'adozione della variante urbanisti-

ca il Comune ha esercitato, rispetto alla convenzione stipulata con il privato, **il diritto di recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990**. A tal proposito il Consiglio di Stato ricorda che per costante giurisprudenza le convenzioni di lottizzazione: a) costituiscono strumenti di attuazione del piano regolatore generale; b) rivestono carattere negoziale; c) hanno natura di accordi sostitutivi del provvedimento (**Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 534; Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2003, n. 5152**); d) restano soggette alla disciplina dettata dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990 (**Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 2005, n. 222**).

## Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali Speciale in tema di accordi tra Pubblica amministrazione e privati

di Sara Forasassi

SOMMARIO: 1. Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo. - 2. Il recesso unilaterale dall'accordo della pubblica amministrazione. - 3. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di accordi.

In questa rassegna si riportano alcune recenti sentenze dei Tribunali amministrativi regionali sulla attività consensuale posta in essere dalla Pubblica amministrazione nei confronti dei privati. L'attenzione si concentrerà in particolare sugli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento amministrativo previsti dall'articolo 11 della legge n. 241 del 1990.

Prima di giungere alla formulazione oggi contenuta nella norma richiamata, l'istituto di cui si dà atto nella presente rassegna è stato oggetto di diverse iniziative legislative, tutte volte, pur con le dovute differenze, a conferire un ruolo centrale alla c.d. 'consensualizzazione' dei rapporti amministrativi.

In particolare, uno degli elementi che ha caratterizzato lo Stato moderno si rinviene nel progressivo attenuarsi del carattere autoritativo proprio dell'agire amministrativo a cui è seguita l'introduzione di una serie di meccanismi giuridici volti a favorire, da parte delle Pubbliche amministrazioni, la ricerca del consenso dei soggetti amministrati per una gestione partecipata della cosa pubblica.

Al riguardo, senza poter dar conto dell'ampio dibattito formatosi in argomento, ci si limita in questa sede a sottolineare come la novella introdotta con l. n. 15 del 2005 sia diretta a favorire l'impiego di norme e strumenti di tipo privatistico per lo svolgimento dell'attività amministrativa come testimoniano gli articoli 1, comma 1 *bis* e 11, legge 241 del 1990.

Tralasciando quanto contenuto nell'articolo 1, comma 1 *bis*, che positivizza il principio secondo cui le norme di diritto privato debbono essere applicate agli atti amministrativi non autoritativi e i rapporti tra questo e l'articolo 11, nel prosieguo si dedicherà l'attenzione agli accordi stipulati tra privati e Pubblica amministrazione, quali modalità di conclusione del procedimento amministrativo, caratterizzata per la presenza di un momento di concertazione tra soggetto

pubblico e soggetto privato volto a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero sostitutivo rispetto ad esso.

### 1. *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo*

A prescindere dalla natura, pubblica o privata, riconosciuta agli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990, la giurisprudenza sembra orientata a ricostruire il regime giuridico applicabile all'istituto in parola in termini quasi totalmente civilistici.

In materia, il disposto che viene in rilievo è quello contenuto nel secondo periodo del comma 2, art. 11 che, in riferimento agli atti citati, recita: "ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili". Al riguardo, l'*impasse* interpretativo che si è posto all'attenzione di dottrina e giurisprudenza è stato il riferimento testuale ai "*principi* del codice civile" anziché direttamente alle *norme* del codice. Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sembra orientato ad intendere il richiamo ai principi come riferito in realtà a tutte le norme comuni in materia di obbligazioni e contratti e, infatti, i Giudici amministrativi, nel decidere le controversie sottoposte al loro esame, applicano *in toto* le disposizioni contenute nel *corpus* in parola.

*Ex multis* si veda **T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 19 luglio 2010, n. 1169** che ha ricondotto nell'ambito di applicazione dell'art. 11, comma 5, l. 241 del 1990 (oggi art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, Codice del processo amministrativo) la domanda con cui un Comune agiva per ottenere l'esecuzione dell'obbligo, assunto da un consorzio con convenzione accessiva a progetto di lottizzazione, di cedere a titolo gratuito le aree per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria. In particolare, l'Amministrazione ricorrente chiedeva di accertare e dichiarare il suo diritto di agire in surroga del consorzio *ex art.* 2900 c.c. al fine di ottenere, *ex art.* 2932 c.c., con sentenza costitutiva e sostitutiva dell'atto pubblico, il trasferimento delle predette aree, previo accertamento del diritto del medesimo consorzio ad acquisirne la proprietà dall'effettivo proprietario. Il Collegio, dopo essersi soffermato sui presupposti applicativi dell'azione surrogatoria *ex art.* 2900 c.c., ha respinto la domanda sul presupposto dell'assenza della condizione della legittimazione surrogatoria correlata alla prova dell'esistenza del diritto del debitore – il consorzio – nei confronti del terzo – i proprietari dell'area – che il comune intendeva esercitare in via sostitutiva non avendo i proprietari mai aderito alla convenzione in esame e, quindi, non potendo essere contemplabile nei loro confronti un obbligo di cessione delle aree in discussione a favore del Comune.

Ugualmente **T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 10 giugno 2010, n. 2388** che ha confermato la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in ordine al-

l'azione di esecuzione specifica di una convenzione di lottizzazione, rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 11, l. 241 del 1990, finalizzata ad ottenere l'adempimento dell'impegno preso riguardo all'obbligo di trasferire la proprietà, che i resistenti non avrebbero, ad avviso dell'Amministrazione ricorrente, ottemperato. Anche nell'ipotesi *de qua*, la richiesta del Comune è formulata secondo il disposto di cui all'art. 2932 c.c., ossia a titolo di sentenza costitutiva del trasferimento, e questa volta il Giudice ha respinto il ricorso in quanto fondato su una pretesa prescritta, stante il decorso del tempo dall'ultimo atto interruttivo valido.

Sempre in argomento, si rinvia a **T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 21 maggio 2010, n. 2426** chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di trasferimento della proprietà di alcune aeree, che il soggetto intimato si era obbligato a cedere con la stipula di una convenzione edilizia, a norma dell'art. 2932 c.c. Il collegio, riferendo in ordine al costante orientamento giurisprudenziale che devolve, *ex art. 11, l. n. 241 del 1990*, alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli adempimenti degli obblighi derivanti da convenzioni edilizie, ha affermato: "si presenta proponibile dinanzi al Giudice amministrativo la domanda di esecuzione specifica, ai sensi dell'art. 2932 c.c., ove sia richiesta l'esecuzione coattiva degli obblighi derivanti dalla convenzione che accede allo strumento urbanistico, trattandosi di rimedio esperibile per qualsiasi tipo di obbligo a contrarre, indipendentemente dalla fonte, legale o convenzionale, dell'obbligo stesso". Nel merito, si è giudicata pienamente provata la ricostruzione operata dal Comune ricorrente in ordine all'inadempimento in cui è incorso il privato rispetto agli obblighi assunti con la convenzione e, pertanto, si è proceduto alla declaratoria di trasferimento della proprietà delle aree oggetto di contestazione.

Si sofferma su quanto disposto dal comma 2, art. 11, l. n. 241 del 1990, **T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 13 maggio 2010, n. 1865**. La fattispecie sottoposta al vaglio del giudicante, vedeva parte ricorrente contestare il pagamento, a favore della P.A., delle indennità espropriative nascenti da un accordo attuativo del P.R.U. (programma di recupero urbano avente natura di strumento urbanistico attuativo) in quanto divenute eccessivamente onerose a seguito della sentenza di accoglimento della Corte Costituzionale n. 348 del 2007 e dell'art. 2, comma 89, l. 244 del 2007, avendo detti atti comportato l'asserita decuplicazione del *quantum* dell'indennità di esproprio. Sul punto, il Tribunale, riconosciuto il carattere sostitutivo dell'accordo in parola al pari delle convenzioni di lottizzazione, confermata, pertanto, la propria giurisdizione a norma del comma 5, art. 11, l. n. 241 del 1990, ha ritenuto, *ex comma 2, art. 11, l. n. 241 del 1990*, applicabile la normativa sulla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) in quanto certamente compatibile. In particolare, il Collegio, dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di Cassazione in ordine ai presupposti di applicazione dell'art. 1467 c.c., ed essersi soffermato brevemente sulle vicende che hanno interessato il sistema nazionale di determinazione del

*quantum* dell'indennità di esproprio, ha ritenuto legittimo il comportamento generale serbato dall'Amministrazione convenuta e, quindi, rigettato il ricorso.

Sempre in termini di applicazione generale delle norme contenute nel Codice civile, si richiama in questa sede anche quanto deciso dal **T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 30 aprile 2010, n. 271** che, pur avendo ad oggetto un accordo stipulato tra Pubbliche amministrazioni nell'ambito dell'art. 15, l. 241 del 1990, rileva ai nostri fini nella parte in cui si indugia sul contenuto di cui al comma 2, art. 11, l. 241 del 1990. In particolare, nel caso sottoposto al suo esame il Tribunale osserva, come ai sensi della norma ora richiamata, debbano essere applicabili le norme codicistiche riguardanti l'interpretazione del contratto (artt. 1362 e ss. c.c.).

Non ha riconosciuto legittima la modifica unilateralmente apportata dalla Giunta Municipale alla convenzione lottizzatoria in precedenza stipulata, **T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 6 agosto 2010, n. 3347** che ha annullato la delibera affermando che la convenzione in parola debba ritenersi frutto dell'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal Codice civile e con contenuto vincolante per i sottoscrittori. Atteso il carattere negoziale le convenzioni di lottizzazione, secondo il Giudice pugliese, sono soggette al disposto di cui all'art. 11, l. 241 del 1990 e richiedono per la loro modifica la manifestazione di volontà di tutti i soggetti che hanno concorso alla loro formazione.

Nello stesso senso si richiama **T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 1 giugno 2010, n. 2003** che, riconducendo la convenzione di lottizzazione nell'ambito degli accordi procedurali di cui all'art. 11, l. 241 del 1990, sostiene la natura obbligatoria del rapporto nascente dalla stessa. Dalla suesposta affermazione il Giudice fa discendere, quale immediato corollario, non solo la tempestività del ricorso avverso la modifica unilaterale dell'accordo, purché azionato nei termini prescrizionali, ma anche l'illegittimità della stessa. Ed infatti, prosegue il Collegio, ogni rimodulazione dell'originario accordo richiede la manifestazione di volontà di tutti i soggetti che hanno concorso alla sua formazione non indispensabile solamente nell'ipotesi in cui la partecipazione di una o più parti non sia necessaria a supportare lo scopo comune cui il contratto si indirizza (art. 1420 c.c.) ovvero non sia, secondo le circostanze, essenziale (artt. 1446, 1459 e 1466 c.c.). Nella fattispecie sottoposta all'attenzione del Giudice di prime cure, l'Amministrazione resistente aveva previsto la rideterminazione unilaterale del valore delle opere di urbanizzazione, peraltro già eseguite dalla lottizzante in base alla convenzione precedentemente stipulata, richiedendo a quest'ultima la differenza tra la somma versata e la somma dovuta a seguito del nuovo conteggio. Avverso la successiva cartella esattoriale, parte ricorrente aveva introdotto il gravame rispetto al quale si era costituito il Comune eccependo, tra l'altro, l'inammissibilità del ricorso per decorso dei termini di impugnazione del provvedimento di rideterminazione degli importi. Sul punto, il Giudice, come sopra già evidenziato,

si è pronunciato affermando: “in adesione all’orientamento giurisprudenziale pressoché unanime è da ritenere che le controversie sulla debenza o meno del contributo per il rilascio di una concessione edilizia e del suo ammontare riguardino diritti soggettivi e, pertanto, la relativa domanda giudiziale può essere intentata a prescindere dall’impugnazione o dall’esistenza dell’atto con il quale viene richiesto il pagamento, dovendosi quest’ultimo qualificarsi come paritetico e non come provvedimento”.

In ordine alla pretesa nullità di una clausola inserita in un accordo stipulato tra Pubblica amministrazione e privati si è espresso **T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. III, 17 marzo 2010, n. 849**. Il caso riguardava la validità della clausola della convenzione, intervenuta tra un Comune e la Società ricorrente, integrativa del contenuto della variante urbanistica e del successivo permesso di costruire, avente ad oggetto un immobile da adibire a struttura di vendita al minuto, con la quale il privato si era impegnato a non avvalersi della facoltà di apertura domenicale prevista nella disciplina vigente nel Comune per tutti gli altri esercizi. *In primis* il Tribunale ha ricondotto l’accordo in parola nell’ambito di applicazione dell’articolo 11, l. n. 241 del 1990 in quanto assimilabile alle convenzioni che accedono ai piani attuativi e, ha, pertanto, riconosciuto la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Nel merito della controversia, il Collegio ha affermato che, anche dal punto di vista civilistico, i patti eccessivamente limitativi della libertà economica individuale sono nulli poiché in contrasto con i principi dell’ordine pubblico economico rilevabili dalle norme di cui agli artt. 41 e 117, 2° comma, lett. e), Cost. Il Giudice ha, altresì, rilevato – citando gli artt. 1379, 2125, 2596 c.c. – come le clausole di non concorrenza siano viste con sfavore dall’ordinamento al punto di essere giudicate nulle ove illimitate e non contenute entro convenienti limiti di tempo. Sulla base delle menzionate considerazioni, con la sentenza in esame, è stata tacciata di nullità la clausola sopra richiamata ai sensi degli artt. 1418 e 1343 c.c.

Di diverso avviso **T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750** che in linea generale si esprime affermando come l’accordo amministrativo e la relativa determinazione preliminare, in quanto espressione di potere amministrativo, siano sottoposti al regime dell’impugnabilità/annullabilità proprio del provvedimento amministrativo, con tutti i corollari riferibili, tra l’altro, ai termini di decadenza per far valere “i vizi amministrativi” dell’atto consensuale in quanto esercizio di potere. Resta fermo, secondo il Giudice amministrativo, che l’accordo sia, altresì, impugnabile secondo i rimedi contrattuali previsti dal codice civile, purché compatibili con l’applicazione delle regole derivanti dal regime pubblicistico.

La fattispecie riguardava un contratto di servizio sottoscritto per la regolamentazione dell’affidamento del servizio di trasporto pubblico di persone. In particolare, la parte ricorrente lamentava che l’Amministrazione avesse sempre provveduto a liquidare i soli importi economici previsti nel contratto di servizio che

rimborsavano solo una parte dei costi effettivamente sostenuti per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico imposti e, pertanto, chiedeva la riscossione delle somme ad essa dovute, anche al fine di ristabilire i propri equilibri contabili e di recuperare competitività sul mercato.

Molteplici sono gli aspetti affrontati nella sentenza in parola che vengono in rilievo per l'analisi del tema oggetto della presente rassegna sia in termini di natura dell'accordo procedimentale sia appunto di disciplina applicabile, di cui si cercherà di dare schematicamente conto nel prosieguo del lavoro.

Con riguardo al primo profilo di indagine, secondo il Tribunale gli accordi previsti dall'art. 11 nascono dalla fusione di potere amministrativo con autonomia privata, sono il risultato di valutazioni discrezionali, sono alternativi (in tutto o in parte) al provvedimento unilaterale. Essi differiscono dai contratti ad evidenza pubblica per diversi ordini di ragioni: a) dal punto di vista sostanziale questi sono considerati veri e propri contratti sottoposti, in difetto di previsioni contrarie, alla integrale disciplina codicistica mentre, secondo il suesposto orientamento, gli accordi in parola sono sottoposti solamente ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili, come previsto dal comma 2, art. 11, l. n. 241 del 1990; b) dal punto di vista della disciplina processuale, per i contratti ad evidenza pubblica sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine alla formazione del contratto e la giurisdizione del Giudice ordinario a proposito della sua interpretazione e della sua esecuzione, mentre per gli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990 non esiste alcun riparto. Pur non qualificando gli accordi procedimentali come contratti, il Collegio, con la sentenza di cui ivi si riferisce, dà atto del loro carattere vincolante, inteso appunto quale principio essenziale della disciplina codicistica (art. 1372, comma 1, c.c.) e, come tale, richiamato dal comma 2, art. 11, e osserva: "al di là della loro qualificazione formale come 'contratti', gli accordi in esame sono da ritenersi atti, anzi contratti di diritto pubblico, sussistendone tutti gli elementi qualificanti: l'essere esercizio di potere amministrativo; l'essere ordinato al perseguimento del pubblico interesse; l'essere prevista la giurisdizione amministrativa per le relative controversie". Nel ragionamento seguito, il Tribunale richiama anche la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e ricava dal riferimento, seppur incidentale, all'art. 11 come esemplificazione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, l'opinione per cui gli accordi amministrativi presuppongano sempre l'esistenza di potere autoritativo. Ne discende l'idea secondo la quale: "non vi sia accordo senza l'astratta riconducibilità del potere esercitato nell'accordo alla categoria del potere discrezionale autoritativo. Partendo da tale asserzione, si deduce che è ipotizzabile lo strumento procedimentale consensuale di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 solo qualora vi sia esercizio, anche di tipo residuale, di potere discrezionale". In quest'ottica, secondo lo stesso Giudice, "l'esercizio consensuale di una potestà pubblicistica e la correlativa composizione di interessi che rilevano nel rapporto amministrativo non potrà mai essere

oggetto di un contratto di diritto privato, ma dovrà necessariamente essere regolato da un provvedimento, ovvero, ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990, dopo la riforma apportata nel 2005 che ha generalizzato l'istituto, da un atto che è manifestazione di esercizio consensuale della potestà pubblicistica e che viene denominato 'accordo sostitutivo'. E quindi "poco importa che l'accordo non sia frutto di una libera scelta, discrezionale nell'*an*, della P.A. ma sia imposto già a livello normativo". Ciò che conta, sempre nell'interpretazione del Tribunale citato, è che l'attività che è oggetto della manifestazione negoziale (chiamata accordo a livello di disciplina generale) sia un'attività oggettivamente pubblicistica, e, come tale, non suscettibile di regolamentazione privatistica con lo strumento contrattuale descritto dagli artt. 1321 e ss. c.c.

Riferendo in ordine al secondo profilo che viene in rilievo, ossia il regime giuridico applicabile agli accordi procedimentali, il Tribunale sottolinea come, anche nell'ambito degli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990, l'Amministrazione, nell'elaborazione della regolazione degli interessi pubblici e di quelli privati che con i pubblici si incrociano, esercita sempre lo stesso potere precettivo che, seppur non autoritativo, resta sempre un potere non libero – e quindi non confondibile con l'autonomia privata – disciplinato, almeno nelle linee fondamentali, nello stesso modo. Sempre secondo lo stesso Giudice, il privato, pertanto, potrà far leva sui classici strumenti di controllo come l'impugnazione per eccesso di potere (da rivolgere contro l'accordo stesso, ovvero contro la determinazione preliminare dell'Amministrazione che è base dell'accordo) sconosciuti in ambito civilistico, e soggiacerà ai termini di decadenza propri dello statuto del provvedimento.

Secondo questa lettura, ai rimedi pubblicistici si aggiungeranno però quelli privatistici, purché non incompatibili con le regole proprie dei primi, così come disposto *ex* comma 2, art. 11, n. 241 del 1990. Sul punto, il Giudice, con riferimento al caso sottoposto al suo vaglio, ammette l'azione di annullamento *ex* art. 1441 c.c. nonché l'azione di adempimento o di risoluzione mentre ritiene non esperibile l'azione di nullità *ex* art. 1418 c.c. in quanto incompatibile con il regime di tutela pubblicistico approntato dall'ordinamento per reagire contro le violazioni di legge perpetrate dall'Amministrazione, in funzione di tutela del principio di legalità.

In particolare, nella pronuncia si legge come la violazione di norma imperativa sia una violazione di legge e in quanto tale andrà trattata secondo la disciplina pubblicistica, con l'ovvia esigenza di agire per l'annullamento *ex* art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990.

## 2. *Il recesso unilaterale dall'accordo della pubblica amministrazione*

Il comma 4 dell'articolo in esame, rimasto peraltro invariato, contempla un'ipotesi di recesso dall'accordo (o "di revoca degli atti amministrativi" come

inteso da larga parte della dottrina) a favore della Pubblica amministrazione per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

Sul punto, si richiama **T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 28 settembre 2010, n. 3860** laddove ha affermato: "è pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che, indipendentemente dalla possibile qualificazione privatistica, le convenzioni in materia urbanistica, lasciano sempre integra la potestà pubblicistica del Comune in materia di disciplina del territorio alla stregua di sopravvenute esigenze urbanistiche, giacché la natura dell'accordo sostitutivo del provvedimento che approva la convenzione facoltizza comunque l'amministrazione, ai sensi dell'art. 11, comma 4, l. 241 del 1990, a sciogliersi dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nonché a regolare unilateralmente ed autoritativamente i rapporti e le attività oggetto di convenzione".

Negli stessi termini si è pronunciato **T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 21 maggio 2010, n. 1863**.

L'Amministrazione può recedere unilateralmente da un accordo stipulato con un privato solamente per dimostrati e sopravvenuti motivi di interesse pubblico, secondo le medesime formalità procedimentali, facendo tuttavia salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un eventuale indennizzo. Al di là della suddetta previsione, agli accordi sostitutivi di provvedimento si applicano i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili, per cui non sono consentite né sospensioni unilaterali, né risoluzioni unilaterali. Così si è espresso **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1 febbraio 2010, n. 1275**.

Ha dichiarato illegittima la revoca esercitata dall'Amministrazione a norma del comma 4, art. 11, l. n. 241 del 1990, **T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 12 giugno 2009, n. 1714** sul presupposto che nel medesimo atto non possa invocarsi l'inadempimento e il trattenimento della caparra, che presuppone una risoluzione stragiudiziale dell'accordo, e contestualmente il recesso unilaterale per sopraggiunti motivi di interesse pubblico, il quale invece rappresenta un'eccezionale facoltà di scioglimento unilaterale da un accordo pienamente valido. Sottolinea il Giudice che così procedendo l'Amministrazione resistente ha posto in essere "un atto ibrido e come tale abnorme": ed infatti, secondo il Collegio, o si invoca la tutela contrattuale prevista per l'inadempimento degli accordi e, conseguentemente, si trattiene la caparra, ovvero, stante la validità dell'accordo, se ne ritiene la sopravvenuta inidoneità al soddisfacimento del pubblico interesse e ci si avvale della facoltà di recesso unilaterale prevista dalla disposizione sopra richiamata. In questa seconda ipotesi, prosegue il Tribunale, sarà però l'Amministrazione ad essere onerata della corresponsione di un indennizzo e non certo la controparte.

Sempre in tema di recesso, si riporta anche quanto deciso da **T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 27 maggio 2010, n. 3551**. Pur avendo ad oggetto un

accordo di programma tra Pubbliche amministrazione, la sentenza in esame rileva per i temi trattati in questa rassegna nella parte in cui il giudice afferma: “gli accordi sostitutivi di provvedimenti concernono in ogni caso attività amministrative di carattere discrezionale e ciò conferisce in prima battuta una maggior vicinanza alla potestà di revoca. Ora se effettivamente l’art. 11, l. 241 del 1990 stabilisce che a tali accordi si applicano i principi generali del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti, lo stesso art. 11 prevede espressamente che l’Amministrazione procedente possa recedere dall’accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse”. Secondo il Giudice ligure tale disposizione è coerente con il fatto che l’accordo è sostitutivo di un provvedimento amministrativo discrezionale, i cui effetti, in quanto duraturi nel tempo, possono essere oggetto di rinnovata valutazione da parte della P.A. decidente nel caso in cui sussistano i presupposti e la legge lo permetta.

In ordine alla facoltà non solo di sciogliersi dall’accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ma anche di regolare unilateralmente ed autoritativamente i rapporti e le attività oggetto di convenzione, si veda **T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 18 gennaio 2011, n. 104**. Al riguardo il Giudice amministrativo ha affermato come, dato il riconoscimento dello *ius variandi* di fronte a sopraggiunte esigenze pubbliche ex art. 11, l. 241 del 1990, *a fortiori* non può precludersi all’Amministrazione la facoltà di modificare la convenzione di fronte ad un’errata applicazione della normativa vigente. Nella controversia sottoposta al suo vaglio il Collegio si è, infatti, pronunciato in ordine alla legittimità del comportamento tenuto dalla Pubblica amministrazione che, in presenza di un’errata applicazione della normativa vigente, ha regolato unilateralmente ed autoritativamente i rapporti e le attività oggetto di una convenzione di lottizzazione. Nella specie, dopo aver sottolineato come la natura degli impegni assunti dai privati in una convenzione di lottizzazione debba essere ricostruita in termini di accordo sostitutivo del procedimento di cui all’art. 11, legge 241 del 1990, il Tribunale ha giudicato infondato il ricorso sul presupposto della legittimità del provvedimento con cui l’Amministrazione, avvedutasi dell’errore nel mero calcolo delle aree destinate a parcheggio, ha modificato la convenzione applicando correttamente la disciplina in materia.

La sentenza in parola si palesa particolarmente interessante anche nella parte in cui, richiamando precedenti pronunce, da conto delle opposte tesi che si confrontano in ordine all’inquadramento generale e alla natura giuridica degli accordi, quella privatistica che riconosce loro natura di contratti e quella pubblicistica che ne sottolinea invece l’afferenza al potere autoritativo e la funzione integrativa e sostitutiva rispetto al provvedimento amministrativo. Il Giudice prosegue osservando come in ogni caso, al di là della tesi sposata, esistano limiti insuperabili dagli accordi: “Nella prospettiva pubblicistica, infatti, se è vero che l’oggetto dell’accordo è dato essenzialmente dalle modalità di esercizio del potere, si comprende come ciò presupponga pur sempre che il soggetto pubblico

sia titolare di tale potere, dovendosi altrimenti affermare la radicale nullità dell'atto, per difetto assoluto di attribuzione (ovvero carenza di potere in astratto) a norma dell'art. 21 *septies*, l. 241 del 1990. Ma anche nella prospettiva privatistica, che considera l'accordo alla stregua di un contratto, permane comunque in capo all'amministrazione pubblica il vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico attribuito (dalla norma di azione) alla sua cura".

Ed infatti, nella sentenza ivi richiamata si legge come "l'utilizzo degli strumenti di diritto privato, quale espressione della capacità generale dell'ente pubblico, debba tuttavia essere giustificato in ragione della loro attinenza alle finalità curate dall'ente; e come il principio della capacità generale delle pubbliche amministrazioni (*ex art. 11 c.c.*) debba coordinarsi con il necessario rispetto del principio di legalità cui, secondo un'autorevole e persuasiva dottrina, è soggetta anche l'attività di diritto privato della P.A. e che si traduce in un 'vincolo di scopo' interno all'atto negoziale".

### 3. *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di accordi*

L'ultimo comma dell'articolo 11, legge 241 del 2005 è stato abrogato dall'articolo 4, comma 1, punto 14), allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, Codice del processo amministrativo che, all'articolo 133, comma 1, lett. a), n. 2, riproduce la disposizione in parola senza apportare alcuna modifica stabilendo che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni".

Sul punto rileva il costante orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – regolarmente richiamato dai Tribunali amministrativi pronunciatisi in materia – che chiarisce come l'art. 11, l. n. 241 del 1990, configuri un'ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva non correlata ad una determinata materia, bensì ad una determinata tipologia di atto, quale che sia la materia che ne costituisce oggetto (cfr. SS.UU., 25 maggio 2007, n. 10186, *idem* n. 1763 del 2002 ma anche Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204).

In argomento si riporta quanto deciso dal **T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 20 gennaio 2011, n. 370** che ha inteso contemplare la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in materia di erogazione di una sovvenzione pubblica solamente laddove il finanziamento origini direttamente dall'accordo tra P.A. ovvero tra P.A. e privati e non nell'ipotesi in cui esso intervenga in un qualsiasi altro punto della sequenza procedimentale. In particolare, nell'ipotesi esaminata l'accordo aveva interessato una delle parti in causa e, segnatamente, i richiedenti il contributo ed era finalizzato a concorrere al bando per ottenere il contributo pubblico, senza coinvolgere l'ente erogatore. Ed allora il Giudice ha osservato come, nella fattispecie sottoposta al suo vaglio, il diritto all'erogazione

del contributo non rinvenisse la propria fonte genetica in un accordo sostitutivo del provvedimento bensì direttamente dal provvedimento di concessione secondo il consueto schema procedimentale nel quale l'interessato chiede e ottiene dall'amministrazione il finanziamento, circostanza che esclude la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo prevista dall'articolo 11, legge 241 del 1990 (oggi art. 133, Codice del processo amministrativo). La sentenza in esame è degna di nota anche perché schematicamente orienta l'interprete in ordine alla giurisdizione in materia di contributi pubblici distinguendo nel modo seguente: "appartengono alla giurisdizione del Giudice amministrativo le controversie relative alla concessione del contributo, allorché questa dipenda da valutazioni discrezionali in ordine all'interesse pubblico da perseguire, ed alla revoca del medesimo contributo per ragioni di pubblico interesse; appartengono invece alla giurisdizione del Giudice ordinario le controversie relative a provvedimenti vincolati di attribuzione del contributo, dove cioè la legge predetermina totalmente le condizioni per la loro attribuzione, nonché quelle in ordine alla revoca degli stessi, derivanti da inadempienze del beneficiario".

Per giurisprudenza ormai consolidata appartengono alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie riguardanti gli adempimenti degli obblighi derivanti da convenzioni urbanistiche in base all'art. 11, comma 5, legge 241 del 1990 (oggi art. 133, Codice del processo amministrativo).

Sul punto si veda, *ex multis*, **T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 12 gennaio 2011, n. 12.**

Ugualmente **T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 31 gennaio 2011, n. 205** che ha affermato come le convenzioni urbanistiche "ben rientrano nel modello procedimentale di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990 (accordi sostitutivi del provvedimento) con lo scopo di definire il contenuto sostanziale di un accordo pianificatorio territoriale tra l'autorità pubblica ed il privato contraente".

Negli stessi termini **T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 14 gennaio 2011, n. 77**: "le liti riguardanti adempimenti relativi a convenzioni edilizie o urbanistiche sono devolute alla cognizione del Giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della legge n. 241 del 1990, in quanto ineriscono ad accordi che integrano o sostituiscono le determinazioni dell'ente locale in ordine alla gestione pubblica del territorio".

La lottizzazione urbanistica deve essere inquadrata nel modello dell'accordo tra privati e Pubblica amministrazione, di guisa che vi è senz'altro giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo. In questi termini **T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 12 maggio 2010, n. 197** che ha richiamato anche quanto precisato dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 27530 del 2008. Nel caso concreto il Giudice ha ritenuto infondato il ricorso promosso dalla Pubblica amministrazione per ottenere l'adempimento degli obblighi derivanti da una convezione di lottizzazione stante il perfezionamento della prescrizione del debito.

Ai sensi degli artt. 11, l. 241 del 1990 e 34, d.lgs. n. 80 del 1998 come

modificato dalla l. 205 del 2000 (oggi confluito nel Codice del processo amministrativo), rientra nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'inadempimento, da parte del privato, degli obblighi derivanti da una convenzione urbanistica, di cui il Comune esige il rispetto e il privato contesta l'esistenza. Così **T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 8 giugno 2010, n. 363**.

Anche il **T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 14 giugno 2010, n. 1485**, ha affermato l'appartenenza della controversia sorta in ordine ad una convenzione stipulata per la cessione di aree su cui edificare alloggi di edilizia residenziale pubblica alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo stante la sua natura di contratto di diritto pubblico riconducibile nella più ampia fattispecie degli accordi sostitutivi del provvedimento fra privati e P.A. di cui all'art. 11, l. 241 del 1990 (sul punto il Collegio richiama la sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., 30 marzo 2009, n. 7573).

Appartiene alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'accordo tra privati e Pubblica amministrazione inteso a determinare il contenuto discrezionale di successivi provvedimenti amministrativi. In questo senso si veda **T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 16 dicembre 2010, n. 1552**. Il caso riguardava una convenzione con la quale un Comune e due società private si erano accordate tra loro per attuare un programma di realizzazione di impianti eolici. In particolare, il Comune si era impegnato a mettere a disposizione i propri terreni, ovvero a rendere disponibili suoli di proprietà privata, nonché a porre in essere le procedure necessarie per l'installazione di anemometri e per l'eventuale successiva realizzazione di impianti eolici. Secondo il Tribunale l'atto *de quo* – finalizzato a programmare e a realizzare attività tecnico-amministrative ed economiche – rientra nel paradigma dell'accordo tra privati e Pubblica amministrazione, inteso appunto a determinare il contenuto discrezionale di successivi provvedimenti amministrativi, conseguentemente la giurisdizione, a tenore di quanto previsto dal comma 5, art. 11, l. 241 del 1990, (oggi art. 133 del Codice del processo amministrativo) appartiene, in via esclusiva al Giudice amministrativo. In altre parole l'organo giudicante ha affermato: "invero, la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in tema di accordi concerne controversie aventi ad oggetto principale e diretto le pattuizioni infra-procedimentali, ovvero quelle sostitutive di provvedimenti, in cui l'Amministrazione utilizzi strumenti convenzionali per l'esercizio di poteri amministrativi, di guisa che l'azione volta all'accertamento degli obblighi di esecuzione dell'accordo rientra nelle controversie attinenti alla fase esecutiva dell'accordo medesimo, la cui giurisdizione è radicata dinanzi al giudice amministrativo in via esclusiva". Dal ragionamento esposto è derivata la dichiarazione di nullità della clausola compromissoria con la quale si demandava a un collegio arbitrale la determinazione dei diritti e degli obblighi delle parti, stante il difetto di giurisdizione del giudice ordinario. In particolare, nella sentenza richiamata si

legge come, “benché l’Amministrazione, nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, questo non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, essendo essa portatrice di un interesse pubblico, a cui il suo agire deve ispirarsi in ogni caso. Ne consegue che all’amministrazione è preclusa la possibilità di avvalersi, nella risoluzione di controversie derivanti da contratti, accordi o convenzioni, del cosiddetto «arbitrato irrituale o libero», poiché – in tal modo – il componimento della vertenza sarebbe affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati, nell’ambito di una pur legittima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, pertanto, privo di adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta”.

Rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto il Patto territoriale, disciplinato dall’art. 2, commi 203 e ss., l. n. 662 del 1996, che, quale strumento di programmazione negoziata per il sostegno allo sviluppo, è riconducibile entro l’ambito applicativo dell’art. 11, l. 241 del 1990. In argomento **T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 17 settembre 2010, n. 17438**. Nella specie, il Giudice ha ritenuto infondato il ricorso e giudicato legittimo il provvedimento di revoca del contributo disposto dalla Società consortile Città del Fare, agenzia locale di sviluppo dei Comuni a Nord Est di Napoli, soggetto precedente nell’ambito del “Patto territoriale per l’Occupazione dei Comuni a Nord Est di Napoli”.

Uguualmente **T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 9 aprile 2010, n. 184** che, richiamando la Cassazione Civile (SS.UU., sentenza 23.03.2009, n. 6960), ha sottolineato come rientrino nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui all’art. 11, l. 241 del 1990, le controversie relative alla legittimità di tutti gli atti e/o provvedimenti che integrano e/o modificano un Patto territoriale *ex* art. 2, commi 203 e ss., l. n. 662 del 2006.



Rassegna della giurisprudenza  
del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia  
(1 gennaio-30 aprile 2011)

di Paola Savona

SOMMARIO: 1. Accordi. - 2. Provvedimenti di secondo grado. - 3. Appalti. - 4. Sindacato sulla discrezionalità tecnica. - 5. Nullità per elusione del giudicato. - 6. Legittimazione al ricorso contro il silenzio. - 7. Ricorso straordinario.

1. *Accordi*

La sentenza **n. 125 dell'8 febbraio 2011** ha ad oggetto l'appello proposto avverso la decisione con cui il TAR Sicilia ha respinto il ricorso per l'annullamento dell'atto di un Comune, che accertava la non conformità dell'opera di urbanizzazione realizzata dalla società ricorrente (una strada che presentava una pendenza superiore al 12%) alla convenzione di lottizzazione e la diffidava al corretto adempimento dell'obbligazione assunta con la convenzione stessa.

Osserva in via preliminare il Collegio come la convenzione di lottizzazione rientri nel più ampio *genus* degli accordi amministrativi disciplinati dall'art. 11, l. 241/1990, ricedenti nella giurisdizione esclusiva del g.a. La cognizione del giudice non è pertanto limitata alla verifica della legittimità dell'atto impugnato, ma si estende al controllo della puntuale esecuzione da parte dell'appellante delle obbligazioni dedotte nella convenzione di lottizzazione e dell'eventuale responsabilità contrattuale della stessa per inadempimento. Al Consiglio, nel caso di specie, è pertanto richiesto di accertare se effettivamente vi sia stato l'inadempimento prospettato dal Comune e se sia, di conseguenza, "lecita e legittima l'espressione di autotutela esecutiva estrinsecatesi nell'atto dirigenziale in contestazione".

L'atto adottato dall'amministrazione comunale, afferma il Collegio, non ha unicamente valenza amministrativa, posto che lo stesso, ancorché soggettivamente amministrativo (cioè proveniente da un'amministrazione) presenta un "contenuto polistrutturato". Possiede infatti, oltre "ad alcune circoscritte valenze tipiche dell'autotutela di carattere amministrativo," anche i connotati di un atto di autotutela civilistica, in quanto provvisto di efficacia assimilabile per gli effetti

ad un'eccezione di inadempimento. Ciò non significa, precisa il CGA, che al caso in esame debba applicarsi direttamente e integralmente l'art. 1460 cod. civ., dal momento che l'art. 11 l. 241/1990 evoca i principi del codice civile, non specifiche disposizioni di esso e che gli accordi e le convenzioni non sono *in toto* equiparabili a un contratto.

Negli accordi manca la sinallagmaticità, da cui trae giustificazione l'autotutela civilistica, giacché ogni rapporto amministrativo, per la sua natura pubblica, non è circoscritto alle parti, ma coinvolge interessi superindividuali, tuttavia, è rinvenibile in essi un rapporto di reciprocità tra le prestazioni oggetto del regolamento pattizio. Tale reciprocità, merita, ad avviso del Collegio, di essere valorizzata in sede di sindacato sul contenuto obbligatorio e sulla corretta esecuzione di una convenzione. Anzi, essa per il giudice amministrativo costituisce la più importante conseguenza dell'ingresso del principio di consensualità nel diritto amministrativo. "Ed invero, attraverso l'accordo si supera lo schema tipicamente unilaterale del provvedimento e con esso si attenua, per un verso, il principio di tipicità e di nominatività degli atti amministrativi; per altro verso, aumentano diversamente da quanto talora si opina, gli obblighi e le responsabilità poste a carico delle parti private" che in forza dell'accordo vengono ad assumere una serie di obbligazioni, il cui adempimento è presidiato dagli strumenti messi a disposizione dal diritto civile.

"La consensualità – nota ancora il giudice amministrativo –, molto più del provvedimento unilaterale, spesso si risolve, pertanto, in un innalzamento, più che in un'attenuazione, della soglia dell'autoresponsabilità e del dovere di buona fede del cittadino (nella qualità di controparte) nei rapporti con l'amministrazione". La parità sostanziale non è del resto priva di conseguenze anche sul piano della tutela giurisdizionale: tra queste, viene ad esempio in rilievo la possibilità che sia il privato ad assumere, nel giudizio amministrativo, la posizione di resistente rispetto a una pretesa fondata su un atto consensuale rivolta nei suoi confronti dall'amministrazione. Parallelamente, nota ancora il CGA, muta anche il significato del principio di tipicità del provvedimento, corollario del canone costituzionale della legalità, il quale si trasforma, senza entrare tuttavia in collisione con l'art. 97 Cost., nella tipicità del potere, atteso che l'accordo si colloca comunque in una cornice di natura autoritativa. Di conseguenza, lo spettro dei poteri esercitabili dall'amministrazione si allarga fino a comprendere anche quelli, del pari eccezionali e tassativi, contemplati dalla legge civile sostanziale (ossia dal Codice civile al quale rinvia l'art. 11 della L. n. 241/1990).

Da ciò discende, concludono i giudici, che, nell'ambito di un accordo, "l'autotutela amministrativa può essere anche quella di tipo privatistico". La parte adempiente, in applicazione del principio ricavabile dall'art. 1460 c.c., può pertanto reagire all'illecito inadempimento della controparte, rifiutandosi di eseguire le sue obbligazioni.

Alla luce dei principi sopra enunciati, il Collegio valuta la legittimità e liceità degli atti impugnati. Respinge la censura con cui l'appellante lamentava la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, non perché, come ritenuto dal primo giudice in applicazione dell'art. 21 octies, la partecipazione non avrebbe mutato il contenuto dell'atto, ma perché la partecipazione sarebbe stata irrilevante data la natura di eccezione di inadempimento contenuta nell'atto impugnato. Tale eccezione è infatti espressione di un diritto potestativo, in relazione al quale è riservato alla parte che se ne avvale, pubblica o privata, la scelta in ordine all'*an* e al *quomodo* del suo esercizio. Ritiene infine lecita l'eccezione di inadempimento opposta dal Comune, in quanto riscontra l'inadempimento dell'impresa lottizzante e un comportamento complessivo dell'amministrazione comunale conforme a buona fede.

## 2. *Provvedimenti di secondo grado*

L'art. 4, comma 6 della legge regionale siciliana n. 45/1995 (Norme sui consorzi di bonifica) ha previsto che, con decreto assessorile, fossero individuate le opere di bonifica e d'irrigazione eseguite dall'Ente di sviluppo agricolo in vista del successivo trasferimento per la gestione ai consorzi di bonifica di nuova istituzione competenti per territorio. In attuazione di tale disposizione, l'Assessorato regionale agricoltura e foreste, individuava, tra le opere da trasferire, la rete irrigua realizzata dall'ESA a servizio del comprensorio dello Jato, e, di conseguenza, revocava la convenzione in precedenza stipulata con il "vecchio" consorzio per la gestione e distribuzione delle acque per l'irrigazione dello stesso comprensorio.

Il TAR Sicilia, adito dal consorzio precedente titolare della gestione della rete idrica, giudicava legittimo l'atto di revoca della convenzione, in quanto meramente dichiarativo rispetto all'assetto di interessi posto dalla legge. In parziale accoglimento del ricorso, il giudice dichiarava inoltre il diritto del ricorrente a percepire dall'Ente di sviluppo agricolo un indennizzo in conseguenza della revoca della convenzione.

Il CGA, con **sentenza n. 218 del 4 marzo 2011**, riforma la sentenza di prime cure. Il Consiglio conferma la validità della revoca, ritenendo irrilevanti i vizi di omessa comunicazione del procedimento e di insufficiente motivazione, dato il carattere interamente vincolato del provvedimento, diretta attuazione della disciplina legislativa. Diversamente dal giudice di primo grado, il Collegio però nega che, in conseguenza della revoca, spetti al precedente gestore della rete idrica alcun indennizzo.

Afferma infatti il CGA che, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* l'amministrazione ha l'obbligo di corrispondere un indennizzo ai destinatari del provvedimento revocato "solo qualora la revoca sia determinata da 'sopravvenuti motivi di pub-

blico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario". Tale norma non è, ad avviso del Collegio, applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame, "in cui la revoca costituisce diretta attuazione di una mutata disciplina giuridica". In altre parole, l'indennizzo non sarebbe dovuto, secondo il CGA perché il mutamento della disciplina giuridica, non rientrerebbe, in nessuno dei presupposti per l'esercizio del potere di revoca previsti dall'art. 21 *quinquies*.

Maggiore considerazione per la tutela dell'affidamento del cittadino inciso da un provvedimento di secondo grado mostra il CGA nella sentenza **n. 83 del 25 gennaio 2011**.

Una società partecipava alla selezione indetta dall'Assessorato regionale ai beni culturali per beneficiare di un contributo per la realizzazione di un'opera audiovisiva. La procedura si concludeva con la revoca (rectius annullamento) della selezione, perché l'offerta presentata dalla stessa, risultata unica partecipante, era stata accidentalmente aperta da un funzionario dell'amministrazione prima di pervenire alla commissione di gara.

Contro il provvedimento di autotutela la società proponeva ricorso al TAR Sicilia, che giudicava legittima la decisione dell'amministrazione e corretto il comportamento dell'amministrazione, che aveva annullato la selezione in conformità con il principio della segretezza delle offerte nelle gare di appalto.

Il CGA riforma la decisione di primo grado, per avere erroneamente equiparato due fattispecie differenti, ovvero l'apertura accidentale del plico addebitabile ad un soggetto partecipante alla procedura concorsuale, e la diversa ipotesi in cui l'apertura sia acrivibile ad un errore del funzionario dell'amministrazione. Ed infatti, nella seconda fattispecie, afferma il Collegio, "l'applicazione dei principi tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede che informa l'azione amministrativa nel suo complesso, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere trasferite a carico del soggetto partecipante" (così già C.d.S., Sez. VI, 17 ottobre 2006, n.1690). Tanto più, precisa il Consiglio, in considerazione del fatto che la società era l'unica partecipante alla procedura concorsuale e che il bando di gara prevedeva che il contributo potesse essere concesso anche in presenza di una sola offerta.

Il CGA accoglie anche l'istanza risarcitoria formulata dall'appellante, che deduceva l'illegittimo esercizio dello *ius poenitendi* e la sussistenza di una responsabilità "da contatto sociale qualificato". Il Collegio riconosce la sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione ai sensi dell'art. 1337 c.c., per violazione dei principi di buona fede e correttezza nell'ambito del procedimento formativo della volontà della pubblica amministrazione. La determinazione dell'ammontare del risarcimento, parametrato all'"interesse contrattuale negativo", ovvero alle spese sopportate per la partecipazione alla selezione e alla perdita di occasioni di lavoro alternative, viene rimessa dal giudice

all'amministrazione, tenuta a presentare un'offerta all'appellante entro sessanta giorni, ai sensi dell'art. 35, comma 2, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

In tema di autotutela si segnala infine la sentenza **n. 325 del 28 aprile 2011**, conforme ad un indirizzo giurisprudenziale consolidato, benché non esente da critiche in dottrina.

A seguito dell'annullamento da parte del Co.Re.Co di piani di zona Peep, per la mancata preventiva approvazione da parte dell'Assessorato regionale Territorio e Ambiente, i proprietari dei terreni incisi dai provvedimenti comunali di attuazione degli stessi piani chiedevano al Comune di procedere al loro annullamento in autotutela. A fronte della decisione dell'amministrazione di non procedere al ritiro dei propri precedenti atti, si rivolgevano al TAR Sicilia, che dichiarava il ricorso inammissibile.

Il CGA, con la sentenza citata, conferma la decisione di prime cure, ricordando come sia consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui il cittadino non è legittimato ad impugnare decisioni negative della Amministrazione in materia di autotutela essendo questa un rimedio apprestato esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione.

In tale ottica, precisano i giudici, l'iniziativa privata volta a stimolare l'autotutela "si connota come un mero apporto collaborativo, non vincolante per l'amministrazione che non è quindi obbligata ad iniziare un procedimento al riguardo".

A queste considerazioni, di carattere generale, se ne aggiunge, secondo il Collegio, una di carattere empirico, legata al fatto che, se si ammettesse l'impugnazione del provvedimento di diniego di autotutela da parte dei destinatari del provvedimento originario inoppugnato, si consentirebbe agli stessi di porre rimedio, in via surrettizia, alla decadenza in cui sono incorsi.

### 3. *Appalti*

Due decisioni del CGA affrontano la questione dell'omessa dichiarazione, in sede di presentazione dell'offerta ad una gara di appalto, della sussistenza di situazioni di controllo rispetto ad altre imprese non partecipanti alla procedura.

Nella sentenza **n. 55 del 19 gennaio 2011**, il Collegio ritiene fondato l'appello incidentale proposto avverso un'impresa classificatasi seconda in una gara d'appalto di lavori di manutenzione e messa in sicurezza di un tratto stradale, per la mancata indicazione della situazione di controllo in cui la stessa versava rispetto ad una ditta individuale di costruzioni.

Il bando di gara richiedeva, a pena di esclusione, che i partecipanti rendessero una dichiarazione attestante l'elenco delle imprese rispetto alle quali l'offerente si trovasse, ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., in situazione di controllo diretto, o come controllante o come controllata. La società non negava di essere, al momento della presentazione dell'offerta, controllata da una impresa individua-

le, ma deduceva che la stessa non aveva alcuna qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici e che pertanto non avrebbe potuto partecipare alla gara in questione.

Il CGA, preliminarmente osserva come, nelle pubbliche gare, il rapporto di controllo societario venga in rilievo sotto due distinti profili, quello sostanziale e quello formale/strumentale. (cfr. C.G.A. n. 470 del 2005). Il profilo sostanziale, che emerge dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, attiene all'esclusione delle offerte di imprese in situazione di controllo che risultino in realtà provenienti da un unico centro decisionale (art. 38 codice contratti come modificato dall'art. 3 comma 2 del d. l.vo n. 135 del 2009). Il profilo formale e strumentale, invece, che rileva già nella fase di ammissione alla gara, concerne la dichiarazione dei concorrenti, sulla base della quale il seggio di gara dovrà poi valutare la sussistenza di un controllo implicante la esclusione.

In questa prospettiva, afferma il Consiglio, la dichiarazione strumentale non può essere riferita alle imprese partecipanti alla gara, se non altro perché, nel momento in cui è resa la dichiarazione, non è noto il quadro delle partecipazioni alla procedura concorsuale.

Con riferimento alla questione della qualificazione, il Collegio precisa che la dichiarazione richiesta dal bando doveva riguardare ogni impresa in situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., per un duplice ordine di ragioni. Da un lato infatti, una impresa, priva della qualificazione richiesta dal bando ma operante anche nel campo dei lavori pubblici, poteva comunque partecipare alla gara sia ricorrendo all'avvalimento, partecipando ad un R.T.I. o ad un consorzio stabile. Dall'altro, e la considerazione si rivela secondo il CGA decisiva, la situazione di controllo legale può realizzarsi non soltanto nel caso di influenza dominante tipizzata nelle tre ipotesi di controllo diretto di voti di cui al primo comma dell'art. 2359, ma altresì nel caso in cui tale influenza si manifesti attraverso società controllate, società fiduciarie o persona interposta: "di qui l'esigenza per la stazione appaltante di aver presente il quadro completo delle partecipazioni di controllo concernenti le società offerenti, sulla base di dichiarazioni che le stesse con ragionevole onere di diligenza sono in grado di rendere".

In relazione ad un'altra gara relativa all'appalto di lavori stradali, il CGA con sentenza del **14 marzo 2011, n. 2111**, respinge l'appello incidentale di un'impresa che deduceva la mancata dichiarazione da parte dell'appellante principale, anche in questo caso richiesta dal disciplinare di gara a pena di esclusione, delle imprese nei confronti delle quali si trovava in situazione di controllo diretto ai sensi dell'art. 2359 cod. civ.

Afferma il Collegio "che è di questo Consiglio di Giustizia Amministrativa la riflessione che ha condotto la giurisprudenza a considerare con maggiore flessibilità l'obbligo del concorrente di rendere contestualmente alla domanda di partecipazione alla gara, la dichiarazione relativa alla mancanza di collegamenti formali e/o sostanziali con altre imprese".

L'esigenza di contestualità nasce, precisa ancora il CGA, dalla rilevanza che, nelle pubbliche gare, assume non soltanto l'effettiva partecipazione alla medesima gara delle imprese collegate, ma la stessa potenzialità del pericolo della partecipazione contemporanea di controllante e controllato. "Tale potenzialità, tuttavia, sussiste soltanto allorché, in concreto l'operatore con il quale il collegamento esiste sia anche soggetto (diverso da quello che chiede di partecipare alla gara) a sua volta abilitato a parteciparvi; al contrario, è inesistente nel caso in cui l'impresa collegata, non possa per definizione, parteciparvi per mancanza della attestazione rilasciata dalla SOA". In quest'ultima ipotesi, la dichiarazione è inutile e la sua mancanza non produce l'effetto di rendere illegittima l'eventuale ammissione alla gara.

Ciò si verifica, secondo il Consiglio, nel caso sottoposto al suo giudizio, in quanto le due società controllate dall'appellante principale non risultavano in possesso di attestato SOA e non potevano, quindi, partecipare a gare di appalto di lavori pubblici.

#### 4. *Sindacato sulla discrezionalità tecnica*

Esclusa dalla gara indetta da una ASL per la fornitura di prodotti chimici e attrezzature, una società proponeva ricorso al TAR Sicilia. Il giudice amministrativo, dopo aver disposto due successive verificazioni per accertare la correttezza dei rilievi tecnici formulati dalla ricorrente rispetto al capitolato di gara, annullava gli atti impugnati per difetto di istruttoria e di motivazione, ritenendo l'offerta tecnica presentata dalla ditta esclusa conforme alle specifiche richieste dagli atti di gara.

Contro tale sentenza, la ditta originaria aggiudicataria dell'appalto, proponeva appello, sostenendo che erroneamente il TAR avrebbe disposto la verifica in luogo della CTU, richiesta dalla ricorrente, e che il primo giudice avrebbe indebitamente condotto un sindacato intrinseco, di tipo "forte" sulla discrezionalità tecnica esercitata dal seggio di gara, sostituendosi arbitrariamente all'amministrazione in scelte alla stessa riservate.

Il CGA, con sentenza **n. 89 del 25 gennaio 2011**, respinge entrambe le censure.

Quanto al primo profilo, il Consiglio chiarisce come sia la verifica sia la CTU non sono in senso stretto mezzi di prova (per i quali vige la regola dispositiva), ma mezzi di valutazione della prova, finalizzati all'acquisizione da parte del giudice di un parere tecnico, necessario, o almeno utile, per valutare elementi probatori già acquisiti o per risolvere questioni tecnicamente complesse. Sia il verificatore che il CTU sono ausiliari del giudice: l'attività di valutazione dagli stessi posta in essere è strumentale a quella propriamente decisoria e partecipa della stessa natura giurisdizionale. La scelta di disporre una CTU o una

verificazione non è pertanto vincolata dalla domanda delle parti, ma rientra nel potere discrezionale del giudice, che può provvedervi anche in assenza di tale domanda, e, di conseguenza, non è censurabile dal giudice d'appello.

Del resto, precisa il CGA, la differenza tra verifica e CTU, pur rilevante sul piano processuale, non è apprezzabile su quello della qualità degli accertamenti, almeno ogniqualvolta la verifica sia effettuata in contraddittorio tra le parti e sia affidata ad un'amministrazione diversa da quella coinvolta nella controversia. I due istituti, grazie all'applicazione della giurisprudenza, si sono progressivamente avvicinati, residuando due sole significative differenze: il verificatore, diversamente dal CTU, è sempre un soggetto appartenente all'amministrazione; la verifica si connota prioritariamente per l'effettuazione di un accertamento tecnico, piuttosto che nella formulazione di un giudizio tecnico.

Il primo elemento, l'appartenenza del verificatore all'amministrazione, rende lo strumento istruttorio della verifica preferibile alla CTU, in quanto consente al giudice amministrativo, da un lato, di ottenere accertamenti tecnici altamente qualificati con costi ridotti per le parti, dall'altro, di avvalersi di soggetti istituzionalmente tenuti al rispetto al principio di imparzialità. Secondo il Collegio, il giudice amministrativo dovrebbe pertanto optare per la verifica, a meno che non sia indispensabile disporre una CTU.

In relazione all'ulteriore censura mossa dall'appellante al TAR, di aver esercitato un sindacato intrinseco, di tipo "forte" sulla discrezionalità tecnica, il CGA osserva come la distinzione tra sindacato giurisdizionale intrinseco, "forte" e "debole", in passato presente nella giurisprudenza, debba "ritenersi ormai da tempo falsificata sul piano epistemologico (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926) a favore di una più avanzata ricostruzione teorica del sindacato spettante al giudice amministrativo che fa leva su un modello unico di controllo giurisdizionale della discrezionalità tecnica, rispettoso dei più avanzati canoni del diritto comunitario ed europeo". Ritiene il Collegio "che il primo Giudice abbia compiuto, com'era suo dovere, un sindacato pieno, approfondito ed effettivo dei motivi dedotti con l'impugnativa promossa in primo grado dalla ricorrente, accertando, attraverso un'istruttoria di carattere tecnico affidata a ben due verificazioni, se l'amministrazione avesse correttamente esercitato la sua discrezionalità tecnica (che a differenza di quella amministrativa è sempre controllabile, a seconda dei casi, in maniera più o meno penetrante), senza tuttavia sconfinare in giudizi di merito".

Il T.A.R., conclude il Consiglio, ha recepito gli esiti delle verificazioni e, così operando, non si è sostituito, nella valutazione delle offerte, alla Commissione tecnica, "ma ha soltanto segnalato a questa ultima, come gli era consentito in base all'oggetto del giudizio, quali fossero i profili da considerare in sede di rinnovazione dell'apprezzamento comparativo delle due proposte rimaste in gara".

Il TAR Catania, all'esito di una "verifica", respingeva il ricorso proposto dal direttore di cancelleria di un tribunale volto a ottenere l'annullamento del dinie-

go di concessione dell'equo indennizzo per infarto al miocardio, patologia dallo stesso ritenuta dipendente da causa di servizio.

Il CGA, con sentenza **n. 240 del 21 marzo 2011**, conferma la decisione di prime cure, ritenendo il rigetto della richiesta di indennizzo analiticamente motivato. Essi si fondava infatti su una attenta valutazione del Comitato per le pensioni privilegiate ordinarie, che aveva reso parere negativo dando atto della insussistenza di sfavorevoli condizioni di lavoro in grado di causare l'infermità riscontrata nell'appellante. Detto parere, immune da vizi logici è, precisa il Consiglio "assistito da una presunzione di elevata attendibilità derivante dalla composizione eterogenea dell'organo in cui figurano professionalità di varia provenienza in grado di assicurare un giudizio complessivo non solo di natura medica".

A fronte dell'attendibilità del parere del CPPPO, confermata dalla verifica disposta in primo grado, irrilevante appare l'esistenza di un precedente parere favorevole emesso dalla C.M.O. dell'Ospedale di Messina, che invece si limitava ad affermare, in modo apodittico e generico, la sussistenza di una causa di servizio in quanto la patologia lamentata dal ricorrente sarebbe stata provocata da uno stress di lavoro non documentato.

##### 5. *Nullità per elusione del giudicato*

Una società, titolare di un distributore di carburanti, su sollecitazione dell'amministrazione comunale che giudicava la localizzazione dell'impianto di intralcio al traffico, chiedeva di poterlo trasferire in altro sito. L'amministrazione acconsentiva dapprima al trasferimento dell'impianto nel luogo prescelto dalla società, ma, successivamente, ritirava il proprio assenso a causa di una pretesa incompatibilità urbanistica della proposta di localizzazione del distributore con le prescrizioni di un precedente piano di lottizzazione.

Contro gli atti dell'amministrazione comunale la società proponeva ricorso al giudice amministrativo. Il CGA, riformando la sentenza di primo grado che aveva dato ragione al Comune, annullava gli atti impugnati, giudicando la costruzione dell'impianto nel sito indicato dalla società conforme alla disciplina urbanistica.

In esecuzione della sentenza del giudice amministrativo, il sindaco adottava un atto di indirizzo rivolto ai dirigenti, in cui, premesso che l'area prescelta per la localizzazione doveva reputarsi compatibile sotto l'aspetto urbanistico, chiedeva di verificare se sussistessero le altre condizioni stabilite dalla legge per il rilascio dell'assenso edilizio all'installazione dell'impianto nel luogo indicato dalla società. Il dirigente del settore ecologia rilasciava parere negativo, adducendo l'esistenza di una delibera consiliare avente ad oggetto l'individuazione di nuove aree dove trasferire gli impianti di distribuzione di carburanti. Nel parere si

precisava anche che, benché l'originaria richiesta della società relativa al trasferimento del distributore di carburanti fosse risalente al 2005, l'istanza oggetto di valutazione doveva considerarsi alla stregua di una nuova domanda, in quanto la stessa società non era più titolare dell'autorizzazione regionale all'esercizio. In quanto "nuova istanza, essa era soggetta alla disciplina introdotta da un decreto dell'assessore regionale all'industria del 2008, che imponeva ai titolari di distributori di carburanti di somministrare anche GPL e metano. La richiesta della società, che non possedeva i suddetti requisiti, veniva pertanto respinta.

A fronte del comportamento dell'amministrazione comunale, ritenuto elusivo del giudicato, la società originaria ricorrente si rivolgeva nuovamente al CGA, deducendo la nullità degli atti adottati dal comune a seguito della pubblicazione della sentenza e chiedendo la diretta emanazione del provvedimento richiesto ai sensi dell'art. 114, co 4, lett.a), del d. lgs. 104/2010, o, in via subordinata, l'ordine all'amministrazione ad emetterlo.

Il Collegio, con sentenza **n. 258 del 25 marzo 2011**, dichiara la nullità degli atti emessi dal Comune per elusione del giudicato formatosi sulla precedente decisione del Consiglio.

Osserva il CGA come la valutazione negativa del dirigente del settore ecologia muova dal presupposto che la società non fosse più in possesso del titolo rilasciato dalla Regione e che fosse pertanto tenuta a presentare una nuova istanza nel rispetto dei requisiti previsti dal decreto assessoriale del 2008. Tale presupposto si rivela palesemente erroneo, e smentito dallo stesso Assessorato alle attività produttive, ciò che determina l'illegittimità del rifiuto al trasferimento dell'impianto opposto dall'amministrazione comunale.

L'illegittimità dell'atto dirigenziale, precisa il Consiglio, dovrebbe essere invero dedotta davanti al TAR Sicilia, trattandosi di un nuovo esercizio di discrezionalità tecnica, consentito all'amministrazione anche dopo la decisione giurisdizionale di annullamento, per una sola volta e con riferimento ad aspetti non esaminati in occasione dell'adozione dell'atto rimosso dal giudice amministrativo. Ritiene tuttavia il Collegio, che tali principi, in astratto validi e condivisibili, non siano applicabili al caso di specie, in cui l'illegittimità che affligge gli atti "si rivela di particolare intensità", sia per la non pertinenza delle motivazioni addotte, sia per l'evidente carenza di istruttoria, formatasi su presupposti erronei.

Secondo il Consiglio, l'invalidità degli atti comunali infatti oltrepassa "la soglia dalla mera illegittimità per debordare nel campo dell'elusione del giudicato". In altre parole, la concreta attività di riesercizio del potere amministrativo da parte del Comune ha generato, "una situazione patologica che – lungi dal poter essere circoscritta all'ambito dell'eccesso di potere – trasmoda nella nullità" dovuta, in particolare, alla negativa incidenza funzionale della valutazione dirigenziale sull'attuazione del comando giurisdizionale posto in esecuzione.

"La dichiarazione della nullità, che pertanto si impone – conclude il giudice amministrativo – è d'altronde in linea con la primaria esigenza, sottesa all'intero

impianto del nuovo Codice del processo amministrativo, di assicurare l'effettività della giurisdizione amministrativa, effettività che, specialmente in sede di ottemperanza delle sentenze di secondo grado, non è compatibile con il moltiplicarsi delle controversie allorquando a) il *dictum* da attuare sia chiaro, b) la residuale discrezionalità amministrativa sia esercitabile entro limiti assolutamente contenuti e c) le pretese circostanze ostative rappresentate dalla parte soccombente siano manifestamente insussistenti o evidentemente pretestuose”.

#### 6. *Legittimazione al ricorso contro il silenzio*

Con sentenza del 2 febbraio 2010, n. 1291, il TAR Sicilia, sez. Palermo, dichiarava inammissibile, per difetto di legittimazione, il ricorso diretto a far dichiarare l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di rinnovo di una concessione demaniale marittima, proposto da un soggetto precedentemente intervenuto nel procedimento per sollecitare il rigetto dell'istanza.

Il CGA, nella decisione **n. 249 del 21 marzo 2011**, afferma che l'impugnazione del silenzio ai sensi dell'art. 21 bis della legge n. 1034 del 1971 non può essere proposta da un soggetto diverso da quello avente titolo ad ottenere il provvedimento finale (cioè dal soggetto che ha presentato l'istanza originaria), “poiché il ritardo o l'arresto procedimentale arreca un pregiudizio giuridicamente rilevante al solo soggetto che l'ordinamento riconosce *ab origine* legittimato a stimolare l'adozione del provvedimento (cfr. VI Sez. n. 2185 del 2000)”.

Tale soluzione è, secondo il Collegio, in linea con quell'indirizzo giurisprudenziale assolutamente maggioritario, che precisa come, dalla partecipazione al procedimento amministrativo sostanziale, non scaturisca automaticamente la legittimazione processuale, dovendo al contrario l'autorità giudiziaria verificare, caso per caso, se il soggetto interveniente abbia effettiva legittimazione processuale in quanto portatore di un interesse differenziato e qualificato.

Sulla base di tali premesse, il Consiglio respinge l'appello, ritenendo che l'originaria ricorrente, intervenuta *ad opponendum* nel procedimento relativo al rinnovo di una concessione demaniale, non avesse titolo a dolersi del silenzio tenuto dall'Amministrazione sull'istanza presentata dal precedente titolare della concessione, essendo essa al riguardo titolare di un interesse di mero fatto e non di un interesse legittimo.

#### 7. *Ricorso straordinario*

I proprietari interessati da una procedura ablatoria finalizzata alla sistemazione delle sponde di un torrente, impugnavano con ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana l'atto comunale di approvazione del progetto

definitivo e di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. Successivamente, gli stessi soggetti si rivolgevano al TAR Sicilia, chiedendo l'annullamento del decreto di esproprio e dell'avviso di immissione in possesso emessi dal Comune. Il giudice amministrativo respingeva il ricorso, ritenendo le censure proposte inammissibili in virtù del principio di alternatività.

Il CGA, con sentenza n. **323 del 28 aprile 2011**, conferma la decisione di primo grado.

Ricorda il Collegio come, in tema di alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale, si contrappongano in giurisprudenza due diversi indirizzi. Secondo un primo orientamento, cui si ispira la sentenza impugnata, il principio di alternatività opererebbe non solo nei casi di impugnativa diretta del medesimo atto, ma anche con riguardo agli atti presupposti e connessi, nel caso in cui, muovendo dalla illegittimità degli stessi, si volesse far valere l'invalidità del provvedimento impugnato in precedenza (cfr. C.d.S., I sez., n. 1491 del 2009). Al contrario, secondo un diverso indirizzo, il principio di alternatività, per il suo carattere limitativo del diritto d'azione, non sarebbe suscettibile di interpretazione analogica e pertanto opererebbe nel solo caso di impugnazioni aventi ad oggetto il medesimo atto (C.d.S., VI, n. 6518 del 2007).

Ciò premesso, il CGA omette ulteriori approfondimenti sulla questione, in quanto ritiene che, nel caso in esame, le censure dichiarate inammissibili dal TAR investissero profili di illegittimità derivata in senso sostanziale. I proprietari infatti denunciavano vizi, che in realtà risalivano al progetto definitivo di opera pubblica approvato dalla Giunta comunale con la delibera impugnata in sede straordinaria, e non riguardano il decreto di esproprio impugnato in sede giurisdizionale. L'eccessiva invasività dell'opera pubblica rispetto alla proprietà privata, la sua contestata conformità alle previsioni urbanistiche, sono, rileva il Collegio, riconducibili all'atto presupposto che ha definito le caratteristiche progettuali dell'opera e imposto sui terreni interessati il vincolo preordinato all'esproprio, non all'atto ablatorio. Si tratta, in conclusione, di vizi che attengono a profili di illegittimità derivata, che non possono essere esaminati dal giudice amministrativo in omaggio al principio di alternatività.





*Osservatorio parlamentare regionale*



## Osservatorio parlamentare regionale n. 2/2011

a cura del Servizio Studi e Affari europei dell'Assemblea regionale siciliana

*Il presente Osservatorio parlamentare regionale contiene la consueta rassegna, a cura dell'Assemblea regionale siciliana, delle più importanti problematiche affrontate nell'esercizio dell'attività legislativa da parte del Parlamento regionale in relazione al primo quadrimestre del 2011.*

*Nel periodo preso in considerazione l'Assemblea regionale siciliana è stata impegnata nell'approvazione di alcune leggi di settore, oltre alla proroga dell'esercizio provvisorio fino al mese di aprile. Si segnala in particolare la legge sulla semplificazione amministrativa e quella di modifica del sistema elettorale per i consigli provinciali e di altre norme sulle autonomie locali e sullo status degli amministratori.*

*In data 30 aprile, inoltre, sono stati approvati il bilancio per l'esercizio di previsione 2011 e la legge finanziaria, concepita, a differenza del passato, come una legge snella e sottile e dal contenuto squisitamente tecnico, che rinvia a leggi di settore la soluzione e l'approfondimento di molti temi da affrontare.*

*Il lavoro prevede, come nei numeri precedenti, una panoramica delle leggi approvate con la predisposizione di schemi di accompagnamento e grafici relativi agli aspetti quantitativi, qualitativi e concernenti la tipologia e l'iniziativa dei provvedimenti esaminati. Tale documentazione è stata predisposta dal Servizio studi e affari europei. Vengono inoltre riportate all'interno delle sintesi delle leggi, le eventuali censure di incostituzionalità mosse dal Commissario dello Stato nei confronti delle delibere legislative approvate dall'ARS nel periodo di riferimento.*

*In ultimo, si riportano le tabelle relative agli atti ispettivi e di indirizzo politico presentati e svolti dall'Assemblea nel periodo preso in esame, anch'esse predisposte a cura del Servizio studi e affari europei. Si ricorda, infine, che ulteriori elementi conoscitivi sull'attività in questione sono reperibili sul sito dell'Assemblea [www.ars.sicilia.it](http://www.ars.sicilia.it) al quale rinviando per gli approfondimenti sui contenuti e sul percorso procedurale nonché sul dibattito relativo alle leggi in esame.*

**ATTIVITÀ LEGISLATIVA**

a cura del SERVIZIO STUDI E AFFARI EUROPEI  
DELL'ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA

*Abstracts delle leggi approvate Gennaio 2011 - aprile 2011*

**Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 1**

**“Autorizzazione per l’esercizio provvisorio per l’anno 2011. Consolidamento del debito residuo a fronte delle anticipazioni concesse ai comuni per particolari situazioni di emergenza”**

*Pubblicazione Gurs n. 2 dell’11 gennaio 2011*

Iniziativa governativa: ddl n.659

Esercizio di potestà legislativa ex art. 19 Statuto regione siciliana.

**Legge di bilancio****Tecnica legislativa: testo nuovo**

La legge in esame autorizza l’esercizio provvisorio del bilancio per l’anno 2011, in attesa che l’Assemblea regionale approvi la legge di bilancio.

L’autorizzazione all’esercizio provvisorio è stata concessa per un periodo pari a tre mesi, cioè fino al 31 marzo 2011. Sono state previste alcune deroghe alle limitazioni all’assunzione di impegni, imposte dalla vigente normativa contabile. La legge, infatti, dispone che la limitazione per dodicesimi nell’assunzione degli impegni e nell’effettuazione dei pagamenti non si applichi alle spese concernenti la realizzazione degli interventi comunitari, previsti sia nei Programmi operativi comunitari 2007-2013 che nel PAR-FAS 2007-2013, al fine di consentirne la piena utilizzazione.

Si propone, altresì, con l’articolo 2, una misura di carattere urgente finalizzata a garantire la copertura finanziaria del debito residuo e consolidato alla data del 31 dicembre 2010 a fronte delle anticipazioni concesse nell’anno 2010 e negli anni precedenti ai sensi dell’articolo 11 della legge regionale n. 6 del 2009, dell’articolo 46 della legge regionale n. 11/2010 e dell’articolo 21, comma 17, della legge regionale n. 19/2005 a favore dei Comuni in particolari situazioni di emergenza pubblico-sanitaria ed ambientale.

**Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 2**

“Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica. Disposizioni in materia di divieto di assunzioni”

*Pubblicazione Gurs n. 2 dell’11 gennaio 2011*

Iniziativa parlamentare: ddl n. 661

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di “ordinamento degli uffici e degli enti regionali” (art. 14 lett. p), Statuto)

### **Legge di settore**

#### **Tecnica legislativa: testo nuovo**

Con la legge regionale n. 2 del 2011 si interviene in materia di personale dei consorzi di bonifica e in tema di divieto di assunzioni.

L'art. 1, in particolare, stabilisce che le disposizioni di cui all'articolo 17, commi 10, 11 e 12 del decreto legge n. 78/2009 trovano applicazione anche per i consorzi di bonifica che sono autorizzati ad avvalersi, nelle more delle procedure di stabilizzazione da effettuarsi entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge in commento e sino al 31 gennaio 2011, del personale con contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'articolo 3 della legge regionale n. 76 del 1995 (Norme per il personale dell'assistenza tecnica, dell'ESA, dei consorzi di bonifica e degli Enti parco. Disposizioni varie in materia di agricoltura). Tale autorizzazione si fonda su una serie di presupposti. In primo luogo, devono ricorrere “esigenze straordinarie inerenti ai compiti istituzionali”; devono essere rispettate, inoltre, le disposizioni contenute nell'articolo 9, comma 28 e nell'articolo 14, commi 24 bis e 24 ter del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica)

Il decreto legge n. 78/2010, al comma 28 dell'articolo 9 stabilisce che, a decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni dello Stato possono avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. L'articolo 14, commi 24 bis e 24 ter del medesimo decreto, aggiunge che tale limite può essere superato in ragione della proroga dei rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati dalle regioni a statuto speciale, nonché dagli enti territoriali facenti parte delle predette regioni, a valere sulle risorse finanziarie aggiuntive appositamente reperite da queste ultime attraverso apposite misure di riduzione e razionalizzazione della spesa certificate dagli organi di controllo interno.

Per quanto concerne l'articolo 17, commi 10, 11 e 12 del decreto legge n. 78/2009, esso individua alcune fattispecie in cui le pubbliche amministrazioni ivi indicate possono avviare dei processi di stabilizzazione del personale; segnatamente, si configurano le seguenti ipotesi: bandire concorsi per le assunzioni a tempo indeterminato con una riserva di posti, non superiore al 40 per cento dei posti messi a concorso, per il personale non dirigenziale in possesso dei requisiti indicati; bandire concorsi pubblici per titoli ed esami, finalizzati a valorizzare con apposito punteggio l'esperienza professionale maturata dal personale indicato; assumere, limitatamente a talune qualifiche, il personale in possesso di determinati requisiti di anzianità.

L'articolo 2 della legge in commento stabilisce che il divieto di assumere nuovo personale sia a tempo determinato sia a tempo indeterminato, posto dal comma 10 dell'articolo 1 della legge regionale 29 dicembre 2008, n. 25, non si applica alle predette stabilizzazioni di cui all'articolo 17, commi 10,11 e 12 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78.

### **Legge regionale 24 marzo 2011, n. 3**

**“Misure finanziarie inerenti al Piano regionale dell’offerta formativa 2011. Proroga dell’esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l’esercizio finanziario 2011”**

*Publicazione in GURS 1 aprile 2011, n. 14*

Iniziativa parlamentare: governativa ddl n. 694

Esercizio di potestà legislativa in materia di bilancio (art. 19 dello Statuto)

#### **Legge di bilancio**

**Tecnica legislativa: novella**

La legge prevede due disposizioni significative sotto il profilo finanziario. L'art. 2, infatti, stabilisce la proroga dell'esercizio provvisorio fino al 30 aprile 2011. Conferma, inoltre, le norme contenute all'art. 1 della l.r. n. 1/2011 contenenti alcune deroghe alle limitazioni all'assunzione degli impegni, imposte dalla normativa contabile. A tal proposito, si veda la sintesi della relativa legge regionale n. 1/2011, riportata infra. L'art. 1, invece, riduce l'autorizzazione di spesa prevista in relazione alle assegnazioni relative al piano dell'offerta formativa.

### **Legge regionale 24 marzo 2011, n. 4**

**“Modifica all’articolo 10 della legge regionale 6 maggio 1981, n. 98 e successive modifiche ed integrazioni, in materia di attività all’interno dei parchi naturali di rilevanza regionale. Proroga delle concessioni-contratto per gli operatori economici danneggiati dai fenomeni vulcanici del monte Etna”**

*Publicazione in GURS n. 14 dell’1 aprile 2011*

Iniziativa parlamentare: ddl n. 246.

Esercizio di potestà legislativa in materia di tutela del paesaggio e urbanistica ai sensi dell'art. 14, lettera n) e f)

#### **Legge di manutenzione normativa**

**Tecnica legislativa: novella**

Si interviene apportando modifiche all'articolo 10 della legge regionale 6 maggio 1981, n. 98 e successive modifiche ed integrazioni, che riguarda il rego-

lamento dell'Ente parco. Quest'ultimo disciplina le attività che si svolgono all'interno del parco, nel rispetto delle prescrizioni del piano territoriale.

L'intervento legislativo riguarda segnatamente la lettera e) del primo comma dell'articolo 10, aggiungendo – tra le attività contemplate dal regolamento dell'Ente parco – oltre alle già previste attività di ricerca scientifica, sportive, ricreative ed educative, anche il sostegno e la salvaguardia dello svolgimento di manifestazioni ed iniziative dichiarate patrimonio storico-culturale con legge della Regione.

Il testo originario approvato dall'Assemblea conteneva un'ulteriore norma relativa alla proroga delle concessioni-contratto per gli operatori economici danneggiati dai fenomeni vulcanici del monte Etna, verificatisi nell'estate del 2002. Si tratta di una disposizione oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato per violazione degli articoli 11, 97, 117, primo e secondo comma lett. l) Cost, nonché degli articoli 14 e 17 dello Statuto Speciale per interferenza in materia di diritto civile.

In particolare, il Commissario aveva sostenuto che la proroga delle concessioni non potesse essere imposta come obbligatoria agli enti concedenti e che comunque essa dovesse sottostare ad un previo accertamento e sopralluogo delle condizioni ambientali. Si era, inoltre, rilevata l'opportunità di non collegarla all'intera durata dello stato emergenziale, ma di tener conto dell'effettiva mancata utilizzazione delle strutture in esame. In ultimo, era stato contestato che la norma interferisse, specie in relazione al riferimento alla decorrenza dei medesimi patti e condizioni ed ai termini di durata.

Si rileva che la durata di ogni singolo provvedimento concessorio è un elemento fondamentale, che merita di volta in volta un procedimento ad hoc al fine di verificare la sussistenza dei presupposti idonei ad un eventuale rinnovo e non la proroga *tout court*.

### **Legge regionale 5 aprile 2011, n. 5**

**“Disposizioni per la trasparenza, la semplificazione, l'efficienza, l'informatizzazione della pubblica amministrazione e l'agevolazione delle iniziative economiche. Disposizioni per il riordino e la semplificazione della legislazione regionale”**

*Pubblicazione GURS n. 11 aprile 2011, n. 16.*

Iniziativa governativa e parlamentare: ddl nn. 520-144

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e degli enti regionali (art. 14, lett. p) dello Statuto)

#### **Legge istituzionale**

#### **Tecnica legislativa: novella**

In merito alla legge in esame va segnalato preliminarmente, sotto il profilo procedurale, che l'iter del relativo disegno di legge nn. 520-144 bis/A “Disposi-

zioni per la trasparenza, la semplificazione, l'efficienza, l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione, l'agevolazione delle iniziative economiche. Disposizioni per il contrasto alla corruzione ed alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Disposizioni per il riordino e la semplificazione della legislazione regionale" esitato dalla I Commissione "Affari istituzionali" dell'Assemblea regionale siciliana, è stato particolarmente complesso. Esso è stato infatti sottoposto per ben due volte ad un approfondimento ulteriore dopo i rinvii operati dall'Aula ai sensi dell'articolo 121-quater, comma 1 del Regolamento interno nell'ottica di uno snellimento e una scrematura del precedente testo.

In linea con la recente normativa nazionale la legge in esame si propone di attuare una organica riforma volta alla semplificazione e alla modernizzazione dell'attività dell'Amministrazione regionale al fine di perseguire la celerità, la trasparenza, l'efficienza e l'informatizzazione della P.A., di rendere l'azione della burocrazia regionale più spedita e più funzionale alle esigenze del cittadino, e in particolare alle aspirazioni di quanti vogliono "fare impresa", garantendone altresì l'impermeabilità rispetto ai rischi di infiltrazione mafiosa e la capacità di avvalersi dei preziosi strumenti offerti dalle moderne tecnologie.

Trattandosi di materie sulle quali sussiste generalmente una competenza della Regione, ma sulle quali si intersecano importanti competenze statali e sono state pure varate numerose leggi statali, uno dei principali problemi che si è posto per il legislatore regionale è quello di determinare i rapporti e i confini con la normativa nazionale.

La linea seguita dal Governo e dalla Commissione, è stata quella di sostituire talune disposizioni contenute nel disegno di legge originario, specie in materie sulle quali maggiormente la competenza regionale si intreccia con quella dello Stato e ove occorre assicurare la conformità dell'ordinamento regionale alla normativa da questo stabilita, con clausole volte ad operare un rinvio dinamico alle norme nazionali.

Così è stato fatto, ad esempio, in materia di Conferenza di servizi (fatta eccezione per la disciplina del dissenso di cui si parlerà tra breve), di SCIA (Segnalazione certificata di inizio attività), in materia di silenzio-assenso e di diritto di accesso.

In altri casi, peraltro, in relazione ad oggetti sui quali poteva ravvisarsi una competenza regionale, pur avendo lo Stato a vario titolo legiferato sulle stesse materie (in genere nell'esercizio delle proprie competenze "trasversali", come quella in tema di "livelli essenziali delle prestazioni...", o in tema di "coordinamento dei sistemi informativi", ecc.), si è preferito non rinunciare all'utilizzo della nostra autonomia legislativa e si è scelto di porre comunque apposite norme. Queste, invero, non si pongono in contrasto ed anzi si uniformano alle corrispondenti norme nazionali ed alle garanzie da queste stabilite, mirando piuttosto a specificarle e ad arricchirle, adattandole ove necessario alle caratteristiche organizzative dell'ordinamento regionale. Così ad esempio per le disposi-

zioni (oggetto di parziale riscrittura) relative ai tempi di conclusione del procedimento amministrativo e agli effetti del dissenso espresso in materia ambientale in seno alla Conferenza di servizi (materie già disciplinate dalla legge regionale n. 10 del 1991 e dalla legge n. 241 del 1990), per quelle miranti a rendere operative nell'ordinamento regionale norme contenute nel cosiddetto "Codice dell'Amministrazione digitale" approvato con il decreto legislativo n. 82 del 2005. In effetti, la riscrittura dell'art. 3 "Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione regionale", dopo aver enunciato il principio secondo cui la Regione assicura l'utilizzo delle tecnologie digitali ai fini dell'informazione amministrativa, secondo un Piano predisposto dall'Assessore regionale per l'economia, prevede misure volte ad assicurare la necessaria coerenza dello sviluppo dei sistemi informativi regionali con gli standard tecnici e organizzativi nazionali

Sulla stessa linea si pongono soprattutto le norme relative allo Sportello Unico per le attività produttive le quali mirano a rendere operativo nel nostro ordinamento un istituto destinato a porsi come unico interlocutore di quanti vogliono procedere all'avvio, alla localizzazione, riconversione, trasformazione di attività di natura imprenditoriale, commerciale o artigianale, ricalcando in buona parte disposizioni contenute del D.P.R. n. 160 del 2010 emanato in attuazione dell'art. 38 del decreto-legge n. 112 del 25 giugno 2008 convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Così ancora per l'articolo relativo a "Misurazione, valutazione e trasparenza delle performance", che tende ad allineare il nostro ordinamento regionale alle previsioni del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (c.d. "decreto Brunetta") allo scopo di ottimizzare il rendimento dei dipendenti regionali, e per quello relativo a "Trasparenza, innovazione tecnologica e informatica" che fa propri taluni principi contenuti nella legge 18 giugno 2009, n. 69 recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività".

Tutte le disposizioni ricordate, anche laddove continuino parzialmente a riprodurre norme nazionali o a rinviare alle stesse, risultano comunque utili a fini di chiarezza del diritto, in quanto consentono al cittadino di avere più facilmente contezza della disciplina vigente nella Regione nelle indicate materie. Esse, inoltre, rendono comunque esplicita, come prima si accennava, la volontà del legislatore regionale di non abdicare all'esercizio di competenze legislative ad esso attribuite dalla Costituzione o dallo Statuto regionale.

Si tratta in ogni caso di norme importanti, attraverso le quali si evidenzia soprattutto la volontà della Regione di non rimanere indietro rispetto alla tendenza, emersa con forza nella legislazione nazionale, a moralizzare e rendere sempre più trasparente ed efficiente l'attività della Pubblica Amministrazione.

In vari casi, nel corso dei lavori della Commissione cui prima si è fatto riferimento, si è proceduto all'accorpamento di taluni articoli soprattutto con finalità di maggiore snellezza ed incisività del testo: così, ad esempio, per l'articolo relativo alle "azioni per il contrasto alla corruzione ed alla criminalità orga-

nizzata di tipo mafioso”, nel quale sono state accorpati diversi articoli del precedente testo (artt. 28-35), ora sostituiti da un'unica disposizione nella quale si sancisce l'obbligo da parte delle Amministrazioni regionali di garantire l'osservanza del cosiddetto “Codice Antimafia e Anticorruzione della Pubblica Amministrazione” (codice Vigna) approvato con delibera della Giunta regionale n. 514 del 4 dicembre 2009. Rimane così confermato e sancito al livello legislativo il valore di quest'ultimo, quale fondamentale punto di riferimento ed imprescindibile codice di condotta per quanti operano all'interno di un'Amministrazione che è purtroppo particolarmente esposta, dato il contesto sociale in cui agisce, a rischi di infiltrazione mafiosa e di corruzione. Si tratta in effetti di uno dei punti più originali della proposta legislativa in esame, e di quelli che maggiormente tengono conto delle specificità, purtroppo in questo caso negative, della nostra realtà regionale.

A seguito del lavoro di scrematura svolto dalla Commissione, sono state espunte varie norme dal precedente testo mentre sono state mantenute talune delle norme più qualificanti e significative del disegno di legge, tra cui quella relativa al “riordino e semplificazione normativa e dei procedimenti amministrativi”, che mira a sfrondare l'ordinamento regionale da norme ormai desuete e ad alleggerire la produzione normativa avviando processi di delegificazione, quella relativa alla introduzione di nuove forme di responsabilità dei dirigenti dell'Amministrazione regionale, quella relativa alla soppressione della commissione edilizia comunale, volta allo snellimento e all'accelerazione del procedimento di rilascio della concessione edilizia, quella relativa alla gestione dei servizi locali privi di rilevanza economica, che è stata peraltro riscritta in un'ottica di maggiore rispetto per l'autonomia degli enti locali.

Si è inoltre scelto di mantenere in vita la disposizione che, esclusivamente a fini di chiarezza e precisione normativa, procede alla rubricazione degli articoli della legge regionale n. 10 del 1991.

In ultimo, si segnala che è stata impugnata la norma (art. 23) introdotta nel corso della discussione in Aula, relativa alla trasformazione del Consorzio per le autostrade siciliane in ente pubblico economico. Il Commissario dello Stato ne ha sostenuto l'irragionevolezza, ritenendo violato in primo luogo l'articolo 97 della Costituzione.

Ciò perché, a suo avviso, la norma ‘non tiene conto delle ormai ridotte attività del consorzio e della necessaria conseguente rideterminazione della dotazione organica privilegiando piuttosto le aspettative dei lavoratori’. Ha ritenuto censurabile inoltre per violazione degli articoli 3, 51 e 97 della Costituzione il comma 5 dello stesso art. 23 che consente la copertura dei posti vacanti da parte di personale assunto dal Consorzio con contratto a tempo determinato. Ciò introdurrebbe un'illegittima deroga al principio del concorso pubblico.

**Legge regionale 5 aprile 2011, n. 6**  
**“Modifiche di norme in materia di elezione, composizione e decadenza degli organi comunali e provinciali”**

*Pubblicazione in GURS dell'11 aprile 2011, n. 16*

Iniziativa parlamentare: ddl n. 85 abbinato ai ddl nn. 240-213-256-278-296-299  
Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di regime enti locali (art. 15 Statuto)

**Legge istituzionale**

**Tecnica legislativa: novella**

La legge in commento introduce disposizioni di modifica del sistema elettorale per i consigli provinciali ed altre norme che incidono sullo status degli amministratori locali, sulla rappresentanza di genere, sul computo dei voti per l'attribuzione del premio di maggioranza negli organi elettivi locali. È stata inoltre prevista l'elezione diretta dei presidenti dei consigli circoscrizionali che avverrà a turno unico contestualmente all'elezione del relativo consiglio. Elementi di particolare portata innovativa del provvedimento sono stati la previsione del cosiddetto voto confermativo che elimina l'effetto del trascinamento tra sindaco e consiglio e l'applicazione del metodo d'Hondt.

Si riporta di seguito uno schema riepilogativo dei contenuti della legge redatto articolo per articolo.

Art. 1

*Voto “confermativo” nelle elezioni dei consigli comunali e provinciali*

Prevede che il voto espresso soltanto per la lista di candidati al consiglio comunale e provinciale non si estenda automaticamente al candidato sindaco o, rispettivamente, al candidato presidente della provincia e che viceversa il voto espresso per questi ultimi non si estenda alla lista collegata. Viene così eliminato il cosiddetto “effetto trascinamento” per cui chi voglia collegare le due preferenze dovrà esprimere un apposito “voto confermativo”. Resta comunque confermata la possibilità del voto disgiunto. Resta inoltre in atto vigente la votazione in un'unica scheda.

Art. 2

*Applicazione del metodo d'Hondt nelle elezioni dei consigli provinciali*

Prevede l'applicazione nelle elezioni dei consigli provinciali del cosiddetto “metodo D'Hondt” ossia di un meccanismo proporzionale rigoroso che tende ad attenuare il problema dei resti collegato all'applicazione del proporzionale puro. La norma prevede anche un nuovo meccanismo per la redistribuzione dei seggi nell'ambito dei collegi provinciali.

## Art. 3

*Rappresentanza di genere nelle liste dei consigli comunali e provinciali*

Prevede un limite di tre quarti alla presenza di candidati di uno stesso genere nelle liste di candidati per le elezioni dei consigli comunali e provinciali, al fine di favorire un maggiore presenza femminile nelle stesse.

## Art. 4

*Composizione delle giunte comunali e provinciali*

Sancisce che le giunte comunali e provinciali siano composte in modo da garantire la rappresentanza di entrambi i generi. Ammette la contemporanea titolarità della carica di componente della giunta e di quella di consigliere comunale o provinciale, ma stabilisce un limite del 50% al numero degli assessori "interni" (che siano anche consiglieri).

Vieta la partecipazione alla Giunta di soggetti legati da rapporti di parentela o affinità fino al secondo grado rispetto al sindaco, agli assessori ed ai consiglieri comunali. Analoga previsione riguarda i corrispettivi organi provinciali (presidente della provincia, assessori e consiglieri provinciali).

Mantiene i limiti numerici alla composizione delle giunte fissate dalla precedente normativa, ma stabilisce che il numero degli assessori comunali non possa in ogni caso essere inferiore a quattro.

## Art. 5

*Premio di maggioranza*

Disciplina il "premio di maggioranza" nei comuni con popolazione sino a 10.000 abitanti attribuendo i due terzi dei seggi (anziché l'attuale 60%) alla lista collegata al sindaco e il restante terzo (anziché l'attuale 40%) all'altra lista che ha riportato il maggior numero di voti.

Qualora, tuttavia, quest'ultima abbia ottenuto il cinquanta per cento dei voti, ad essa è attribuito il sessanta per cento dei seggi.

Nei comuni con popolazione sino a 3.000 abitanti la lista collegata al sindaco eletto ottiene i due terzi dei seggi (anziché l'attuale 60%), mentre, a differenza di quanto previsto per gli altri comuni fino a 10.000 abitanti, il restante terzo (anziché l'attuale 40%) viene attribuito alla lista collegata al candidato sindaco arrivato secondo.

## Art. 6

*Interpretazione autentica in materia di premio di maggioranza*

Fornisce un'interpretazione autentica delle norme relative all'attribuzione del premio di maggioranza nei comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti e nelle province, chiarendo che ai fini di tale attribuzione non sono computabili i voti espressi dalle liste escluse in virtù dell'applicazione della clausola di sbarramento del 5%.

## Art. 7

*Mozione di sfiducia*

Modifica la percentuale di consiglieri che possono presentare la mozione di sfiducia nei confronti del sindaco che viene fissata in due terzi in luogo del precedente 65%. Si stabilisce che la mozione di sfiducia nei confronti del sindaco o del presidente della provincia non possa essere proposta prima del termine di ventiquattro mesi dall'inizio del mandato né negli ultimi centoottanta giorni dal mandato medesimo.

## Art. 8

*Elezione del sindaco e dei consigli nei comuni con popolazione compresa tra 10.000 e 15.000 abitanti*

Disciplina l'elezione del sindaco e dei consigli nei comuni con popolazione compresa tra i 10.000 e i 15.000 abitanti, prevedendo un sistema elettorale a turno unico (anche per l'elezione del sindaco) e riproducendo anche per tali comuni la norma relativa alla eliminazione della automatica estensione del voto espresso per il sindaco alla lista collegata, e viceversa (cosiddetto voto confermativo). Viene altresì confermata la soglia di sbarramento del 5% e l'applicazione del "metodo D'Hondt", nonché l'assegnazione di un premio di maggioranza volto a consentire alla lista o gruppo di liste collegate al candidato eletto di ottenere comunque il 60% dei seggi, sempre che nessuna altra lista o gruppo di liste abbia superato il 50% dei voti validi.

## Art. 9

*Elezione diretta dei presidenti dei consigli di circoscrizione*

Introduce l'elezione diretta dei presidenti dei consigli di circoscrizione, prevedendo che essa si svolga a turno unico contestualmente alla elezione del relativo consiglio. Estende al presidente del consiglio di circoscrizione requisiti e cause di ineleggibilità e incompatibilità già previste per il sindaco dei comuni ove l'elezione del consiglio comunale avviene con il metodo proporzionale. Esclude la automatica estensione del voto espresso per il presidente della circoscrizione alla lista collegata, e viceversa. Apporta talune conseguenti modifiche alla norma che oggi disciplina l'elezione del consiglio circoscrizionale, prevedendo il collegamento tra il candidato presidente del consiglio circoscrizionale ed una o più liste.

## Art. 10

*Revoca del presidente del consiglio provinciale e comunale*

Prevede la revoca del presidente del consiglio provinciale e del presidente del consiglio comunale da approvarsi a seguito di apposita mozione motivata, votata per appello nominale ed approvata da almeno i due terzi dei componenti del consiglio. Rimette agli statuti la determinazione delle modalità di presentazione della mozione di revoca.

## Art. 11

*Relazione sullo stato di attuazione del programma*

Prevede l'obbligo per il sindaco di partecipare alla seduta del consiglio dedicata alla valutazione della relazione sullo stato di attuazione del programma.

## Art. 12

*Consulta dei cittadini migranti*

Impone ai comuni nel cui territorio siano presenti comunità di residenti extracomunitari di istituire e disciplinare con regolamento la Consulta dei cittadini migranti.

## Art. 13

*Decorrenza*

Stabilisce la decorrenza degli effetti della riforma a partire dal 1 gennaio 2012, eccezion fatta per le norme di cui agli articoli 6 (interpretazione autentica), 10 (revoca del presidente del consiglio comunale e provinciale) e 12 (Consulta dei cittadini migranti).

## Art. 14

*Norma finale*

Contiene la formula di pubblicazione.

**Legge regionale 11 maggio 2011, n. 7****Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2011**

*Pubblicata nella GURS n. 2, S.O. n. 1, del 13 maggio 2011*

Iniziativa governativa: ddl n. 631

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di bilancio (art. 19 Statuto)

**Legge di bilancio (finanziaria)****Tecnica legislativa: mista**

La legge finanziaria per il 2011, come già detto in premessa, è una legge snella dal carattere eminentemente tecnico. L'Assemblea ha interpretato in modo rigoroso il dettato dell'articolo 3 della legge regionale n. 10 del 1999 che introduce nell'ordinamento regionale e disciplina in modo organico i contenuti di tale strumento di politica economica e finanziaria. È stato deciso di rinviare a successive leggi di settore l'approfondimento di ulteriori importanti temi da affrontare con singoli specifici provvedimenti *ad hoc*.

Nella presente sintesi delle disposizioni della legge si è pensato di fornire per agevolare la lettura una descrizione schematica di ciascun articolo.

## Art. 1

*Risultati differenziali. Determinazione fondi di riserva*

L'articolo 1 della legge finanziaria rappresenta uno dei contenuti necessari della legge stessa come disciplinata dalla legge regionale 10/1999 e fissa due dei principali saldi della manovra di bilancio per il triennio 2011-2013: il saldo netto da finanziare (differenza tra entrate e spese finali) e l'ammontare complessivo dei fondi di riserva. In particolare, ai commi 1 e 2 è indicato il saldo netto da finanziare per ciascuno dei seguenti anni: 2011, 2012 e 2013.

Al comma 3 è prevista la revoca delle autorizzazioni ad effettuare operazioni finanziarie per l'anno 2011 e per l'anno 2012 contenute nella manovra finanziaria per il 2010.

Il comma 4 stabilisce che l'ammontare complessivo dei fondi di riserva per le spese obbligatorie e di ordine e per la riassegnazione dei residui passivi di parte corrente e in conto capitale eliminati negli esercizi precedenti per perenzione amministrativa, relativi alle risorse regionali, è determinato, nell'esercizio finanziario 2011, in 450.000 migliaia di euro. La determinazione con specifico articolo della finanziaria dell'importo dei fondi di riserva da iscrivere in bilancio, rappresenta una novità della manovra di quest'anno e contribuisce a conferire certezza alla loro quantificazione nella fase iniziale della procedura di esame della finanziaria. Tale decisione ha anche rilevanti effetti procedurali che riguardano le modalità di copertura finanziaria delle maggiori spese della legge.

## Art. 2

*Disposizioni in materia di residui attivi, passivi e perenti*

Si tratta di una disposizione riportata annualmente nelle manovre di bilancio per regolare le modalità di cancellazione (e di eventuale reinscrizione), dalle scritture contabili degli esercizi di riferimento, delle entrate accertate a fronte delle quali non corrispondano crediti da riscuotere e degli impegni cui non corrispondano obbligazioni giuridicamente vincolanti.

## Art. 3

*Trasferimenti agli enti locali*

La disposizione quantifica il fondo destinato alle autonome locali specificando l'entità della quota destinata alle province e di quella destinata ai comuni. Si stabilisce che una quota pari al venti per cento del fondo per i comuni debba essere riservata a spese di investimento. Si prevede che le quote dei trasferimenti da assegnare in conto capitale possano essere destinate al pagamento delle rate di ammortamento dei mutui assunti dagli enti per il finanziamento di spese di investimento.

È stabilito poi che l'erogazione della quarta trimestralità per l'anno 2011 in favore dei comuni, ad eccezione di quelli con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, dovrà tenere conto di meccanismi di premialità, sulla base di criteri

individuati con decreto dell'Assessore regionale per la funzione pubblica e le autonomie locali sentito l'Assessore regionale per l'economia, sentita la Conferenza Regione-Autonomie locali, per gli enti che dimostrino di avere adempiuto agli obblighi previsti dai precedenti commi nonché di avere adottato misure di contrasto all'evasione ed elusione dei tributi locali e di aver dato attuazione, anche parziale, al piano di alienazioni e valorizzazioni immobiliari previsto dall'articolo 58 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, così come integrato dall'articolo 19, comma 16 bis, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 e successive modifiche ed integrazioni.

#### Art. 4

##### *Norme sulle partecipazioni degli enti locali*

L'articolo 4 contiene norme sulle partecipazioni degli enti locali volte al contenimento della spesa. Al comma 1, in particolare, è sancita l'applicazione agli enti locali e alle province regionali, relativamente alle partecipazioni in società, fondazioni, enti, istituzioni ed organismi comunque denominati, da questi detenute, delle disposizioni di cui all'art. 3, commi 27, 28, 29 e seguenti della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Tali disposizioni introducono per le amministrazioni pubbliche limiti alla possibilità di costituire società preposte alla produzione di beni o servizi, o di assumere partecipazioni nelle stesse, subordinando ad apposita autorizzazione la assunzione di o il mantenimento delle partecipazioni rientranti nel novero di quelle ammesse dalla legge, e prevedendo la cessione a terzi delle società e partecipazioni non ammesse. Si escludono tuttavia dall'ambito di applicazione della disposizione in commento le partecipazioni obbligatorie per legge e che fanno riferimento a servizi istituzionali.

Al secondo comma, si stabilisce, poi, che alle società a partecipazione maggioritaria o totale degli enti locali e delle province regionali si applichino le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 725, 726, 727, 728 e 729 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e successive modifiche ed integrazioni e, a decorrere dal 1 gennaio 2011, i relativi compensi siano ridotti nella misura del 40 per cento. Le predette disposizioni riguardano i compensi e le indennità di risultato dei presidenti e dei componenti dei consigli di amministrazione delle società a totale partecipazione di comuni e province e delle società da queste controllate.

#### Art. 5

##### *Norme sul difensore civico e sul direttore generale degli enti locali*

La norma sopprime la figura del difensore civico negli enti locali facendo salve le nomine in essere sino alla loro naturale scadenza. Si stabilisce inoltre che negli enti locali sia soppressa la figura del direttore generale con esclusione dei comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti.

## Art. 6

*Provvedimenti sostitutivi per violazioni in materia di rifiuti  
da parte degli enti locali*

Si stabilisce che, nella materia dei rifiuti, gli interventi sostitutivi regionali previsti dalla vigente normativa in caso di inerzia o inadempimento da parte dell'ente locale ordinariamente competente, siano adottati dall'Assessore regionale per l'energia ed i servizi di pubblica utilità su proposta del dirigente del dipartimento regionale dell'acqua e dei rifiuti.

## Art. 7

*Modifiche di norme in materia di trasferimenti alle province  
per il servizio di vigilanza venatoria*

Si modificano le norme in materia di trasferimenti alle province per il servizio di vigilanza venatoria prevedendo che l'Assessore regionale per le risorse agricole ed alimentari, entro trenta giorni dalla data di presentazione della relazione sull'utilizzazione delle somme erogate – prevista dal comma 2 dell'articolo 32 della legge regionale 19 maggio 2005, n. 5 – eroghi alle province regionali un acconto pari al 70 per cento delle somme assegnate; la rimanente quota è erogata alle province regionali in un'unica soluzione previa presentazione da parte delle stesse di una rendicontazione che giustifichi e documenti la spesa sostenuta. Si prevede, altresì, che i contributi in oggetto possano essere erogati esclusivamente alle province regionali che abbiano attivato il servizio di vigilanza venatoria ed ambientale, anche attraverso società totalmente partecipate.

## Art. 8

*Norme in materia di destinazione ricettivo-alberghiera di fabbricati*

L'articolo 8 attribuisce agli operatori turistici, già autorizzati alla data di entrata in vigore della legge, la facoltà di trasformare l'attività di agriturismo in quella di turismo rurale. Per quanto concerne gli agriturismo, in alternativa all'adeguamento, è consentita la trasformazione in complesso turistico-ricettivo all'aria aperta nel rispetto delle previsioni della normativa regionale in materia (legge regionale 13 marzo 1982, n. 14).

Si demanda a un decreto del Presidente della regione, su proposta dell'Assessore regionale per il turismo, lo sport e lo spettacolo, previa delibera della Giunta regionale, la disciplina delle modalità di attuazione della disposizione in commento.

## Art. 9

*Modifica di norme in materia di turismo rurale*

Si interviene in materia di interventi produttivi nel verde agricolo, introducendo alcune modifiche alla disposizione di riferimento (art. 22 della legge regionale n. 71/1978) al fine di ampliare le possibilità di trasformazione della

destinazione d'uso dei fabbricati in strutture ricettivo-alberghiere e di ristorazione "e per l'insediamento delle attività di 'bed and breakfast', agriturismo ed annesse attività di ristorazione". In particolare, si prevede che, previa autorizzazione delle amministrazioni competenti, nelle zone destinate a verde agricolo, tale mutamento di destinazione d'uso sia consentito, oltre ai fabbricati realizzati con regolare concessione edilizia, anche ai fabbricati realizzati anteriormente al 1967.

#### Art. 10

##### *Cofinanziamento regionale della spesa sanitaria*

Si destinano, per l'esercizio finanziario 2011, le risorse del Fondo per le aree sottoutilizzate al cofinanziamento del servizio sanitario regionale, previa intesa col Governo nazionale. Si prevede, tuttavia, l'accontonamento di somme da utilizzare nel caso di mancato raggiungimento, entro il 31 luglio 2011, della predetta intesa.

#### Art. 11

##### *Piano straordinario per la conservazione, la messa a reddito e la valorizzazione dei beni culturali, dei beni forestali e del patrimonio costiero di proprietà regionale.*

##### *Provvedimenti in materia di rinaturalizzazione del territorio*

L'articolo 11 contiene disposizioni riguardanti diversi settori. Al comma 1, si autorizza l'amministrazione regionale ad elaborare, in coerenza con il Piano nazionale per il Sud di cui alla deliberazione del Comitato interministeriale per la programmazione economica dell'11 gennaio 2011, n. 1, un "Piano straordinario per la conservazione, la messa a reddito e la valorizzazione dei beni culturali, dei beni forestali e del patrimonio costiero di proprietà regionale".

I commi 2, 3, 4 e 5 riguardano la spesa per la realizzazione degli interventi previsti dalle linee d'azione 4.3 "Rinaturalizzazione del territorio, tutela della diversità biologica e valorizzazione della dimensione sociale, turistica e culturale delle foreste" e 4.4 "Utilizzo tecnologie innovative per la difesa dell'ambiente". In particolare, si prevede un'anticipazione regionale e cioè che nelle more della riprogrammazione delle risorse del Fondo per le aree sottoutilizzate da effettuarsi ai sensi della deliberazione CIPE n. 1/2011, detta spesa sia posta a carico del bilancio della Regione e che al verificarsi dei presupposti per il finanziamento delle predette linee d'azione con le risorse del Fondo per le aree sottoutilizzate, l'autorizzazione alla spesa a carico del bilancio della Regione debba essere ridotta di pari importo.

Al comma 6, si prevede che, per il personale assunto in attuazione degli articoli 45 ter e 46 della legge regionale 6 aprile 1996, n. 16, in particolare per gli addetti ai lavori di sistemazione idraulico-forestale ed idraulico-agraria, non si debba dare luogo, senza possibilità di recupero, alle procedure contrattuali e negoziali relative al triennio 2010-2012.

Al comma 7, infine, si determinano gli oneri discendenti dall'applicazione del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro 2006-2009 del settore forestale per l'esercizio finanziario 2011 nonché le relative unità previsionali di base in seno al bilancio della Regione.

#### Art. 12

##### *Linea d'azione "Itinerario Ragusa-Catania". Anticipazione regionale*

Si prevede un'anticipazione, da parte della Regione siciliana, della spesa da destinare alla linea d'azione "Itinerario Ragusa-Catania SS 514-SS 194". In particolare, si autorizza, nelle more della riprogrammazione delle risorse del Fondo per le aree sottoutilizzate, la spesa di 5000 migliaia di euro stabilendo che, al verificarsi dei presupposti per il finanziamento della predetta linea d'azione con le risorse del Fondo per le aree sottoutilizzate, l'autorizzazione alla spesa a carico del bilancio della Regione sarà ridotta di pari importo.

#### Art. 13

##### *Pubblicazione informatica delle delibere della Giunta regionale*

Al fine di garantire la trasparenza della spesa, si stabilisce che la Giunta regionale debba trasmettere alla Segreteria generale, entro sette giorni dall'adozione, le delibere per la pubblicazione integrale delle stesse sul sito ufficiale della Regione, in un'apposita rubrica facilmente accessibile. Si prevede altresì che le delibere che contengono provvedimenti di spesa o di nomina debbano essere poste in particolare evidenza, allegando, nella seconda ipotesi, il *curriculum* del nominato.

#### Art. 14

##### *Modifiche di norme in materia di termini di presentazione di documenti finanziari*

Con l'articolo 14 si modificano i termini di presentazione di alcuni documenti finanziari. Più nel dettaglio, si sposta al 20 luglio di ogni anno il termine entro cui il Governo della Regione presenta all'Assemblea regionale siciliana il documento di programmazione economico-finanziaria; in precedenza detto termine era fissato in trenta giorni dalla data di presentazione alle Camere da parte del Consiglio dei ministri di quello nazionale.

Si sposta altresì dal 31 maggio al 30 giugno di ciascun anno il termine entro cui il Governo regionale presenta all'Assemblea regionale siciliana la relazione sulla situazione economica regionale per l'anno precedente.

#### Art. 15

##### *Fondi globali e tabelle*

Si determinano gli importi da iscrivere nei fondi globali e nelle relative tabelle allegate alla legge.

## Art. 16

*Effetti della manovra e copertura finanziaria*

Si rinvia al prospetto allegato all'articolo 16 per quanto concerne gli effetti della manovra finanziaria derivanti dalla legge e la relativa copertura. Si stabilisce poi che le disposizioni della legge si applichino, ove non diversamente disposto, con decorrenza dall'1 gennaio 2011 e dunque con efficacia retroattiva.

## Art. 17

*Norma finale*

Si stabilisce che la legge entrerà in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Regione siciliana.

**Legge regionale 11 maggio 2011, n. 8 “Bilancio di previsione della Regione siciliana per l'anno finanziario 2011 e bilancio pluriennale per il triennio 2011-2013”**

*Pubblicata nella GURS del 13 maggio 2011 n. 21*

Iniziativa governativa: ddl n. 630-630 bis-630 ter-630 quater

Esercizio di potestà legislativa in materia di bilancio (art. 19 dello Statuto)

**Legge di bilancio**

**Tecnica legislativa: testo nuovo**

Nella tabella che segue, con riferimento alle previsioni di competenza (compreso l'avanzo finanziario presunto) e di cassa, vengono esposti i totali generali delle previsioni 2011-2013 delle entrate e delle spese, raffrontati con le corrispondenti previsioni iniziali ed aggiornate 2010:

**Totali generali di bilancio (in migliaia di euro)**

Stanziamiento iniziale 2010	Stanziamiento aggiornato 2010	Previsioni 2011	Previsioni 2012	Previsioni 2013	
Competenza	27.390.211	30.645.661	27.701.186	17.665.064	17.305.473
Cassa di cassa		21.018.699 (di cui interventi regionali 13.262.231. Interventi comunitari, statali e cofinanziamenti connessi 7.756.468)	—	—	

Si segnala che l'art. 3 della relativa delibera legislativa è stato impugnato sulla base delle motivazioni che di seguito si riportano.

La norma includeva fra le spese obbligatorie e d'ordine, quelle descritte in apposito elenco ammesso allo stato di previsione della spesa. In tale elenco è ricompreso il capitolo 108149 relativo al trattamento pensionistico integrativo e sostitutivo spettante al personale del soppresso EAS. Il Commissario dello Stato ha ritenuto che tale spesa sia priva di fondamento autorizzativo legislativo e manchi della quantificazione degli oneri e della correlata indicazione della copertura finanziaria. Ha, pertanto, sostenuto la violazione dell'art. 81, commi 3 e 4 della Cost. richiamando la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 66 del 1959) che ha esplicitamente asserito che i commi 3 e 4 "fanno sistema" e vanno correlati al principio di coordinamento finanziario.

Il Commissario ha affermato che il capitolo di cui trattasi è stato istituito dal Ragioniere Generale senza che alla base vi fosse la necessaria quantificazione degli oneri né l'indicazione delle risorse con cui farvi fronte. Tali elementi non si riscontrano, infatti, ad avviso del ricorrente nella legge regionale n. 10/1999 all'articolo 23 e peraltro la liquidazione dell'EAS è già in corso dal 2004.

### Elenco leggi approvate tra il 1° gennaio e il 30 aprile 2011

Estremi legge	Leggi approvate tra il 1° gennaio e il 30 aprile 2011 Titolo della legge
L.r. n. 1/2011	Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 1 - Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2011. Consolidamento del debito residuo a fronte delle anticipazioni concesse ai comuni per particolari situazioni di emergenza
L.r. n. 2/2011	Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 2 - Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica. Disposizioni in materia di divieto di assunzioni.
L.r. n. 3/2011	Legge regionale 24 marzo 2011, n. 3 - "Misure finanziarie inerenti al Piano regionale dell'offerta formativa 2011. Proroga dell'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'esercizio finanziario 2011"
L.r. n. 4/2011	Legge regionale 24 marzo 2011, n. 4 - "Modifica all'articolo 10 della legge regionale 6 maggio 1981, n. 98 e successive modifiche ed integrazioni, in materia di attività all'interno dei parchi naturali di rilevanza regionale. Proroga delle concessioni-contratto per gli operatori economici danneggiati dai fenomeni vulcanici del monte Etna"
L.r. n. 5/2011	Legge regionale 5 aprile 2011, n. 5 - "Disposizioni per la trasparenza, la semplificazione, l'efficienza, l'informatizzazione della pubblica amministrazione e l'agevolazione delle iniziative economiche. Disposizioni per il contrasto alla corruzione ed alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Disposizioni per il riordino e la semplificazione della legislazione regionale"
L.r. n. 6/2011	Legge regionale 5 aprile 2011, n. 6 - "Modifiche di norme in materia di elezione, composizione e decadenza degli organi comunali e provinciali"

<b>Estremi legge</b>	<b>Leggi approvate tra il 1° gennaio e il 30 aprile 2011</b> <b>Titolo della legge</b>
L.r., n. 7/2011	Legge regionale 11 maggio, n. 7 - Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2011. Legge di stabilità regionale
L.r. n. 8/2011	L.r. 11 maggio 2011, n. 8 - Bilancio di previsione della Regione siciliana per l'anno finanziario 2011 e bilancio pluriennale per il triennio 2011-2013

*Nota:* Sono inserite in questa tabella e fanno quindi parte dell'ambito trattato in questo numero dell'Osservatorio la legge di bilancio e la legge finanziaria 2011, approvate il 30 aprile 2011 anche se pubblicate successivamente.

### **Classificazione delle leggi per macrosettore e per materia**

#### **Leggi approvate fra il 1° gennaio e il 30 aprile 2011**

<b>Macrosettore</b>	<b>Materia</b>	<b>Estremi e titolo completo della legge</b>	
Ordinamento istituzionale	Organi della Regione ( <i>ad esclusione di quanto classificato alla voce successiva</i> )		
	Sistema di elezione e casi di ineleggibilità e di incompatibilità del presidente e degli altri componenti la Giunta		
	Rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni		
	Personale e amministrazione		Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 2. "Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica. Disposizioni in materia di divieto di assunzioni"
			Legge regionale 5 aprile 2011, n. 5. "Disposizioni per la trasparenza, la semplificazione, l'efficienza, l'informatizzazione della pubblica amministrazione e l'agevolazione delle iniziative economiche. Disposizioni per il contrasto alla corruzione ed alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Disposizioni per il riordino e la semplificazione della legislazione regionale"
	Enti locali e decentramento		Legge regionale 5 aprile 2011, n. 6. "Modifiche di norme in materia di elezione, composizione e decadenza degli organi comunali e provinciali"
Altro (per es: persone giuridiche private, sistema statistico regionale, etc.)			

<b>Macrosettore</b>	<b>Materia</b>	<b>Estremi e titolo completo della legge</b>
Sviluppo economico e attività produttive	Artigianato	
	Professioni (incluse le nuove figure professionali)	
	Industria	
	Sostegno all'innovazione per i settori produttivi	
	Ricerca, trasporto e produzione di energia	
	Miniere e risorse geotermiche	
	Commercio, fiere e mercati	
	Turismo (incluso agriturismo e turismo rurale, ittiturismo)	
	Agricoltura e foreste	
	Caccia, pesca e itticoltura	
	Casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; Enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale	
	Altro (per es.: programmazione negoziata, programmi economici, supporto e assistenza allo sviluppo locale, etc.)	
	Territorio e urbanistica (incluso demanio; edilizia)	
	Protezione della natura e dell'ambiente, tutela dagli inquinamenti e gestione dei rifiuti	L.r. 24 marzo 2011, n. 4. "Modifica all'articolo 10 della legge regionale 6 maggio 1981, n. 98 e successive modifiche ed integrazioni, in materia di attività all'interno dei parchi naturali di rilevanza regionale. Proroga delle concessioni-contratto per gli operatori economici danneggiati dai fenomeni vulcanici del monte Etna"
	Risorse idriche e difesa del suolo	
	Opere pubbliche (per es.: edilizia scolastica; porti; aeroporti; etc.)	
	Viabilità	
Trasporti		
Protezione civile		
Servizi alle persone e alla comunità	Tutela della salute	
	Alimentazione	
	Servizi sociali	
	Istruzione scolastica e universitaria	

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Servizi alle persone e alla comunità	Formazione professionale	Legge regionale 24 marzo 2011, n. 3. "Misure finanziarie inerenti al Piano regionale dell'offerta formativa 2011. Pro-ruga dell'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'esercizio finanziario 2011"
	Lavoro e formazione professionale	
	Previdenza complementare e integrativa	
	Beni e attività culturali	
	Ricerca scientifica e tecnologica	
	Ordinamento della comunicazione	
	Spettacolo	
	Sport	
	Altro (per es: sicurezza personale, polizia locale; tutela degli utenti e consumatori; contrasto all'usura; etc.)	
Finanza regionale	Bilancio e contabilità	Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 1. "Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2011. Consolidamento del debito residuo a fronte delle anticipazioni concesse ai comuni per particolari situazioni di emergenza"
		Legge regionale 11 maggio 2011, n. 7. "Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2011".
		Legge regionale 11 maggio 2011, n. 8. "Bilancio di previsione della Regione siciliana per l'anno finanziario 2011 e bilancio pluriennale per il triennio 2011-2013"
	Contabilità regionale	
Tributi		
Multisetto		

Note: Ogni legge è stata classificata, in base al criterio della prevalenza, in un solo macrosettore ed in una sola materia, tranne quelle che interessano più settori e materie indicate nell'ultima casella della tabella.

## DATI QUANTITATIVI

Leggi approvate dal 1° gennaio al 30 aprile 2011*	
numero totale delle leggi	8
numero delle leggi di iniziativa governativa	4
% delle leggi di iniziativa governativa	50%
numero delle leggi di iniziativa parlamentare	3
% delle leggi di iniziativa parlamentare sul totale delle leggi	37,5%
mista	1
% delle leggi di iniziativa mista sul totale delle leggi	12,5%

(\*) Si segnala che sono state ricomprese nella presente tabella ed in quelle che seguono le leggi regionali nn. 1 e 2 del 2011, rispettivamente relative a "Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2011. Consolidamento del debito residuo a fronte delle anticipazioni concesse ai comuni per particolari situazioni di emergenza" e "Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica. Disposizioni in materia di divieto di assunzioni", in quanto tali leggi, sebbene approvate nel dicembre 2010, sono state pubblicate nel mese di gennaio 2011. In data 30 aprile, inoltre, sono stati approvati il bilancio per l'esercizio di previsione 2011 e la legge finanziaria, che sono ricompresi nella tabella riportata.

Sempre a proposito dell'iniziativa legislativa (anche se nel caso di cui trattasi non si tratta di leggi, ma di disegni di legge non ancora trasformati in legge) si vuole sottolineare che la XV legislatura è la prima nella quale sono stati presentati disegni di legge di iniziativa popolare e comunale. Si tratta, in particolare di tre disegni di legge di iniziativa popolare e di uno di iniziativa comunale.

**Iniziativa comunale:****disegno di legge n. 553, presentato il 24 aprile 2010, "Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque. Disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico in Sicilia".**

In merito all'iniziativa comunale si ricorda che l'articolo 12 bis dello Statuto, introdotto nel 2001, colmando una lacuna che risale all'approvazione dello statuto stesso, prevede, oltre ai soggetti classici titolari di tale potere, deputati e governo e popolo, di cui parleremo in seguito, che essa spetti ad un numero di consigli dei comuni della Regione non inferiore a quaranta, rappresentativi di almeno il 10 per cento della popolazione siciliana, o ad almeno tre consigli provinciali. L'articolo 12 bis demanda poi ad una legge della Regione la disciplina delle modalità di presentazione dei progetti di legge di iniziativa dei consigli comunali o provinciali e la determinazione dei tempi entro cui l'Assemblea regionale si pronuncia sui progetti stessi.

Tale legge statutaria è stata approvata: si tratta della legge regionale n. 1 del 2004, alla quale si rinvia per un esame dettagliato della normativa ivi dettata. In

questa sede, tuttavia, si ritiene opportuno ricordare che le deliberazioni dei consigli provinciali e comunali che approvano l'identico progetto di proposta sono trasmesse dai presidenti delle province o dai sindaci dei comuni proponenti alla Segreteria generale dell'Assemblea regionale.

La proposta si considera presentata nel giorno in cui perviene alla Segreteria generale l'ultima deliberazione di consiglio provinciale o comunale necessaria ad integrare i requisiti previsti dalla legge. Tra la data della prima deliberazione e quella dell'ultima deliberazione necessaria ad integrare il requisito prescritto, non possono intercorrere più di novanta giorni.

Nella deliberazione i consigli provinciali o i consigli comunali indicano i nomi degli incaricati, soggetti a cui devono essere indirizzate le comunicazioni previste dalla legge e che sono abilitati a seguire l'iter della proposta di legge stessa in tutte le sue fasi, e che sono titolari di una serie di diritti, doveri, facoltà che la legge stabilisce.

Ricevuta l'ultima deliberazione di un consiglio provinciale o comunale, il Segretario generale, o un suo delegato, che svolge la funzione di responsabile del procedimento, ne trasmette copia al Presidente dell'Assemblea regionale che svolge l'esame di ammissibilità, secondo quanto disposto dall'articolo 39 della legge regionale n.1 del 2004, che prevede un esame relativo alla sussistenza della competenza regionale, alla costituzionalità del progetto, all'insussistenza dei limiti posti dalla legge all'esercizio dell'iniziativa legislativa, alla presenza dei requisiti di legge, al carattere tecnico e sostanziale. Si ricorda infatti che il testo della proposta deve essere redatto in articoli e che non è possibile esercitare l'iniziativa comunale come quella provinciale e popolare per alcune tipologie di legge (ad esempio leggi di bilancio, tributarie etc.).

Il responsabile del procedimento, dopo la decisione di ammissibilità, accerta che tutte le deliberazioni necessarie ad integrare i requisiti di legge siano pervenute entro il termine di novanta giorni prima citato.

Non appena il riscontro dà esito positivo, e quindi eventualmente anche prima del decorso del termine sopra indicato, il Presidente dell'Assemblea regionale delibera sulla ammissibilità della proposta.

Dopo la deliberazione di ammissibilità il Presidente dell'Assemblea regionale assegna la proposta alla Commissione legislativa competente per materia, dandone comunicazione, a cura del responsabile del procedimento, agli incaricati.

La Commissione legislativa comunica la data in cui la proposta verrà discussa agli incaricati. Essi hanno facoltà di intervenire alla seduta della Commissione per illustrare la proposta e di presentare documenti e relazioni.

La Commissione, a norma del Regolamento interno dell'Assemblea regionale, presenta all'Assemblea la propria relazione.

Importante la previsione secondo cui, trascorsi sei mesi dalla assegnazione della proposta alla Commissione senza che la stessa si sia pronunciata, la proposta è iscritta al primo punto dell'ordine del giorno della prima seduta dell'Assemblea regionale.

Se il riscontro dà esito negativo, il Presidente dell'Assemblea regionale dichiara la decadenza dell'iniziativa legislativa.

Si riporta di seguito l'elenco dei 133 Comuni della Regione che hanno avviato l'iniziativa legislativa relativa al ddl di cui trattasi.

Il totale degli abitanti dei comuni promotori, in relazione alle delibere pervenute al 18/03/2010, è di 1.285.160 abitanti; nell'elenco sono compresi i comuni di Alì (ME), Mineo (CT) e Riesi (CL) che complessivamente vantano 18.265 abitanti, i cui Consigli Comunali però hanno approvato le proprie delibere di adesione all'iniziativa in data precedente al 03/12/2009, data da considerare utile per la validità delle iniziative, sulla base dell'applicazione delle norme di legge.

Pertanto il totale effettivo degli abitanti per i 133 Consigli Comunali che hanno deliberato dalla data del 03/12/2009 al 03/03/2010, periodo da considerare utile per la validità delle iniziative secondo le disposizioni di legge, raggiunge la cifra di 1.266.895 abitanti. Tale cifra, rispetto al totale della popolazione siciliana (4.968.991, secondo i dati del censimento Istat anno 2001) corrisponde a circa il 25% della popolazione dell'isola.

Risulta, inoltre, pervenuta la deliberazione della Provincia Regionale di Messina dell'11 marzo 2010.

Lo schema che segue presenta più colonne: la prima indica il numero progressivo dei comuni promotori, la seconda la denominazione del comune, la terza la data della deliberazione, l'ultima il dato relativo alla popolazione del comune secondo le stime dell'Istat.

1)	Burgio	4/12/2009	3157
2)	Sclafani Bagni	4/12/2009	500
3)	Santa Elisabetta	4/12/2009	3073
4)	Polizzi Generosa	10/12/2009	4169
5)	Palma Montechiaro	4/12/2009	21563
6)	Palazzo Adriano	4/12/2009	2530
7)	Caltabellotta	18/12/2009	4448
8)	S. Stefano Quisquina	4/12/2009	5405
9)	San Cipirrello	21/12/2009	5016
10)	Raccuja	28/12/2009	1389
11)	Naso	4/12/2009	4512
12)	Prizzi	4/12/2009	5711
13)	Sutera	4/12/2009	1641
14)	Geraci Siculo	4/12/2009	2105
15)	S. Margherita Belice	4/12/2009	6564
16)	Menfi	4/12/2009	12783
17)	Motta Camastra	23/12/2009	867

18)	Saponara	4/12/2009	4131
19)	Riposto	3/12/2010	13951
20)	Ciminna	21/12/2009	3986
21)	Alessandria della Rocca	30/12/2009	3787
22)	Santa Ninfa	15/12/2009	5087
23)	Licata	22/12/2009	37976
24)	Caltavuturo	4/12/2009	4570
25)	Leonforte	4/12/2009	14145
26)	Militello Val di Catania	17/12/2009	8204
27)	Isnello	4/12/2009	1923
28)	Termini Imprese	4/12/2009	26958
29)	Collesano	18/12/2009	4253
30)	Aragona	7/01/2010	10065
31)	Villafranca Tirrena	26/1/2010	8517
32)	Montevago	8/01/2010	3108
33)	Maletto	29/1220/09	4032
34)	Maniace	30/12/2009	3543
35)	Altavilla Milicia	29/12/2009	5252
36)	Mazzarrone	27/1/2010	3685
37)	Mineo	29/6/2009	5586
38)	Riesi	1/7/2009	11746
39)	Petralia Sottana	3/12/2009	3311
40)	Cianciana	4/1220/09	4073
41)	Sant'Alfio	25/1/2010	1647
42)	Troina	23/12/2009	10061
43)	Castellana Sicula	23/12/2009	3833
44)	Salemi	4/12/2009	11578
45)	Militello Rosmarino	11/2/2010	1445
46)	Vittoria	21/1/2010	55317
47)	Alcara Li Fusi	22/12/2009	2473
48)	Brolo	8/2/2010	5495
49)	Belmonte Mezzagno	1/2/2010	10322
50)	Palazzolo Acreide	5/2/2010	9109
51)	San Fratello	27/02/2010	13952
52)	Grotte	22/12/2009	6208
53)	Modica	22/02/2010	52639
54)	Partanna	12/02/2010	11379
55)	Altfonte	04/12/2009	9193

56)	San Filippo del Mela	22/12/2009	6952
57)	Castell'Umberto	12/02/2010	3564
58)	Poggioreale	22/01/2010	1715
59)	Pace del Mela	09/12/2009	6117
60)	Furci Siculo	18/02/2010	3285
61)	Bivona	04/12/2009	4225
62)	Bisacquino	28/01/2010	5205
63)	Cammarata	28/12/2009	6403
64)	Montevago	08/01/2010	3108
65)	Piraino	24/02/2010	3803
66)	Montelepre	27/01/2010	6168
67)	San Piero Patti	25/02/2010	3511
68)	Capri Leone	24/02/2010	4016
69)	Capaci	25/02/2010	10164
70)	Spadafora	17/02/2010	5234
71)	Zafferana	21/12/2009	8139
72)	Sant'Agata Militello	01/03/2010	12876
73)	Mascalucia	01/03/2010	24483
74)	Nicolosi	22/12/2009	6197
75)	Longi	01/03/2010	1653
76)	Biancavilla	04/12/2009	22477
77)	Contessa Entellina	21/12/2009	1985
78)	Montallegro	11/02/2010	2732
79)	Santa Venerina	18/02/2010	7901
80)	Melilli	10/02/2010	12216
81)	Assoro	26/02/2010	5393
82)	San Marco D'Alunzio	23/02/2010	2202
83)	Torrenova	08/02/2010	3691
84)	Terme Vigliatore	23/02/2010	6561
85)	S.Salvatore di Fitalia	01/03/2010	1679
86)	Montalbano Elicona	18/02/2010	2838
87)	Buscemi	25/02/2010	1200
88)	Piazza Armerina	04/12/2009	21038
89)	Librizzi	30/12/2009	1908
90)	Venetico	24/02/2010	3691
91)	Ragalna	22/02/2010	3103
92)	Canicattì	01/03/2010	31713
93)	Roccamena	03/12/2009	1793

94)	Cerda	25/02/2010	5363
95)	Castel di Lucio	26/02/2010	1561
96)	Merì	04/02/2010	2186
97)	Sinagra	22/02/2010	3041
98)	Valledolmo	04/02/2010	4147
99)	Sant'Angelo di Brolo	26/02/2010	3856
100)	Messina	26/02/2010	252026
101)	Licodia Eubea	15/02/2010	3161
102)	Santa Maria di Licodia	02/03/2010	6760
103)	Campobello di Licata	08/02/2010	11075
104)	Scordia	21/12/2009	17022
105)	Tortorici	26/02/2010	7305
106)	Torregrotta	01/03/2010	6542
107)	S.Teresa di Riva	23/02/2010	8925
108)	Roccalvaldina	01/03/2010	1172
109)	Castronovo di Sicilia	25/02/2010	3419
110)	Camastra	04/12/2009	2185
111)	Catenanuova	23/12/2009	4876
112)	Mazzerino	17/02/2010	12627
113)	Carlentini	25/02/2010	16879
114)	Sciacca	01/03/2010	40240
115)	Capizzi	18/02/2010	3564
116)	Castelvetrano	24/02/2010	30518
117)	Floresta	27/02/2010	697
118)	Lipari	24/02/2010	10554
119)	Chiusa Sclafani	02/03/2010	3302
120)	S.Caterina Villermosa	22/02/2010	5766
121)	Gioiosa Marea	18/02/2010	7245
122)	FrancaVilla di Sicilia	02/03/2010	4347
123)	Caronia	28/02/2010	3589
124)	Ficarra	19/02/2010	1803
125)	Isnello	18/12/2009	1923
126)	Frazzanò	25/02/2010	959
127)	San Pier Niceto	25/02/2010	3583
128)	Novara	03/03/2010	1731
129)	Ali	10/05/2007	933
130)	Cesarò	21/02/2010	2815
131)	Gravina di Catania	16/02/2010	27343

132)	Mojo Alcantara	04/12/2009	805
133)	Vizzini	02/03/2010	7105
134)	Ucria	03/03/2010	1393
135)	Solarino	23/02/2010	7199
136)	Scillato	22/12/2009	706

### Iniziativa popolare

- **disegno di legge n. 643, presentato il 24 novembre 2010, dal titolo “Riorganizzazione della rete aziendale e nuove modalità di nomina dei direttori generali e dei responsabili delle strutture sanitarie complesse del Servizio sanitario regionale”;**
- **disegno di legge n. 642, presentato il 24 novembre 2010, dal titolo “Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque. Disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico in Sicilia”;**
- **disegno di legge n. 611, presentato il 29 settembre 2010, dal titolo “Istituzione della provincia regionale di Gela”.**

Interessante preliminarmente è notare che sul tema della gestione pubblica e del governo delle acque esiste sia un disegno di legge di iniziativa popolare che un disegno di legge di iniziativa comunale. Ciò testimonia un grande interesse da parte dei cittadini e degli elettori su questa problematica, che peraltro è oggetto anche di disegni di legge di iniziativa parlamentare. Si ricorda peraltro che l'argomento è stato oggetto di specifici quesiti referendari volti all'abrogazione di norme statali. I referendum si sono svolti per l'11 e il 12 giugno 2011.

Anche in relazione all'iniziativa popolare valgono le considerazioni appena svolte: con la legge costituzionale n. 2 del 2001, che ha profondamente modificato lo Statuto della Regione, è stata colmata una lacuna risalente all'approvazione dello Statuto stesso: la mancanza degli istituti di partecipazione diretta dei cittadini alla vita politica ed istituzionale della Regione.

Sono stati così introdotti gli strumenti del referendum (in varie tipologie, che in questa sede non è il caso di esaminare) e dell'iniziativa legislativa popolare, comunale e provinciale.

In particolare, l'iniziativa legislativa è stata sancita dall'articolo 12 bis dello Statuto. La norma, che, come abbiamo già detto, ribadisce che l'iniziativa legislativa spetta al governo della regione ed ai deputati, affida l'iniziativa popolare alla presentazione, da parte di almeno diecimila cittadini iscritti nelle liste elettorali dei comuni della Regione, di un progetto redatto in articoli. L'articolo 12 bis demanda poi ad una legge della Regione la disciplina delle modalità di presentazione dei progetti di legge di iniziativa popolare e la determinazione dei tempi entro cui l'Assemblea regionale si pronuncia sui progetti stessi.

Si rinvia nuovamente alla legge n. 1 del 2004 per una dettagliata disamina della normativa dettata e delle modalità di disciplina dell'esercizio dell'iniziativa legislativa. Nel caso dell'iniziativa popolare peculiare è la fase della vidimazione, della raccolta delle firme, del deposito, nonché la fase istruttoria affidata al responsabile del procedimento e ad uno specifico organo, la Commissione regionale per i procedimenti referendari e di iniziativa legislativa, istituita presso l'Assessorato funzione pubblica e autonomie locali. Le successive fasi relative all'ammissibilità della proposta, demandata al Presidente dell'Assemblea, alla sua assegnazione alla commissione competente, all'esame presso di questa e poi all'esame dell'Aula sono regolate alla stregua di quanto disposto per i progetti di iniziativa comunale. Anche in questo caso, quindi, sono fissati tempi stretti sia per l'accertamento dell'ammissibilità della proposta che per l'assegnazione alla commissione legislativa competente e si attribuiscono ai titolari dell'iniziativa rappresentati dagli incaricati diritti di coinvolgimento e di partecipazione al procedimento. Vale anche in questa ipotesi la previsione secondo cui, trascorsi sei mesi dalla assegnazione della proposta alla Commissione, senza che la stessa si sia pronunciata, la proposta è iscritta al primo punto dell'ordine del giorno della prima seduta dell'Assemblea regionale.

Va rilevato in merito che le proposte di legge n. 553 (iniziativa comunale) e n. 611 (iniziativa popolare), essendo state assegnate alle commissioni competenti rispettivamente in data 18 giugno 2010 e 6 ottobre 2010 dovrebbero essere iscritte, in forza della citata norma di legge, all'ordine del giorno dell'Ars. Per le proposte di legge n. 642 e n. 643 (iniziativa popolare), assegnate alle competenti commissioni per l'esame rispettivamente in data 3 dicembre e 17 dicembre 2010, alla data in cui si scrive (18 maggio 2011) non è ancora scaduto il termine di sei mesi previsto dalla legge per l'iscrizione all'ordine del giorno dei lavori d'Aula.

Rinviando nuovamente alle norme di legge per quanto non specificato nel presente lavoro, ci si limita in questa sede a rilevare che, trattandosi di una fattispecie nuova per la Regione, essa ha determinato anche per l'Assemblea regionale siciliana la necessità, per assicurare il pieno rispetto e la completa attuazione delle previsioni di legge, di individuare nuove modalità procedurali interne, quali la nomina di un responsabile del procedimento incaricato di tenere rapporti con i soggetti promotori dell'iniziativa, la richiesta di pareri agli uffici e servizi competenti in ordine agli aspetti di costituzionalità o di compatibilità finanziaria dei disegni di legge presentati ai sensi dell'articolo 12 bis dello Statuto, al fine di fornire un supporto al deliberato della Presidenza, ed altri passaggi interni.

**DURATA DELL'ITER DI APPROVAZIONE DELLE LEGGI**

Numero totale delle leggi approvate	8
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>1</b> e <b>30</b> giorni	3
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>31</b> e <b>90</b> giorni	0
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>91</b> e <b>180</b> giorni	0
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>181</b> e <b>360</b> giorni	2
numero delle leggi il cui iter è stato superiore a <b>360</b> giorni	3

*Note:* Per l'inizio dell'iter si considera la data della prima seduta nella quale è stata avviata la discussione del relativo disegno di legge da parte della competente commissione. Per la fine dell'iter si considera la data di approvazione da parte dell'ARS della relativa delibera legislativa.

Si fa inoltre presente che nel numero delle leggi di cui alla presente tabella sono ricomprese la legge finanziaria e di bilancio che richiedono un lungo iter e dei tempi ulteriori di approfondimento e di esame perché tali provvedimenti sono sottoposti al parere delle Commissioni di merito prima di essere discussi in Commissione bilancio.

**TECNICA REDAZIONALE\***

<b>XV LEGISLATURA (dal 1° settembre al 31 dicembre 2010)</b>	
Numero totale delle leggi	8
Testo nuovo	3
Novella	4
Tecnica mista**	1

\* La presente tabella classifica le leggi in questione sulla base della tecnica legislativa prescelta e non del contenuto dell'atto.

\*\* Voce da utilizzare dove non sia possibile o agevole dare un giudizio di prevalenza di una tecnica sull'altra (ad esempio: leggi generali di riordino normativo; leggi di semplificazione (quando contengono, oltre ad una serie di abrogazioni di norme, anche disposizioni nuove o di manutenzione dell'ordinamento); etc.

**CLASSIFICAZIONE DELLE LEGGI**

<b>XV LEGISLATURA (dal 1° settembre al 31 dicembre 2010)</b>	
Numero totale delle leggi	8
Leggi istituzionali	2
Leggi di settore	1
Leggi intersettoriali	0
Leggi provvedimento	0
Leggi di manutenzione normativa (incluse le leggi di interpretazione autentica)	1
Leggi di bilancio*	4

**LEGENDA**

**Leggi istituzionali:** sono quelle che recano le discipline istituzionali a carattere generale (per es: disciplina generale delle nomine, etc.); le leggi istitutive di singoli enti (per es: istituto zooprofilattico, museo, ente economico, etc. vanno inserite nelle leggi settoriali, e quindi nel macrosettore e nella materia di competenza.

**Leggi di settore:** leggi che incidono su singoli settori dell'ordinamento (per es: istituzione di un museo, etc.), specificando le leggi di riordino;

**Leggi intersettoriali:** leggi che incidono contestualmente su più settori, specificando le leggi di riordino;

**Leggi provvedimento:** leggi a contenuto puntuale per singoli beneficiari (per es: intervento a favore del museo di...; incentivo per sanare un'azienda, etc.):

**Leggi di manutenzione normativa:** leggi che si limitano a modificare o integrare la normativa previgente

N.B.: le leggi di settore si classificano come tali quando il loro contenuto innovativo prevale sulla mera manutenzione normativa; quando le leggi, anche settoriali, si limitano a modificare e novellare leggi previgenti vanno classificate come leggi di manutenzione normativa.

\* Si segnala che sono state considerate leggi di bilancio anche quelle di autorizzazione all'esercizio provvisorio e la finanziaria 2011, che tuttavia contengono anche disposizioni di settore e di manutenzione normativa.

**ATTIVITÀ ISPETTIVA E DI INDIRIZZO POLITICO**

a cura del Servizio Studi e Affari europei

**Dal 1° settembre 2010 al 31 dicembre 2010**

<b>INTERROGAZIONI</b>	<b>TOTALE</b>
PRESENTATE	270
CON RICHIESTA DI RISPOSTA ORALE	134
CON RICHIESTA DI RISPOSTA SCRITTA	136
CON RICHIESTA DI RISPOSTA IN COMMISSIONE	6
SVOLTE (risposte in Aula o in Commissione)	5
TRASFORMATA IN SCRITTA (risposte in Aula o in Commissione)	2
RISPOSTE SCRITTE PERVENUTE (risposta scritta o trasformata in scritta)	105
<b>INTERPELLANZE</b>	<b>TOTALE</b>
PRESENTATE	7
SVOLTE	0
INTERPELLANTI SODDISFATTI (solo se concluse)	0
INTERPELLANTI PARZIALMENTE SODDISFATTI (solo se concluse)	0
INTERPELLANTI NON SODDISFATTI (solo se concluse)	0
<b>MOZIONI</b>	<b>TOTALE</b>
PRESENTATE	34
DISCUSSE	3
APPROVATE	3
RITIRATE	1
RESPINTE	0
SUPERATE	2
<b>ORDINI DEL GIORNO</b>	<b>TOTALE</b>
ANNUNCIATI	82
DISCUSSI	4
APPROVATI	6
ACCETTATI COME RACCOMANDAZIONE	11
RITIRATI	0
RESPINTI	1
SUPERATI	1



*Hanno collaborato a questo numero:*

Alfonso Celotto

*Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Roma Tre*

Guido Corso

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Roma Tre*

Inés A. D'Argenio

*Profesora en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesora en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*

Ivan Del Giudice

*Dottore di ricerca in Diritto amministrativo*

Salvatore Dettori

*Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Teramo*

Sara Forasassi

*Dottore di ricerca in Diritto pubblico*

Antonio Ruggeri

*Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Messina*

Paola Savona

*Dottore di ricerca in Diritto amministrativo*

Mario R. Spasiano

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nella Seconda Università di Napoli*

Francesco Teresi

*Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo*

Giuseppe Verde

*Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo*

Finito di stampare nel mese di settembre 2011  
presso Arti Grafiche Solimene - Casoria (Na)  
per conto di Editoriale Scientifica s.r.l.