

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XVIII - Nuova serie
N. 2-3/2009 (maggio-dicembre)

INDICE

DOTTRINA

- FABIO MERUSI
Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali 307
- INES D'ARGENIO
La ideología estatal del interes general en el derecho administrativo 319
- ALFREDO CONTIERI - MARIA IMMORDINO
Corte dei conti ed enti locali: controllo sulla gestione e vigilanza 369
- ROBERTA LOMBARDI
La candidatura dei paesaggi vitivinicoli del basso Piemonte a "territorio patrimonio dell'Umanità": brevi note a margine della tutela dei paesaggi rurali 389
- SIMONE PAJNO
Il fallimento dell'esperienza della specialità siciliana e le condizioni della sua prosecuzione 399
- ALDO SCHIAVELLO
La "svolta convenzionalista" del positivismo giuridico contemporaneo: una breve ricostruzione critica 415

SALVATORE DI GREGORIO	<i>Il fondo di solidarietà nazionale dal 1947 ad oggi. Aspetti finanziari e giuridici</i>	435
ANNA SVEVA MANCUSO	<i>Alcune considerazioni sulle intese stipulate il 4 aprile 2007 in attuazione dell'art. 8.3 della Costituzione e sulla loro mancata approvazione</i>	461
MARCO EVOLA	<i>La Carta blu UE: una versione aggiornata della politica del migrante Gastarbaiter</i>	491
PAOLO GARRAFFA	<i>“Gli ‘stewards’ degli stadi, nuovi addetti alla sicurezza e all’ordine pubblico: pubblici ufficiali, incaricati di pubblico servizio, o soggetti esercenti un servizio di pubblica necessità?”</i>	517
AGATA ANNA GENNA	<i>Il ricongiungimento familiare tra disciplina dei flussi migratori e tutela del diritto all’unità familiare: alcune riflessioni sui profili problematici e sulle prospettive alla luce della giurisprudenza comunitaria e costituzionale</i>	539
SANTI DELIA	<i>In house e servizi pubblici locali: breve storia della capitolazione di un modello</i>	571

GIURISPRUDENZA

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA – Sez. Giur.	– Decisione 30 marzo 2009, n. 219 con nota di SALVATORE RAIMONDI, <i>Una sorprendente decisione del C.G.A. in materia di orari della segreteria e termini di deposito delle memorie, composizione del collegio giudicante nei giudizi per revocazione, e assorbimento di eccezioni processuali</i>	593
C.G.A. REGIONE SICILIA 07.10.2008 n. 842	con nota di IVANA VASSALLO, <i>L’art. 43 del T.U. sull’espropriazione: un tentativo di interpretazione costituzionalmente orientata</i>	605

AMMINISTRAZIONE LOCALE

GIANCARLO MINALDI

La riforma amministrativa dei governi locali: "grande trasformazione" o gattopardesco maquillage? 621

STEFANO VILLAMENA

Le ordinanze di «ordinaria amministrazione» del Sindaco 637

OSSERVATORIO PARLAMENTARE REGIONALE

677

SALVATORE DI GREGORIO

La competenza della Regione siciliana nella disciplina dei tributi erariali 745

RASSEGNE

*Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato
Speciale in tema di responsabilità civile della Pubblica amministrazione: l'elemento soggettivo* 767
di SALVATORE DETTORI

Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia 785
di PAOLA SAVONA

*Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali
Speciale in tema di responsabilità civile della Pubblica amministrazione: l'elemento soggettivo* 797
di SARA FORASASSI

Dottrina

Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali

di Fabio Merusi

SOMMARIO: 1. La concorrenza nei servizi pubblici locali. La concorrenza per il mercato al posto del mercato concorrenziale rilevante. – 2. La deroga per le società *in house*. – 3. Il controllo dell’Autorità garante per la concorrenza e il mercato. Perplessità costituzionali e sistematiche. – 4. La concorrenza per il mercato nella normalità e nel caso di società miste. Le regole per il bando di gara. – 5. Le regole per una eventuale concorrenza nel mercato.

1. *La concorrenza nei servizi pubblici locali. La concorrenza per il mercato al posto del mercato concorrenziale rilevante*

Come spesso succede, sull’art. 15 sul decreto legge n. 135 del 2009, convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 166 del 2009, ne sono state dette di tutti i colori e non tutti i colori si attagliavano effettivamente al quadro.

Conviene pertanto riassumere schematicamente lo stato dell’arte prima di passare ad illustrare quale dovrebbe essere la gestione a regime dei servizi pubblici locali.

Tutto è cominciato quando la Comunità Europea, seguendo l’esempio di quanto era accaduto in Gran Bretagna, pensò di introdurre anche nei servizi pubblici dei singoli Stati appartenenti alla Comunità la concorrenza nell’ambito dei servizi pubblici. Per la Comunità Europea la concorrenza estesa a tutti i possibili soggetti operanti nell’ambito della Comunità è, com’è noto, lo strumento per raggiungere, attraverso la “miscela” di tutti i possibili concorrenti, quell’unità europea di base che stenta ad essere realizzata al vertice dagli Stati appartenenti alla Comunità, ora diventata Unione.

Il modello della concorrenzialità nei servizi pubblici consiste, com’è noto, nell’individuare nel servizio pubblico un mercato rilevante; nella dissociazione fra proprietà demaniale pubblica e gestione del servizio; nell’invenzione di una concorrenza artificiale, attuata con provvedimenti amministrativi, nell’ambito della gestione, favorendo progressivamente la comparsa di più imprese in concorrenza fino a quando la concorrenza fra i gestori non divenga naturale; nell’affidare ad un soggetto neutrale, un’autorità indipendente, la regolazione, con atti amministrativi, la concorrenza “artificiale”.

L'applicazione di queste regole ai grandi servizi pubblici nazionali ha incontrato successi ed insuccessi e ha dato finora i più disparati risultati, ma è stata comunque applicata, o è in corso di applicazione, ai servizi con riferimento ai quali era possibile identificare, prima in sede nazionale, poi in sede transnazionale comunitaria, un mercato rilevante.

Il modello si è infranto nei confronti dei servizi pubblici locali per i quali risultava impossibile, o possibile soltanto in casi eccezionali, identificare un mercato rilevante nel quale introdurre una simulazione di concorrenza e, alla fine, una concorrenza *tout court*¹. I motivi di questo insuccesso sono vari, ma, in essenza, sono riconducibili alla frammentazione degli enti locali e alla conseguente impossibilità di identificare un mercato nell'area operativa di un servizio se questo è locale.

Il fenomeno è tanto più vero in Italia dove la configurazione soggettiva dei poteri locali, quelli comunali, è sempre rimasta imm modificata, o modificata soltanto in casi marginali, dai tempi della legge Rattazzi in poi (1859), con la quale si legittimarono le comunità locali² così com'erano, rinunciando ad una razionalizzazione dei poteri dell'ambito amministrativo delle comunità locali. Tale soluzione "transitoria" fu confermata nel 1865 in una delle leggi di unificazione amministrativa, estesa a tutto il territorio nazionale ed è giunta fino a noi con modificazioni marginali attraversando tutti gli ordinamenti costituzionali succedutisi nel tempo. Nel secondo dopoguerra in quasi tutti gli altri Paesi europei si è assistito a leggi di razionalizzazione dei poteri locali, ma, anche qui, senza quasi mai far coincidere l'ambito di erogazione dei servizi con un mercato che possa dirsi rilevante ai fini dell'introduzione di un sistema concorrenziale³.

Di fronte a questo stato di cose la Comunità Europea ha rinunciato ad introdurre una simulazione di concorrenza in mercati che non risultavano rilevanti e ha ripiegato su una formula inferiore di concorrenza: *la concorrenza per il mercato*. Cioè la sottoposizione periodica a gare per la gestione dei servizi

¹ Per cui si rinvia F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 76 ss.

² Per la situazione esistente al momento della legge Rattazzi si rinvia alla ricostruzione e alla documentazione di A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, voll. 3, Venezia, 1962, e per la situazione dei comuni meridionali dopo l'unità d'Italia al classico studio di P. MANFREDI, *I Comuni meridionali prima e dopo le leggi eversive della feudalità*, Cerignola, 1910-16, voll. 2.

Per le ragioni della "conferma" del 1865 si rinvia a G. VESPERINI, *I poteri locali*, vol. I, Roma, 1999 e alla letteratura ivi citata.

³ Cfr. ad esempio Y. MENY, *Profili di Amministrazione locale. La riforma francese*, Padova, 1983 e A. ALEXANDER, *L'amministrazione locale in Gran Bretagna. Una riforma alla prova*, Padova, 1984.

Per una descrizione dello stato attuale delle autonomie locali in pressoché ogni parte del globo si rinvia a G. PAVANI-L. PEGORARO, *Municipi d'Occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Roma, 2006.

locali sul presupposto che la periodica gara per il mercato determini una efficienza nell'erogazione dei servizi.

Un sistema di questo genere è ovviamente incompatibile con l'attribuzione del servizio a società partecipate in maniera determinante dallo stesso ente locale o da altri enti pubblici che simulino una concorrenza per il mercato tra di loro attraverso lo strumento della società per azioni oppure con società partecipate in maniera determinate dall'ente locale che ne costituiscano nella sostanza un organo mascherato sul modello della vecchia azienda organo.

Ne sono nati, non soltanto in Italia, problemi infiniti sulla asserita elusione della normativa comunitaria e ne sono seguiti infiniti contenziosi di fronte al giudice amministrativo nazionale e alla Corte di Giustizia, nei quali spesso è stato coinvolto anche lo Stato italiano.

Il decreto legislativo testé approvato, inserito in un lungo elenco di modifiche legislative con le quali lo Stato italiano ha inteso porre rimedio a ben 14 infrazioni comunitarie, ha anche una disciplina di quella che dovrebbe essere la concorrenza per il mercato nei servizi pubblici locali. Coinvolgente cioè la tipologia dei servizi locali da porre a periodico concorso e la tipologia dei soggetti ai quali dovrebbe essere attribuita la gestione del servizio.

Si comincia con le deroghe riferite a servizi che sono attratti in mercati a rilevanza nazionale o comunque sovracomunale. Sono la distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica e dei trasporti ferroviari (limitatamente in quest'ultimo caso alla competenza trasferita alle Regioni). Senonché con un colpo di mano parlamentare fra i servizi esclusi sono stati introdotte anche le farmacie comunali che certamente non hanno nulla a che fare con un mercato rilevante di area vasta, e, come tale, appunto rilevante. Qui caso mai ci sono problemi relativi alla privatizzazione delle farmacie non già con riferimento alla concorrenza per il mercato del servizio da erogare⁴.

Le norme a regime si riferiscono ai servizi di rilevanza economica. Si pone evidentemente il problema di distinguere i servizi di rilevanza economica dai servizi sociali. Operazione non sempre facile non solo nei casi marginali, ma anche con riferimento alle possibili diverse accezioni della nozione di servizio pubblico nella quale l'economia sfuma nella prestazione socialmente rilevante. La questione interpretativa sembra essere stata risolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la quale, in un'apposita comunicazione riferita all'articolo in questione, afferma che *“si definiscono servizi pubblici di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprendito-*

⁴ Per i problemi delle quali si rinvia a D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, Trento, 2006.

riale”. Ne deriva che secondo l’Autorità la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica dovrebbe, nella sostanza, essere ricostruita per differenza rispetto ad altre attività riconducibili alla normale funzione di una pubblica amministrazione, cioè le funzioni amministrative, e all’erogazione di servizi non organizzabili in maniera economicamente rilevante, ivi comprese tutte quelle attività strumentali all’azione della pubblica amministrazione, ma che non assurgono al rango di attività organizzabili in maniera aziendale-imprenditoriale. Naturalmente non mancheranno casi in cui si dubiterà se un’attività strumentale sia in realtà organizzabile in maniera imprenditoriale. Secondo questa impostazione dovrebbe alla fin fine risultare rilevante se siano organizzati imprenditorialmente oppure no. Cioè, più che l’essenza, il modo di erogazione del servizio.

A regime, cioè in un futuro più o meno prossimo e dopo procedure di adeguamento transitorio che forse non saranno così “effimere” come si vorrebbe che fossero, i soggetti ai quali dovrebbe essere attribuito periodicamente un servizio pubblico locale attraverso un procedimento ad evidenza pubblica, cioè ad una gara rispettosa di tutti i crismi comunitari previsti per le procedure competitive comunitarie, dovrebbero essere: 1) imprenditori o società in qualunque forma costituite; 2) società a partecipazione mista pubblica privata, a condizione però che il socio privato venga scelto attraverso una procedura competitiva, spostando cioè la gara sull’acquisizione del socio privato al quale dovrebbero essere altresì attribuiti specifici compiti operativi nella gestione del servizio e che comunque dovrebbe acquisire una partecipazione non inferiore al 40% del capitale.

2. *La deroga per le società in house*

Così dovrà essere normalmente in un più o meno lontano futuro. Ma non per tutti. L’ombra lunga della soluzione Rattazzi si estende ancora sui comuni italiani. I comuni non sono tutti uguali. Per molti “il criterio territoriale di riferimento” – per usare le parole della legge – non solo non permette di individuare un mercato rilevante, ma neppure di far ricorso ad una gestione imprenditoriale sottoponibile, periodicamente, alla concorrenza per il mercato. Per questa realtà la legge prevede una deroga, attraverso il ricorso alla c.d. società *in house*, cioè ad una società interamente partecipata dall’ente pubblico (o da più enti pubblici uniti da un rapporto consortile) e dominati dal socio pubblico come se fosse un organo di questo (cioè senza alcuna concessione autonomistica resa possibile da norme statutarie): “per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l’affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall’ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario per la gestione

cosiddetta *'in house'* e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Come appare evidente qui i problemi da risolvere erano due: 1) stabilire quando e perché esistevano i presupposti della deroga; 2) in quale forma giuridica legittimare la deroga.

Al primo quesito è stato data una risposta. Per il secondo si è fatto ricorso ad un *idolum* della giurisprudenza comunitaria senza probabilmente chiedersi il perché di tale risposta.

3. *Il controllo dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato. Perplexità costituzionali e sistematiche*

La risposta al primo quesito è di tipo procedurale: si affida ad una autorità neutrale, e parimenti autonoma rispetto all'Amministrazione centrale, di accertare se le motivazioni “economiche” che l'ente locale deve obbligatoriamente enunciare siano valide.

Infatti secondo l'art. 15 l'ente che vuole ricorrere ad una società *in house* per gestire un servizio pubblico economico deve dare “adeguata pubblicità alla sua scelta, motivandola in base ad una analisi di mercato” e poi sottoporla al “parere”, in realtà all'approvazione, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Perché si sia ricorso all'Autorità garante per il mercato è facilmente comprensibile: non si voleva tornare agli odiati controlli governativi e l'Autorità garante è una autorità indipendente dal governo a competenza tecnica. C'è però un particolare che da un po' di tempo tutti sembrano aver dimenticato: la riforma del Titolo V della Costituzione ha abrogato l'art. 130 che provvedeva a controlli di legittimità e di merito da parte di un organo parimenti neutrale rispetto all'amministrazione governativa: i comitati regionali di controllo. Se tale abrogazione ha un senso giuridico è che eventuali controlli sugli atti delle amministrazioni locali, di legittimità e, a maggior ragione di merito, dovrebbero considerarsi incostituzionali. Anche se attribuiti ad una autorità parimenti “neutrale” rispetto all'indirizzo politico governativo quale è, nel caso l'Autorità antitrust. L'enfasi attribuita all'autonomia comunale e provinciale dal nuovo art. 114 Cost. depone chiaramente nel senso che l'abrogazione dell'art. 130 Cost. significhi divieto di prevedere *ex lege* nuovi controlli, donde il dubbio sulla costituzionalità di tale previsione.

Ma a prescindere dal dubbio sulla costituzionalità di tale previsione legislativa, anche sulla scelta dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato non mancano le perplexità. L'Antitrust ha la funzione di garantire la concorrenza e di sanzionarne i possibili attentati. Nella c.d. concorrenza per il mercato nelle pubbliche forniture e nei pubblici servizi la concorrenza, *naturaliter*, non

c'è, se ne deve creare una parvenza, *una tantum*, con un procedimento amministrativo, la gara. Una concorrenza artificiale determinata da atti amministrativi.

Ma la concorrenza creata artificialmente con provvedimenti amministrativi viene definita “regolazione” e finora si è ritenuto opportuno tenere distinte le autorità di regolazione dalle autorità di vigilanza perché la concorrenza ci sia e non degeneri in attentati alla stessa. Sinteticamente si afferma che l'Antitrust interviene *ex post* e le autorità di regolazione *ex ante*, l'Antitrust per difendere il mercato e le autorità di regolazione per crearlo. Di solito esiste il problema dell'“esondazione” delle competenze delle Autorità regolatrici in quelle dell'Autorità antitrust: via via che le autorità regolatrici riescono a creare una effettiva, naturale, concorrenza in un mercato finiscono per competere con l'Autorità antitrust nella tutela della concorrenza ormai esistente. Il caso dei rapporti fra l'Autorità antitrust e l'Autorità per la regolazione delle Comunicazioni (AGCOM) è, almeno nel nostro ordinamento, paradigmatica.

Qui succede il contrario: si attribuisce ad una Autorità antitrust una funzione di regolazione che rimarrà, *naturaliter* tale, senza congiungersi mai con la funzione propria di una autorità di tutela della concorrenza. Infatti la concorrenza per il mercato non determinerà mai una concorrenza *nel mercato*, da difendere, una volta creato, da una Autorità antitrust.

Con una ulteriore particolarità asistemica: si tratta di una competenza, almeno per il momento, di carattere nazionale aggiuntiva alla generale competenza comunitaria che ha visto di recente “unificare” le competenze antitrust delle autorità nazionali e della Commissione europea attraverso la tecnica della “competenza unica” diffusa fra più organismi parimenti “comunitari”. Dopo che le Autorità antitrust sono state raccordate in un unico sistema amministrativo comunitario sono ancora disponibili per discipline nazionali speciali?

Ma al di là dei dubbi di costituzionalità e delle perplessità sull'alterazione del sistema antitrust è la previsione stessa della “deroga” a favore delle società c.d. *in house* che, prevista in questo modo, appare problematica.

La società *in house* non è un istituto normalmente previsto dal diritto comunitario come vorrebbe far credere la normativa sulla “deroga” ammessa a favore degli enti locali.

La società *in house* è una invenzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nelle varie sentenze succedutesi in materia, non solo con riferimento a casi italiani, ha perseguito un duplice scopo: 1) sottoporre alla normativa comunitaria, caratterizzata dall'effetto tipicizzante (e perciò unificante) del diritto amministrativo, amministrazioni “sostanziali” accertabili come tali attraverso indici di identificazione, così come per le altre amministrazioni era stato fatto con l'analogo istituto, anch'esso di invenzione comunitaria, dell'organismo di diritto pubblico; 2) escludere dalla disciplina sui servizi pubblici fenomeni di “autoproduzione” amministrativa, cioè di amministrazioni che attraverso lo strumento societario producono servizi per se stesse, non per gli utenti.

Nessuno di questi due casi ha qualcosa a che fare con la deroga prospettata dalla legge: qui si prospetta l'ipotesi che un servizio, che di per sé potrebbe essere qualificato economico, e perciò sottoponibile alla concorrenza per il mercato, non sia gestibile imprenditorialmente per ragioni economiche locali. Ma se è così, non si vede perché debba essere gestito nella forma della società per azioni, atteso che la società per azioni è, per definizione, uno strumento organizzativo per gestire un'impresa.

Se il servizio non è gestibile imprenditorialmente, e come tale non sottoponibile alla concorrenza per il mercato, il modulo organizzativo della gestione del servizio non può essere che l'erogazione diretta o quella forma attenuata di gestione di impresa che è l'azienda-organo.

Lo prova paradossalmente la previsione introdotta in sede di conversione del decreto legge secondo la quale sono sottratti al parere – approvazione dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato i servizi al di sotto di una determinata soglia da definire con regolamento governativo. Il regolamento ha poi fissato la soglia di 200.000 euro, riferita al valore economico del servizio affidabile e i 50.000 abitanti la popolazione del comune, al di sotto delle quali non è necessario il previo parere dell'Autorità e, conseguentemente, è liberamente possibile costituire una società *in house*. Ma che senso ha gestire in forma societaria un servizio del valore economico inferiore a 200.000 euro o in un contesto inferiore a 50.000 abitanti? L'organizzazione appare qui palesemente sproporzionata rispetto alla funzione da svolgere. Il modulo della società per azioni era stato previsto per sfuggire alla normativa nazionale imposta dalla Comunità sull'acquisto di beni e servizi e alla normativa nazionale sull'assunzione per concorso dei dipendenti pubblici imposta dalla Costituzione (art. 97).

Ma dopo che la giurisprudenza comunitaria e il legislatore nazionale (così come confermato dalla legge e dal regolamento in esame) e il legislatore nazionale hanno chiarito che le norme di diritto amministrativo sull'acquisto beni e servizi e sull'assunzione dei dipendenti si applicano anche alle società *in house* e alle società a prevalente partecipazione pubblica in quanto "amministrazioni sostanziali", che senso ha più costituire società per azioni per gestire attività per loro natura prive di "attrazione" imprenditoriale?

Se poi ci si aggiunge l'obbligatorio rispetto, sempre da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione a prevalenza pubblica, dei patti interni di stabilità finanziaria, non si può non concludere che la legge e il regolamento, nel mentre codificavano le ipotesi di società *in house*, ne hanno previsto la scomparsa, vietando il perseguimento di quei fini che ne avevano determinato la fortuna nel nostro come in altri ordinamenti⁵.

⁵ Non si prendono in considerazione motivi, spesso non secondari, del ricorso alla società per azioni per motivi meno nobili, quali il passaggio dalla lotta di classe all'appropriazione partitica di

4. *La concorrenza per il mercato nella normalità e nel caso di società miste. Le regole per il bando di gara*

Ma torniamo alla normalità: alla concorrenza per il mercato.

Alla gara per la concessione del servizio per la scelta del socio privato al quale attribuire una partecipazione di minoranza qualificata (almeno il 40%), nonché “specifici” compiti operativi che dovrebbe avvenire “... nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità”.

Principi che l’art. 3 del Regolamento testé emanato ed in corso di pubblicazione ha cercato di adattare alla multiforme realtà dei servizi pubblici locali con qualche difficoltà determinata dalle ambiguità di fatto e di diritto che ancora permangono pur dopo l’intervento legislativo.

In primo luogo c’è un problema di fonti. La Corte Costituzionale ha legittimato l’intervento del legislatore statale in nome della concorrenza, ma sulla tipologia e sugli *standard* di erogazione del servizio sarebbe competente anche il legislatore regionale, il quale, a dire il vero, in qualche caso è effettivamente intervenuto per aggiungere qualche variazione a quello che i trattati della Comunità, le direttive comunitarie e il legislatore avevano stabilito sottraendo l’originario potere agli enti locali⁶.

Poi ci sono le autorità di regolazione di settore che direttamente, o per interferenza, possono incidere sulla disciplina dei servizi pubblici locali attraendoli in un mercato rilevante nazionale, lasciando agli enti locali soltanto la disciplina della territorialità della erogazione.

Alla fine, se avanza qualcosa, è l’ente concedente che deve provvedere a scrivere la “legge della gara” prevedendo nel bando gli *standards* di erogazione del servizio.

Per garantire la concorrenza per il mercato, cioè la gara che il regolamento chiama impropriamente “assetto concorrenziale dei mercati interessati”, il Regolamento prescrive che i bandi rispettino 1) la dissociazione fra rete e gestione

beni collettivi o la retribuzione di professionisti della politica. Per esempi di casi limite si rinvia a S. Rizzo, *Rapaci. Il disastroso ritorno dello Stato nell’economia italiana*, Milano, 2009, 195 ss. A cui si può aggiungere il curioso caso della pretesa, fatta valere in sede giudiziaria, di avere una “quota” di amministratori da parte di un partito “marginale” ad una delle due coalizioni che caratterizzano il bipartitismo imperfetto italiano.

⁶ Cfr. ad esempio la legge della Regione Lombardia per cui si rinvia a V. PARISO (a cura di), *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 12 dicembre 2003 n. 26*, Milano, 2006. Su tale legge ha avuto modo di esprimersi anche la Corte Costituzionale con la sentenza 16 novembre 2009, n. 307.

non dando titoli preferenziali, di fatto o di diritto, alla disponibilità, a qualunque titolo, della rete; 2) il nesso fra requisiti richiesti nei concorrenti e servizio da erogare, in modo da evitare la diseconomica partecipazione di meri “procacciatori” d'affari come spesso accadeva nelle gare pubbliche; 3) la definizione obiettiva dell'oggetto della gara in modo da evitare che il servizio venga artificiosamente “tagliato” su misura per pochi concorrenti benevisi dall'ente concedente; e favorisca nel contempo eventuali economie di scala e di gamma conseguibili da concessionari plurimi di servizi simili.

Un'ipotesi quest'ultima che potrebbe dar luogo a intese restrittive della concorrenza sul lato della domanda di partecipazione e che, come tale, deve essere anch'essa valutata, su sollecitazione del Regolamento, da parte degli enti concedenti, i quali sono così invitati ad uscire dalla loro autonomia e ad allargare le loro valutazioni all'intero universo delle offerte di prestazione di servizio, traendone le opportune conseguenze in sede di redazione del bando.

Appare evidente che se due o più grandi fornitori di servizi si associano sotto qualsiasi forma possono annullare o comunque ridurre i possibili effetti positivi della concorrenza per il mercato. Come dire che anche la concorrenza per il mercato è una forma di concorrenza o che come tale va perseguita dall'ente concedente o affidante a favore del quale è prevista.

Ma il vero *punctum dolens* della concorrenza per il mercato è il tempo. Ogni quanto tempo va fatta la gara perché il servizio sia erogato in maniera efficiente e l'eventuale efficienza iniziale non declini con il passare del tempo⁷.

Il Regolamento prevede di stabilire un nesso fra investimenti necessari per gestire il servizio e ammortamento degli stessi per calcolare il tempo di durata del servizio. Naturalmente se e quando investimenti siano necessari. Il che peraltro accade in quasi tutti i servizi.

Ma per passare da una gara all'altra non basta calcolare l'ammortamento degli investimenti. Occorre tener conto che chi lascia il servizio deve “trasferire” gli strumenti di esercizio del servizio al nuovo gestore, il che comporta, per evitare contenziosi pendenti come una spada di damocle sui costi del servizio, stabilire in anticipo, nel bando, quanto meno i criteri per calcolare il valore di quel che verrà ceduto al vincitore subentrante. Lo stesso discorso, *mutatis mutandis*, va fatto per la partecipazione del privato quando il servizio pubblico sia stato concesso mediante gara per individuare il socio di minoranza dell'ente pubblico. Anche qui, se non si individuano criteri e modalità della liquidazione della partecipazione, non solo il contenzioso sarebbe inevitabile, ma si rischierebbe di non trovare un successore alla scadenza dell'affidamento del servizio.

⁷ Un tempo della concorrenza per il mercato da aggiungersi agli esempi di rilevanza del “tempo” esaminati recentemente da L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009.

Ma quando c'è un socio privato si pongono almeno altri due problemi per il bando di gara: 1) definire i compiti specifici da attribuire al socio privato nella gestione del servizio (non più come nella versione originale del decreto legge la gestione *tout court* in modo da esautorare in *toto* la componente politica del socio di maggioranza) e renderli effettivi stabilendo che l'affidamento dei compiti costituisce condizione di decadenza dall'affidamento stesso qualora venisse meno, per qualunque motivo, durante la gestione del servizio; 2) assicurarsi che una gara sul prezzo delle azioni da sottoscrivere dai privati interessati a diventare soci della società mista non vada a detrimento della qualità e del costo del servizio da erogare che debbono essere opportunamente definiti nel bando.

Si tratta in larga misura di criteri ovvi che i bandi degli enti locali dovrebbero spontaneamente prevedere facendo applicazione dei principi generali vigenti in materia di gare pubbliche, ma averli specificati in un regolamento governativo comporta la trasformazione dell'ovvio, ricavabile da principi generali accertabili come tali solo dalla giurisprudenza, in motivi di legittimità dei bandi, censurabili in caso di omissione da parte degli aspiranti soci o dagli aspiranti concessionari. Oltre che un modo per assicurarsi che gli enti locali non si discostano dalla "corretta via" attraverso calcolate omissioni. Una forma di tutela governativa regolamentare che si sostituisce a quella abrogata dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

Si potrebbe ovviamente obiettare che anche l'originaria legge sulla municipalizzazione prevedeva già un regolamento, ancorché emanato di fatto dopo più di mezzo secolo, in *articolo mortis*⁸, per cercare di adeguare le giolittiane aziende municipalizzate alle sopravvenute esigenze imprenditoriali, ma sarebbe altrettanto facile replicare che allora i rapporti fra lo Stato e le autonomie non erano quelli paritari pretesi dal nuovo Titolo V della Costituzione. Ma forse si tratta soltanto dell'ennesima dimostrazione che l'art. 114 Cost. è una norma manifesto priva di risvolti pratici, come tale considerata, non solo dal legislatore, ma anche dalla Corte Costituzionale.

5. *Le regole per una eventuale concorrenza nel mercato*

Dove invece il Regolamento sembra essere rimasto in mezzo al guado è con riferimento non alla concorrenza per il mercato, ma alla concorrenza nel mercato.

Può darsi benissimo che un servizio pubblico locale, inizialmente considerato monopolistico, cioè erogato ed erogabile da un solo soggetto, trovi il suo

⁸ D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902 in E. BARONI, *La legislazione vigente nelle aziende municipalizzate consorziali*, Milano, 1990, 120 ss.

mercato rilevante e possa essere sottoposto a concorrenza. Per rimanere ai servizi pubblici locali il fenomeno del giro turistico della città concorrenziale rispetto ai trasferimenti coi tradizionali mezzi di trasporto, bus e trams, è di comune esperienza. Così come i collegamenti cogli aeroporti alternativi rispetto ai normali servizi pubblici.

È noto come la Comunità europea affronta il problema del passaggio dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato: con il servizio universale. Poiché la concorrenza fra le imprese determina *naturaliter* l'erogazione dei soli servizi più convenienti economicamente, il costo sociale di determinati servizi, volta a volta determinati, è posta a carico della finanza pubblica, direttamente, o attraverso una procedura di riparto dell'onere fra tutti i concorrenti. Così stabilisce in applicazione di tale principio anche l'art. 2 del Regolamento: "... prevedendo, ove necessario, le corrispondenti compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo".

Può darsi che un servizio pubblico locale evolva verso l'identificazione di un mercato rilevante. Ma in questo caso non è più un problema di concorrenza per il mercato, bensì di regolazione della concorrenza nel mercato individuato come rilevante.

Può la regolazione essere svolta dallo stesso ente locale per eliminare le asimmetrie fra i nuovi entranti nel mercato e l'impresa concessionaria o affidataria del pubblico servizio?

Non essendo immaginabile, perché i costi sarebbero sproporzionati rispetto al beneficio, la costituzione di autorità indipendenti a livello locale, risulta puramente "ottativa" l'idea espressa dall'art. 2 del regolamento (sotto il titolo di "misure in tema di liberalizzazione") che sia lo stesso ente locale ad esaminare periodicamente se si sia determinato con riferimento a qualche servizio pubblico un mercato rilevante.

Mentre giuridicamente erronea è la previsione dello stesso articolo che l'ente locale debba delimitare o sopprimere i diritti di esclusiva, cioè il monopolio, di determinati servizi locali.

Se il servizio pubblico è economico, cioè gestibile in forma imprenditoriale, non sono più immaginabili diritti di esclusiva, perché la normativa li ha soppressi. Il monopolio può esistere solo nella misura in cui non esistano concorrenti. Ma se un concorrente "appare" si determina un "mercato rilevante", con tutte le conseguenze che ne possono derivare in tema di tutela della concorrenza e di realizzabilità della stessa.

Diritti di "esclusiva" non sono più attribuibili – neppure dalla legge come sembra credere il regolamento – perché la normativa comunitaria ha determinato una "rottura" della Costituzione italiana prevalendo sull'art. 43 Cost. e perciò sui possibili "monopoli" determinabili dalla legge attraverso riserve originarie di attività.

I servizi pubblici con diritto di esclusiva non esistono più e perciò non sono neppure concedibili, o affidabili direttamente, con tale clausola.

Valga per tutti il classico esempio delle pompe funebri.

Come spesso accade, la concorrenza apparirà in risposta al cattivo, o comunque insufficiente, funzionamento di un servizio pubblico, ma pensare che sia lo stesso ente pubblico locale a favorire tale concorrenza, come sembrerebbe richiedere il regolamento, sembra del tutto utopico.

La regolazione, cioè il passaggio dal monopolio alla concorrenza, se si vuole estenderla anche a servizi pubblici locali, avrà bisogno di un'altra riforma... o meglio della estensione di una riforma già in atto con la sottoposizione di determinati servizi locali ad una autorità di regolazione nazionale. Eliminando così uno dei conflitti di interesse che hanno preoccupato il regolamento⁹, ma riaprendo il discorso fatto in precedenza sui nuovi controlli ai quali possono essere costituzionalmente sottoposte le autonomie locali...¹⁰.

**THE ORDINARY FORMS
OF LOCAL PUBLIC UTILITIES' MANAGEMENT**

by Fabio Merusi

⁹ Cfr. l'art. 8 del regolamento significativamente intitolato "distinzione fra funzioni di regolazione e funzioni di gestione".

¹⁰ Per valutazioni fondate su criteri di sociologia economica sulla riforma prospettata ancor prima della sua approvazione cfr. G. BARGERO-G. FORNENGO, *Mercato, concorrenza e governance nei servizi pubblici locali*, in *Economia Pubblica*, 2008, 5 ss., e più in generale per la riforma dei pubblici servizi R. PEDERSINI, *La riforma dei servizi pubblici: oltre le istituzioni*, in *Stato e mercato*, 2009, 95 ss.

La ideología estatal del interés general en el derecho administrativo

di Inés D'Argenio

SOMMARIO: 1. El tránsito desde la modernidad. - 2. El estancamiento del derecho administrativo en el marco de un régimen autoritario. - 3. La crisis del sistema administrativo autoritario planteada por tres autores franceses. - 4. La crisis del sistema administrativo autoritario en Argentina. El proceso judicial en la materia como garantía de vigencia del ordenamiento jurídico.

1. *El tránsito desde la modernidad*

“...y los hombres, al fin, se ven forzados a considerar serenamente sus condiciones de existencia y sus relaciones recíprocas” (“The Marx-Engels reader”, 2ª edición, Norton, 1978, citado por Marshall Berman)¹

El título principal de esta investigación como guía para el análisis del estado actual del derecho administrativo en nuestro país, se toma de la obra de FRANÇOIS RANGEON *“L'idéologie de l'intérêt general”*, Editorial Económica, París, 1986, un estudio crítico sobre la indeterminación del concepto de interés general que facilita la utilización ideológica de esta noción, principalmente, en cuanto virtud mística del poder público que lo torna incontestable y que, por tal motivo, juega un papel esencial en el derecho administrativo francés estructurado íntegramente

¹ Propone Claude Lefort no acercarnos a Marx desde la postura del historiador “sino encontrar en sus escritos un estímulo para pensar y entablar el diálogo, de suerte que las cuestiones que él extraía de la experiencia de su tiempo, alimente las que nos impone la experiencia de nuestro tiempo” (“Relecture du Manifeste communiste”, Le Seuil, 1986, página 178 y sig., citado por Jean Kessler en el Prólogo a “Miseria de la filosofía” de Karl Marx, Biblioteca EDAF, Madrid, 2004). Transcribo estas palabras porque expresan a la perfección las reflexiones que intento, y considero que sin perjuicio de las metodologías expuestas para una época, ya superadas por las desviaciones de los gobiernos totalitarios que las invocaron, el objetivo final de que *el libre desarrollo de cada uno condicione el libre desarrollo de todos* en el seno de una asociación, es una cuestión que hoy nos interpela (Añade el mismo autor Lefort según la misma cita: “El hecho poco discutido de que, en la actualidad, el marxismo se haya descompuesto, no supone, como creen algunos críticos desenfadados, que la obra de Marx ha dejado de interpelarnos”).

en torno al interés general contenido en el acto administrativo como eje de su esencia autoritaria². La influencia en nuestro país del régimen francés, signó durante el siglo XX una concepción del derecho administrativo al servicio de una administración autoritaria, que se consideró universalmente la más adecuada para afrontar los problemas emergentes de la modernidad. El Estado moderno, decía FORSTHOFF³, no encuentra la vida social en un orden preformado, sino que, al contrario, el establecimiento y mantenimiento de un orden social adecuado es el cometido más urgente del Estado y el medio por excelencia para ello es la administración, “actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines”⁴.

² Dice el autor en la Sección III de su Introducción, páginas 21 y siguientes, que el interés general juega siempre el papel de principio de legitimación del poder del Estado: una decisión adoptada por los poderes públicos se impone porque ella es de interés general, sin que sea necesario probarlo, de tal modo que el interés general adopta el valor de un *mito, de una referencia incontestable, de carácter imperativo*. Como toda ideología, afirma en la Sección IV, la ideología del interés general debe brindar la ilusión de la claridad y de la evidencia a fin de ser más fácilmente admitida e interiorizada por los individuos; pero *esta claridad – añade – es tramposa: alrededor de las falsas evidencias de la ideología se oculta un complejo conjunto de dificultades y de ambigüedades teóricas* (pág. 28). *La ideología del interés general* – dice en páginas 29 y 30 – *opera una conciliación entre el interés común*, bajo cuyo nombre el interés general significa una suma consensual de intereses particulares, inmanente a los intereses particulares, y el *interés público* bajo el cual expresa, por el contrario, la existencia de un interés propio de un grupo, sobrepasando los intereses particulares de sus miembros, que trasciende los intereses particulares. *Esta representación del interés público, trascendiendo los intereses particulares, forma la trama fuerte de la ideología del interés general. El interés público es, en esta ideología, el referente esencial: es a partir del interés público, principio de orden y de unidad, que se organizan las representaciones dominantes. Los intereses particulares no tienen valor en tanto que tales; ellos no son percibidos más que por su relación y por su oposición al interés público. La relación de superioridad establecida entre el interés público y los intereses particulares parece insuficiente para modelar eficazmente los comportamientos sociales.*

³ Antes que Forsthoff, Duguit había aspirado, a principios del siglo XX, a la edificación de un nuevo sistema jurídico fundado sobre obligaciones impuestas a los gobernantes en nombre de la solidaridad social, conforme lo explica Gregoire Bigot – en “Introduction historique au droit administratif depuis 1789” Presses Universitaires de France, París, 1ª edición, 2002, pág. 235 n° 166 –, lo que le permitió la crítica de la soberanía y la “puissance” como un simple poder de hecho. Para Duguit, el Estado no puede más limitarse a organizar los servicios de guerra, de policía y de justicia como en el pasado, sino que debe, inspirado en la idea de progreso y de perfectibilidad, cara al positivismo, responder a las aspiraciones de una sociedad en mutación y tomar en cuenta las transformaciones económicas e industriales *poniendo en ejecución los servicios* inéditos que sean apropiados a las aspiraciones de la colectividad: el Estado – dice – debe terminar con la dominación e inscribirse en el corazón de la solidaridad social de la que él es parte. He aquí porqué, dice Bigot (obra citada, pág. 237), el Estado de la III República “brinda enseñanza, distribuye seguros a los indigentes, asegura el transporte de personas y cosas, etc.» Para Maurice Hauriou – siempre según Bigot –, Duguit va muy lejos al relegar la “puissance” y la dominación al cofre de los arcaísmos: *para Hauriou, el Estado es depositario permanente de poder y, encarnando la unidad consentida de la Nación y del cuerpo social desde hace siglos, él ejerce una autoridad a la cual los individuos adhieren* (pág. 298).

⁴ “Tratado de Derecho Administrativo”, Prólogo de 1949, Capítulo I. La moderna realidad

Según lo explica MARSHAL BERMAN⁵, a la *modernidad* entendida como proceso social que tuvo su origen en la vorágine de la vida moderna alimentada por muchas fuentes derivadas de la energía humana – crecimiento urbano; sistemas de comunicación de masas; Estados cada vez más poderosos, estructurados y dirigidos burocráticamente; movimientos sociales y masivos de personas y pueblos que desafiaron a sus dirigentes y se esforzaron por conseguir cierto control sobre sus vidas; y conduciendo a todos, un mercado capitalista mundial siempre en expansión y drásticamente fluctuante –, se ha opuesto en el siglo XX el *modernismo* como la búsqueda de valores y visiones para abrirse paso a través de esta vorágine y cambiar el mundo. Los pioneros de esta búsqueda en el siglo XIX son, según BERMAN, Marx y Nietzsche. Para el primero, las clases dominantes de la reaccionaria década de 1850 dijeron al mundo que todo volvería a ser sólido y, sin embargo, un abismo se extendía por debajo: *“Todas las relaciones estancadas y enmohecidas con su cortejo de creencias y de ideas veneradas durante siglos, quedan rotas... Todo lo sólido se desvanece en el aire”*⁶; todo lo

social – afirma – determinada por la masificación, impone al Estado el deber de planificar y dirigir en amplia medida, de reprimir aquí y fomentar allá, de unir en órdenes duraderas los elementos poderoso y los débiles, de crear y mantener posibilidades de existencia para millones de seres, de repartir, controlar o ejercer por sí funciones sociales; en una palabra, de actuar como una fuerza conformadora, estabilizadora y conciliadora en medio de un mundo de máxima vulnerabilidad. Todo ello – considera – acarrea la facultad de disponer sobre destinos individuales y colectivos, una facultad que la administración de épocas anteriores no conocía en absoluto o no conocía en esa proporción.

⁵ “Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad” Siglo Veintiuno Editores, México, 11ª edición.

⁶ Virginia Woolf se refiere a los palacios construidos en Oxford Street, Londres, como “cobijos un tanto endeables” cuyos muros exteriores “a pesar de su espectacular decoración pétreo, tienen tan solo el espesor suficiente para resistir la fuerza del viento”, comparándolos con las casitas campesinas construidas en la época de la reina Isabel “que seguirán en pie cuando estos palacios se derrumben, convertidos en polvo” (“El oleaje de Oxford Street”, 1931; en “Londres”, Lumen, 2005). Michel Maffesoli alude a la modernidad como un nuevo “epísteme”, un nuevo ciclo marcado por el progreso, el futuro y la razón y que el posmodernismo es, tomando a Thomas Kuhn – un físico estadounidense –, una matriz de donde nacerá algo. *“Para mí, afirma Maffesoli, es lo mismo... hay que aceptar que las cosas no son eternas. Que todo pasa, que todo desaparece”* (en La Nación del 31 de agosto de 2005, sección “Cultura”). Allí donde el hombre moderno había instalado un cuerpo social absolutamente homogéneo – la República, única e indivisible –, añade, *nos encontramos hoy con una especie de fragmentación, de patchwork, con una constelación de grupos*; y propone entonces hallar otras formas de hacer política: ocuparse de la casa, de la ecología, del barrio, de la calle en la que se vive, en la organización de la vida local. De allí, dice, el vertiginoso desarrollo de las asociaciones locales, de proximidad, que serán un actor fundamental en este proceso. Preguntado por el periodista cómo administrar una sociedad en que esas organizaciones defienden los intereses más diversos y contradictorios, responde que *ese es exactamente el gran problema de la transición entre el modernismo y el posmodernismo; yo, afirma, hablo de “cinestesia” una palabra tomada de la medicina y de la psicología que, aplicada al cuerpo social, indica que las diversas tribus sabrán ajustarse en función de las necesidades del resto, hasta alcanzar el equilibrio* (“y los hombres al fin, se ven forzados a considerar serenamente sus condiciones de existencia y sus relaciones recíprocas”).

sagrado es profanado, y los hombres, al fin, se ven forzados a considerar serenamente sus condiciones de existencia y sus relaciones recíprocas". En cuanto a Nietzsche, tan ardientemente como Marx afirma su fe en una *nueva clase de hombres que tendrá el valor y la imaginación para crear nuevos valores*, necesarios para que el hombre moderno se abra camino a través de los peligros infinitos en que vive⁷. ¿Porqué han de aceptar los hombres modernos que han visto lo que puede conseguir la energía humana – que dio origen precisamente, a la vorágine de la modernidad –, la estructura de su sociedad tal como les viene dada?. El hombre moderno sabe cómo pensar en, por y para sí mismo y *pedirá cuentas claras de lo que sus jefes y gobernantes hacen por ellos*, insiste BERMAN, para quien los Estados capitalistas de bienestar impusieron restricciones radicales a las actividades económicas pero, aunque consiguieron su objetivo, traicionaron especialmente a la aspiración de un libre desarrollo para todos y cada uno. ¿Qué ha sido del modernismo del siglo XIX en el siglo XX?, se pregunta y, en respuesta afirma que las energías creativas de la modernidad han hecho eclosión en todas partes del mundo y, sin embargo, *no sabemos como usar nuestro modernismo: hemos roto nuestra conexión entre nuestra cultura y nuestras vidas. Nuestro pensamiento acerca de la modernidad ha llegado a un punto de estancamiento y regresión. El campo imaginativo del siglo XIX se ha reducido. Los sucesores del siglo XX se han orientado hacia las polarizaciones rígidas y las totalizaciones burdas. Las visiones abiertas de la vida moderna han sido suplantadas por visiones cerradas*. Y concluye proponiendo con Octavio Paz – en "Corriente alterna", 1967 – *recobrar los poderes de renovación*⁸. Como miembros de la

⁷ Todos los grandes críticos del siglo XIX, apunta Berman, comprendieron la forma en que la tecnología y la organización social moderna determinaban el destino del hombre; pero todos creían que los individuos modernos tenían capacidad para comprender ese destino y, tras haberlo comprendido, luchar contra él. En medio de un presente miserable pudieron imaginar un *futuro abierto* (obra citada, página 15). Los críticos de la modernidad del siglo XX, carecen de esa fe en los hombres y mujeres contemporáneos – agrega Berman –, como Weber, para quien la sociedad moderna es una jaula y el hombre, como ser vivo capaz de respuesta, ha desaparecido; o Foucault, quien reserva su desprecio más feroz para las personas que imaginan que la humanidad moderna tiene la posibilidad de ser libre (página 24). En los setenta, dice en página 77, todo un proyecto de modernización que había durado siglos, aparecía como un error desastroso, un acto de maldad y desorden cósmico; un vacío intelectual que se produce cuando Fausto es eliminado del escenario, en alusión al trabajo de Goethe sobre el tema publicado en 1832, en el que se plantea que lo que Fausto desea para sí es un proceso dinámico que incluya todas las formas de la experiencia humana y que las asimile al crecimiento infinito de su personalidad, un impulso que Berman llama *deseo de desarrollo* (páginas 30, 31 y todo el punto 1. de la obra que titula, precisamente, "La tragedia del desarrollo"). El único grupo contemporáneo – dice en páginas 78 y siguientes – que ha comprendido la profundidad trágica del mito fáustico, es la colectividad de los científicos nucleares para quienes, cualesquiera que sean los tratados fáusticos que se hagan al respecto, *la sociedad deberá elegir y tiene la obligación de participar en su elaboración*.

⁸ Su libro, dice Berman en página 26 de "Todo lo sólido...", ilumina las fuerzas contradictorias que nos atormentan: nuestro deseo de estar arraigados en un pasado social y personal estable y

sociedad moderna – dice BERMAN – somos responsables de la dirección en que nos desarrollamos, de nuestros objetivos y logros, de nuestros costes humanos; tenemos el desafío de *imaginar y crear nuevos modos de modernidad, en los que el hombre no exista en beneficio del desarrollo sino el desarrollo en beneficio del hombre*⁹. Hemos visto, dice con remisión al punto 1. de su obra (*El Fausto de Goethe. La tragedia del desarrollo*) como el Fausto de Goethe, universalmente considerado como *la primera expresión de la búsqueda espiritual de la vida moderna, alcanza su culminación (y su catástrofe trágica) en la transformación de la vida material moderna*; ahora – dice BERMAN – veremos cómo la originalidad del materialismo histórico de Marx reside en la luz que arroja sobre la vida espiritual moderna¹⁰, destacando en la expresión *todo lo sólido se desvanece en el aire*, la perspectiva cósmica y la grandeza visionaria de esta imagen que aparece como el climax de la descripción que hace de la sociedad burguesa. Pero Marx – apunta¹¹ – no está interesado en las cosas que crea la burguesía sino en *los procesos, los poderes, las expresiones de la vida y la energía humana: la burguesía liberó la capacidad y el impulso humanos para el cambio permanente*¹²; *esa intensa presión transformó las relaciones productivas*

coherente, y nuestro insaciable deseo de *abrazar la posibilidad ilimitada de la vida*. Octavio Paz, añade Berman en página 125 de la obra en consulta, argumenta que el Tercer Mundo necesita desesperadamente la energía imaginativa y crítica del modernismo; sin ella – afirma – la revuelta del Tercer Mundo degenera en cesarismos delirantes o languidece bajo el dominio de burocracias cínicas y muelles. En palabras de Berman, es la cultura del modernismo la que inspira el obsesionantemente intenso rock electrónico de Plastic People de Praga, música grabada en cintas piratas que se escucha en miles de habitaciones acolchadas, incluso cuando los músicos languidecen en campos de prisioneros. Es la cultura modernista la que mantiene vivos el pensamiento crítico y la imaginación libre en buena parte del mundo no occidental actual. A los gobiernos no les gusta, pero es probable que a la larga no les sea posible impedirla.

⁹ En la misma obra, páginas 80 y siguientes.

¹⁰ Los modernistas ortodoxos – dice Berman en página 119 – debieran aprender que el pensamiento marxista puede ofrecerles una *capacidad superior para imaginar*. Por eso – añade en página 128 – me he dirigido a Marx no tanto en busca de sus respuestas como de sus preguntas. Marx no nos ofrece un camino para salir de las contradicciones de la vida moderna sino un camino más seguro y profundo para entrar en esas contradicciones: *desarrollar identidades y vínculos mutuos que puedan ayudarnos a seguir juntos*. Cuando acude a las escenas modernas primarias de Baudelaire que surgen de la vida cotidiana del París de Napoleón III y Haussmann, destaca, en página 146, cómo el narrador en “Los ojos de los pobres” (El spleen de París, n° 26) explica a la mujer que ama el distanciamiento y amargura hacia ella: “Está conmovido por esta familia de ojos y *siente una especie de parentesco con ellos*” (lo destacamos).

¹¹ En la misma obra, páginas 87 y siguientes.

¹² “A cada etapa de avance recorrido por la burguesía – dicen Marx y Engels en el Manifiesto – corresponde una nueva etapa de progreso político...hasta que, por último, implantada la gran industria y abiertos los cauces del mercado mundial, se conquista la hegemonía política y crea el moderno Estado representativo” (Londres, 1847, edición Prometeo Libros, 2003, pág. 29). “La moderna sociedad burguesa – añaden conf. pág. 32 de la edición citada – que ha sabido hacer brotar como por encanto tan fabulosos medios de producción y de transporte, recuerda al brujo impotente para dominar los espíritus subterráneos que conjuró”.

*y con ello, todas las relaciones sociales. Los hombres y las mujeres modernos deben aprender a anhelar el cambio, a pedirlo positivamente, a buscarlo activamente y llevarlo a cabo; deben deleitarse con la movilidad, luchar por la renovación, esperar ansiosamente el desarrollo futuro de sus condiciones de vida y sus relaciones con sus semejantes. La burguesía moderna es vulgar, porque aparece satisfecha consigo misma*¹³.

La ideología estatal del interés general con que se abordó el estudio del Derecho Administrativo durante los siglos XIX y XX, se encuentra en íntima conexión con los fenómenos de la modernidad descriptos. La aparición de Estados cada vez más poderosos, estructurados y dirigidos burocráticamente, se produjo por consecuencia de la necesidad de brindar orden y solidez; y sobre tal base, los gobernantes¹⁴ monopolizaron la configuración autoritaria del interés general:

¹³ En la misma obra, páginas 90 y siguientes, especialmente página 94. Marx expone las polaridades que darán forma a la cultura del modernismo en el siglo siguiente – dice Berman en páginas 98 y siguientes –: la perpetua creación y renovación de todas las esferas de la vida y su antítesis radical, el nihilismo, la destrucción insaciable, el modo en que las vidas son destrozadas; los extremos que han impregnado la vida de todos los hombres modernos a través de las presiones de la economía burguesa, y propone dejarnos llevar con él al climax que está *justo por delante*. “Y a la vieja sociedad burguesa – dice el “Manifiesto” al terminar el punto II “Proletarios y Comunistas” – con sus clases y sus antagonismos de clases, sustituirá una *asociación en que el libre desarrollo de cada uno condicione el libre desarrollo de todos*”. Cuando en su carta a Pavel Vassilievitch Annenkov, critica severamente la “Filosofía de la miseria” de Proudhon, afirma que *“la historia social de los hombres no es más que la historia de su desarrollo individual, sean o no conscientes de ello”* (“Miseria de la filosofía” EDAF, Madrid, 2004, página 68); y en la misma carta dice: “El señor Proudhon ha entendido muy bien que los hombres hacen el paño, el lienzo, las telas de seda...Lo que el señor Proudhon no ha entendido es que los hombres, de acuerdo con sus facultades, producen también las relaciones sociales en las que producen el paño y el lienzo” (edición citada, página 79).

¹⁴ En la Constitución francesa de 1852 el “gobierno” es el Presidente de la República– devenido en breve con el título de dignidad imperial –; luego, fuera del “gobierno”, figuran el Senado y los cuerpos legislativos. La ley constitucional de 1940 trata en su título I de la “función de gobierno” y expresa que es ejercida por el Jefe de Estado, los ministros y los secretarios de Estado (art. 13) en clara distinción de la función legislativa prevista en el título II. Y aunque la Constitución de la IVª República de 1946 da prioridad al Parlamento entre las instituciones de la República, postergando al Presidente, electo por el Parlamento, la Constitución de 1958 (Vª República) retoma la preeminencia del Presidente de la República – elegido ahora por sufragio universal directo – e incorpora un título específico sobre “El Gobierno” (Título III) que *determina y conduce la política de la Nación* (art. 20) y del que se encuentra claramente excluido el Parlamento (Título IV) que comprende la Asamblea y el Senado (art. 24). Como consecuencia, la Constitución regla las relaciones entre el Parlamento y el gobierno (Título V) estableciendo las materias concernientes a la ley (art. 34), para concluir en que *las otras materias que no son del dominio de la ley, tienen carácter reglamentario* (art. 37), como así que *el gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar al Parlamento la autorización de adoptar por ordenanzas – en Consejo de ministros – las medidas que son normalmente del dominio de la ley* (art. 38). Dice Gregoire Bigot, en la obra citada, página 314 n° 223, que la extensión del poder reglamentario que consagra la constitución de 1958 y la ley del 13 de abril de

el establecimiento y mantenimiento de un orden social adecuado fue, según FORSTHOFF, el cometido más urgente del Estado y el medio por excelencia para ello, la administración.

Todo ha venido, pues, impuesto desde el poder y de allí los movimientos sociales y masivos de personas y pueblos que desafiaron a sus dirigentes y se esforzaron por conseguir cierto control sobre sus vidas. Dos fenómenos antagónicos de la modernidad desarrollados durante los siglos XIX y XX que aún hoy no han encontrado solución para la preservación de la dignidad humana. Las revoluciones violentas han fracasado, naturalmente, en este intento, desde que reniegan del hombre como eje ineludible para la determinación serena de sus condiciones de existencia y sus relaciones recíprocas.

Desde el ámbito del arte, el movimiento moderno enseñó que debe renunciarse a la idea de alcanzar de golpe la victoria, comprometiéndose en un trabajo paciente e indefinido: "...el objetivo de la acción cultural – dice Walter Gropius, fundador de la Staatliches Bauhaus, en 1919 – no es ya una modificación máxima, sino solo un grado de modificación del ambiente, y no se pueden dar soluciones ya preparadas, sino métodos para resolver los problemas paso a paso, teniendo en cuenta las circunstancias que varían continuamente"¹⁵. La cita no es casual: se trae porque el propio Gropius vincula esta cuestión con *la sustancia del procedimiento democrático*, acudiendo a un juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que definía esa sustancia como "*esencialmente, una cuestión de grado*"; y que – según Gropius¹⁶ – "*no basaba su discurso en principios abstractos de culpa o de razón, sino que quería que cada caso fuese considerado en sus particulares circunstancias*".

La sustancia del procedimiento democrático rechaza la posibilidad de brindar soluciones ya preparadas y, por ello, la ideología del interés general como razón de ser de la actividad administrativa, es antidemocrática. Esa ideología, que emergió del ámbito de una estructura burocrática con vocación para brindar solidez a la vorágine producida por los fenómenos de la vida moderna, debe ser desplazada. Y a ese fin, es necesario analizarla en el ámbito de nuestro país, en todas y cada una de las instituciones en las que se convirtió en el eje de un derecho administrativo autoritario.

1962, otorgan una utilización de tal facultad al jefe de Estado que se corresponde con las prácticas de Napoleón I, quien por simples decretos creaba las leyes penales y las jurisdicciones de excepción. El general presidente y sus fieles – dice Bigot con relación a 1958 – no son precisamente adeptos a una sumisión de su poder al derecho; ellos piensan que el Consejo de Estado debe permanecer como satélite del poder; es – recuerda – lo que expresa Michel Debré en 1958: "En mi opinión, la magistratura administrativa no existe: hay solamente funcionarios que ocupan la función de juez".

¹⁵ Citado por Leonardo Benévolo "Historia de la arquitectura moderna", 7ª edición, Barcelona, 1996, página 450 (La formación del movimiento moderno en Europa entre las dos guerras mundiales)

¹⁶ La cita se remite a "Apolo en la democracia" Monte Avila Editores S.A., Barcelona, 1968.

2. *El estancamiento del derecho administrativo en el marco de un régimen autoritario*

“El sacerdote de la nueva religión es el tecnócrata; su ídolo, la planificación; sus oficios rituales, la productividad y la rentabilidad, y su conjuro, la eficacia” (Alejandro Nieto “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo” RAP, Madrid, enero-febrero 1975)

El aporte del derecho administrativo es muy menor en el ámbito integral en que el fenómeno del desarrollo humano debe producirse, y sin embargo, ha jugado un papel decisivo en el estancamiento de ese desarrollo, atado a dogmas de origen que se veneran hoy sin revisar su adecuación a la realidad. Existe la sensación de que, con apoyo en la ideología estatal del interés general, está todo dicho, salvo esporádicos avances en algunas cuestiones que no son suficientes para instalar una doctrina diferente. Y las consecuencias prácticas son devastadoras. Al menos en nuestro país, el objetivo de un gobierno eficaz – que sobre la base de la Constitución francesa alude exclusivamente al Poder Ejecutivo – ha obstruido sistemáticamente el ejercicio de los derechos humanos en el seno de la sociedad. Y no me refiero con ello a los gobiernos impuestos por la fuerza cuyo origen ilegítimo o “bastardo” – en expresión de Fiorini – lo dice todo en contra de ellos mismos por degeneración de las instituciones a las que asaltan, sino a la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos veinte años que, en aras de aquella *eficacia* ha desconocido todos los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. La eficacia soñada por FORSTHOFF para crear y mantener posibilidades de existencia para millones de seres, se ha confundido exclusivamente con la obtención de recursos para la subsistencia de un aparato burocrático que, perdido en la maraña de sus medios sin saber cuales son sus objetivos, se manifiesta ostensiblemente ineficaz para satisfacer los intereses de la sociedad que lo mantiene. Entonces, se apropia de los patrimonios sin indemnización, reduce los haberes de los trabajadores públicos sin devolución, destierra el principio de responsabilidad del Estado por su actividad lícita enarbolado otrora como paradigma del Estado de Derecho, y dicta actos unilaterales generales o particulares, por doquier, imponiendo su imperio en el seno de una sociedad que no sabe a qué atenerse y en la que crecen y se instalan a diario familias sumergidas en la pobreza para cuyo bienestar y desarrollo se planificó y dirigió, se fomentó y controló, se reguló y restringió.

Es tiempo de admitir el fracaso de una tecnocracia instalada en el marco de un “gobierno eficaz” para decidir los destinos de la sociedad, con atribución exclusiva para evaluar unilateralmente el interés general propio de ella y resolver en consecuencia su destino. Solo una visión distorsionada de la realidad – o la justificación interesada de un poder central absoluto – puede mover a continuar con una concepción del derecho administrativo como derecho de prerrogativas,

con la idea del acto administrativo como acto de autoridad – por oposición a otros actos de la administración que no son administrativos –, reservando para la administración un ámbito de discrecionalidad en el que puede actuar sin ataduras jurídicas o un ámbito de oportunidad, mérito o conveniencia imprescindible para la realización eficaz del cometido público que tiene asignado.

Curiosamente, el autoritarismo es hoy convalidado en la Justicia sin discernir siquiera si la medida de autoridad adoptada cercena directamente derechos esenciales de los sectores sociales más trascendentes por la función que cumplen. Me refiero a los docentes y, específicamente, a los docentes de la Provincia de Buenos Aires que, con retribuciones de miseria que los arrojan a ellos mismos al sistema de vida marginal de los sectores a quienes brindan por excelencia su actividad, son objeto de vejación por parte de un gobierno cuyos principales exponentes se dicen de ideas progresistas, imbuidas en el marco de la justicia social. Se dicen, pero no son. Esto es lo más llamativo: aún quienes proclaman su vocación de acceso al poder para cumplir con cometidos de justicia social, arrojan despiadadamente los derechos sociales cuando, desde el poder, dirigen con arrogancia inconcebible los destinos de una sociedad que asumen en pertenencia para el logro de sus fines mezquinos. No otra cosa es posible concluir del ataque a las remuneraciones magras de los docentes bonaerenses. Y sin embargo, se alzan contra ellos los miembros de la Suprema Corte de Justicia provincial, elaborando esquicios dogmáticos con ardidés intelectuales que parecen impecables, y que, sin embargo, constituyen una mera disquisición intelectual que no hace Justicia¹⁷.

Las decisiones judiciales en contra de los docentes provinciales en situación de pobreza extrema, no obedecen sino a una toma de posición con el poder, en el caso, del señor gobernador, que se ocupó de difundir por todos los medios la necesidad crucial de la reforma educativa con fines de interés general: iba en ello la subsistencia misma de la Provincia. Una reforma educativa que se conformó con la efectivización de los descuentos en los haberes de los docentes como único objetivo para la consolidación del interés general. ¿Cómo harán estos docentes, pobres por decisión del gobierno provincial, para seguir educando a la *nueva clase de hombres que tendrá el valor y la imaginación para crear nuevos valores*, con la que soñaron Marx y Nietzsche? ¿Cómo harán los hombres sin educación para desafiar a sus dirigentes y conseguir cierto control sobre sus

¹⁷ En “Chacur, Analía y otros contra Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación s/Amparo)”, resolución del 27 de noviembre de 2002. Con la disidencia en soledad del Dr. Héctor Negri quien, además de su inteligencia puso en juego su independencia resolviendo en contra del gobierno de turno; una disidencia que no fue considerada por los restantes ministros, ninguno de los cuales se molestó en rebatirla, complaciendo en bloque la “política educativa” del gobierno provincial, acerca de cuyos resultados en la realidad, ponderados en el marco del interés general, nadie ha pedido cuentas.

vidas si todo les viene impuesto desde el poder ignorando los movimientos sociales y masivos de personas y pueblos? ¿Cómo hará la sociedad para recuperar sus poderes de renovación si desde el poder se apunta contra los maestros?

La sustancia del procedimiento democrático rechaza la posibilidad de brindar soluciones ya preparadas y, por ello, la ideología estatal del interés general como razón de ser de la actividad administrativa, es antidemocrática. Es antidemocrática una ley que autoriza a la autoridad administrativa a extinguir derechos fundamentales adquiridos al amparo de un estatuto laboral, sin analizar caso por caso en el marco del debido proceso, la configuración de la situación exigida al efecto. Es antidemocrático imponer desde el poder la derogación de derechos adquiridos sin acudir a los procedimientos de participación de todos los sectores involucrados, previstos normativamente para la decisión del caso, suplantando tal coordinación de intereses concurrentes por una decisión autoritaria como solución unilateralmente arbitrada.

Y mas grave aún es que, todas estas actitudes antidemocráticas se adopten en un gobierno con legitimidad de origen. Porque en el tránsito hacia el desarrollo pleno del hombre y de todos los hombres relacionados entre sí en una auténtica actitud de "encuentro con el otro"¹⁸, esa legitimidad es la única causa idónea para asegurar ese resultado; y si la hipocresía se adueña de un gobierno con legitimidad de origen, se generan los resultados mas adversos respecto del consenso auténtico para una efectiva gestión del derecho que concrete aquel objetivo.

Nuestra disciplina debió ir incorporando en el curso del siglo XX, las profundas modificaciones sociales que se producían en la realidad, ya que el derecho administrativo como regulador de la función administrativa, tiene la prioridad de dotar a ésta de los cometidos y mecanismos necesarios para su oportuna adecuación a los cambios sociales. En cambio, permaneció incólume en su misión instrumental de consolidar gobiernos fuertes, en la creencia de que la solución debía venir desde el poder. A pesar del avance doctrinario en la elaboración de los principios de la legalidad, plasmados en la exigencia de requisitos esenciales para la validez del acto administrativo como expresión del ejercicio de la función, el derecho administrativo quedó descolocado frente a una sociedad que era destinataria objetiva de los efectos de tales actos. El acto de autoridad, con su contenido ideológico de un interés público desconocido por los destinatarios de la orden que se impartía, se imponía por la sola voluntad del funcionario que lo emanaba, a pesar de todos los requisitos de legalidad

¹⁸ En una nota basada en la conferencia de apertura del periodo lectivo de verano en la Universidad Jagielloniana de Cracovia, 2005, Ryszard Kapuscinski concluye en que nos toparemos constantemente con el nuevo Otro que, poco a poco, irá emergiendo del caos y el tumulto actuales, sugiriendo que deberíamos buscar el diálogo y el entendimiento con el nuevo Otro. "Los años vividos entre pueblos remotos – dice – me enseñaron que la bondad hacia el prójimo es la única actitud que puede tocar el punto sensible, humano, del Otro. ¿Quién será ese nuevo Otro? ¿Cómo será nuestro encuentro con él? ¿Qué diremos y en qué idioma? ¿Podremos escucharnos mutuamente? ¿Podremos comprendernos?" ("El encuentro con el Otro", La Nación, diario del domingo 4 de diciembre de 2005, sección Cultura).

impuestos para su dictado. El “conjuro de la eficacia” justificó y sigue justificando en nuestro país, un ejercicio de la actividad administrativa desde adentro, desde el seno del poder que evalúa de manera monopólica qué es lo que más conviene a la sociedad en una circunstancia determinada. Y la sociedad recibe el mandato inmóvil, atónita, o reacciona con una fuerza inusitada para expresar la crisis de la representatividad de sus funcionarios. La administración autoritaria, que en la invocación del tecnócrata es imprescindible para la imposición de un orden eficaz, fracasa aún en ese cometido por su inoperancia para satisfacer las apetencias de una sociedad que no se enrola en ese orden porque no es idóneo para la satisfacción del bienestar general del que es titular exclusiva¹⁹.

NIETO explica con elocuencia – en el trabajo citado ab initio²⁰ – que la solución paralela de un ámbito de protección judicial de los derechos individuales desarrollado en el mismo marco del derecho administrativo autoritario, como modo de paliar los efectos absolutistas de éste, dejó fuera de protección derechos sociales básicos que no encuentran representación en el esquema liberal así configurado. De tal modo, solo el titular de derechos reconocidos por el derecho común podía acudir a la justicia ordinaria, mientras que los sujetos excluidos quedaban atrapados como meros objetos de protección en el autoritarismo del Estado²¹.

¹⁹ Los sucesos de París de fines de octubre y principios de noviembre de 2005, pusieron en evidencia esta inoperancia. Por séptima noche consecutiva – dice La Nación del viernes 4 de noviembre – los manifestantes de los suburbios de París incendiaron decenas de automóviles, y atacaron escuelas y comercios en cerca de 20 barrios pobres en el norte y este de la capital francesa, habitados en su mayoría por inmigrantes musulmanes que se sienten discriminados. Un sindicato que representa a policías describió la situación como una guerra civil y frente a esa situación, el primer ministro francés, Dominique de Villepin, declaró que “el Estado no se rendirá” y que “el orden y la justicia tendrán la última palabra” (¿cuál justicia?). En el mismo ejemplar del diario La Nación a que hacemos referencia, aparece un comentario de Katrin Bennhold del International Herald Tribune, titulado: “La miseria, la cara oculta de las grandes ciudades europeas”: muy frecuentemente, dice, la realidad oculta en muchas ciudades europeas – incluidos campamentos al aire libre sin instalaciones sanitarias (principalmente en Milán) – irrumpe en la más tolerante conciencia europea; los individuos más pobres de la sociedad viven en condiciones que a una gran franja de la población le resultan difíciles de imaginar, hasta que los disturbios los catapultan a las primeras planas de los medios.

²⁰ En “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo” pretende desterrar el círculo falaz que limita la opción a una de las dos únicas posturas históricas que se sigue para el estudio de la disciplina: *la liberal*, como arrastre histórico del Fisco del Estado de Policía en el que la justificación de las prerrogativas del poder público se encontraba en el respeto a los derechos fundamentales garantizados por la intervención del Poder Judicial en aquel ámbito en que la administración no era regida por el derecho de prerrogativas; y por oposición, *el sistema autoritario* – analiza entre sus exponentes a Duguit y ForsthoFF –, que pone el énfasis en la eficacia de la Administración y el centro de gravedad en el interés público interpretado por el poder con la menor intervención posible del ciudadano. Como desviación final y actual de este esquema, dice Nieto: *El sacerdote de esta nueva religión es el tecnócrata; su ídolo, la planificación; sus oficios rituales la productividad y la rentabilidad, y su conjuro la eficacia.*

²¹ He escuchado recientemente a un joven colega formado en una Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Gustavo Simona, reflexionar acerca de la neurosis de un

Por ello nos parece que se impone un estudio exhaustivo de la configuración tradicional de instituciones básicas del derecho administrativo. Adentrarnos en ellas, nos permitirá conocer las razones de sus orígenes vinculados a mitos y dogmas que solo les han otorgado fundamentos aparentes para su subsistencia hasta nuestros días: el acto administrativo concebido como reserva de autoridad de la administración frente a la Justicia y como “declaración de voluntad” de la administración derivada de esa reserva; la subsistencia, por oposición, de un acto de administración regido por otras normas que refuerza, en su oposición, un ámbito de reserva de la administración en el marco de prerrogativas propias de la “exorbitancia del derecho privado”; la teoría, sobre las mismas bases, de un contrato administrativo que genera facultades implícitas de poder en el marco de esa exorbitancia – concepción que ha hecho estragos en el derecho a la remuneración de los empleados públicos –, y que produce, por consecuencia, lo que se ha denominado una “huida hacia el derecho privado”; una noción de servicio público nacida en la idea de Duguit para la protección del más débil y que ha terminado por excluir a éste de la relación jurídico administrativa que debió brindarle marco tutelar, enmarañada en la relación de poder generada entre quien presta el servicio y la autoridad estatal que resuelve – ejerciendo su

sistema jurídico que solo reconoce como sujeto de derecho al “sujeto napoleónico” de la codificación, marginando de tal titularidad activa a quienes no alcanzan a lograr tal calidad que, en nuestro país, alcanza al 50% de la población. Y poco después de escuchar sus palabras, se produjeron los acontecimientos de la periferia de París que desconcertaron al Gobierno francés, convencido de que su manejo del interés general brindaba satisfacción a todos los sectores sociales, principalmente a aquellos que eran meros objetos benéficos de su protección sin alcanzar la calidad de “sujetos” para el control de sus propias vidas. Dice Rangeon, precisamente, que la doctrina liberal reposa principalmente sobre el postulado del carácter individual de los intereses particulares: la sociedad es concebida como un mosaico de individuos-sujetos de derecho actuando según su propio interés; cada interés particular individual es personalizado, identificado y reconocido por el derecho. Individualizado, el interés particular es a su vez privatizado: él ingresa a la esfera del derecho privado, derecho de intereses particulares y de relaciones individuales. Así – continúa en página 30 – se opera una división: entre la esfera pública, donde se alza el interés general, y la esfera privada donde se enfrentan los intereses particulares por una parte, entre el individuo, portador de un interés específico y el ciudadano, miembro de la colectividad pública por otra parte. De todos modos, la conciliación de los intereses públicos y privados supone su separación previa. El derecho y la política son las instancias de la separación y de la reconciliación. *Los intereses son desnaturalizados: ellos no tienen más que una existencia jurídica.* En este cuadro, el interés general es dotado del mismo tipo de existencia que el interés particular: el uno y el otro no existen más que a través de su representación jurídica y política. Accediendo a la existencia jurídico-política, los intereses particulares son vedados de su carga agresiva. El derecho y la política aseguran su arbitraje pacífico; los jueces arbitran los conflictos de intereses, los gobernantes reconcilian los intereses contradictorios, operando, en nombre del interés general un arbitraje político. *El análisis de las representaciones del interés general tiende a confirmar que son constitutivas de una ideología. Estas representaciones son, en efecto, relativamente homogéneas y apuntan globalmente a legitimar el ejercicio de la dominación política ejercida por el aparato del Estado* (pág. 30).

omnipotencia como portador exclusivo del interés general – cuáles actividades tienen la esencia de tal, con la consecuencia de dejar fuera de protección jurídica a infinidad de relaciones que en la actualidad, en nuestro país, han tenido cobertura jurídica en la figura de defensa del consumidor. Y fundamentalmente, la intervención de la sociedad en los procedimientos previos de elaboración de decisiones, superando la concepción de los actos “preparatorios” en pertenencia exclusiva de quien va a decidir, sustentada en la idea de que, mientras no hay “declaración de voluntad”, no hay interesado con legitimación para cuestionar. La resolución de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en causa “Torello” ha marcado un hito en el desplazamiento del acto de autoridad como único modo posible del ejercicio de función administrativa, al permitir la intervención de un beneficiario del PAMI en un procedimiento administrativo de formación de un contrato, en cuyo marco de ejecución se encontraría alcanzado, para discutir la conveniencia o inconveniencia de sus cláusulas para el sector social al que serían aplicables²². La participación pública en la gestión administrativa desarticulará definitivamente el instituto de la “discrecionalidad administrativa”, heredera directa de la ideología estatal del interés general.

3. *La crisis del sistema administrativo autoritario planteada por tres autores franceses*

AVEZ-VOUS REENCONTRÉ L'INTERET GENERAL? Laurent Cohen-Tanugi “Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique”. Quadrige PUF, Paris, 1985, página 110.

El concepto central y fundador del derecho administrativo francés, como de la retórica política, es aquél del interés general. Es él el que sostiene y

²² “Torello, Susana T.C. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, Sala I, resolución del 2 de febrero de 2002: la peticionante – dijo el Tribunal con disidencia de la jueza Herrera – tiene *interés* en que no se comprometan sus recursos en otros objetos que no sean los específicamente previstos en la ley de creación del PAMI. En el mismo sentido, la Sala III de la misma Cámara en “Distribuidora de Gas del Centro S.A. c. Enargas”, resolución del 30 de octubre de 2003, que declaró nula la resolución del Enargas que regla el procedimiento de los reclamos de los usuarios ante hechos y actos de la prestadora distribuidora pues, siendo un acto de alcance general, previo a su sanción, debió haberse realizado el procedimiento de participación previsto por normas de superior jerarquía; y la resolución del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N°8, del 16 de mayo de 2003, en causa “Caplan, Ariel c. Ministerio de Economía”, que admitió la medida autosatisfactiva solicitada por el representante de las asociaciones de usuarios y consumidores en la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos, ordenando al Ministerio de Economía la entrega inmediata de la información de la cual dispone la referida Comisión y permita su acceso sin restricciones a las reuniones de equipos técnicos efectuadas a los efectos de la renegociación contractual. Nuestro reconocimiento a Ariel Caplan que supera en su lucha diaria y concreta, cualquier elaboración teórica que pueda realizarse al respecto.

legítima las nociones de “puissance publique” y de servicio público, criterios que han servido históricamente para determinar, en torno de él, la competencia del juez administrativo y la aplicación del derecho administrativo²³. Así abre COHEN-TANUGI el punto 3 del capítulo IV de la obra citada, y continúa: Es porque la “puissance publique” y el servicio público representan y defienden el interés general, que ellos deben beneficiarse de un estatuto exorbitante que les confiere el *régimen administrativo*. *La perpetuación del régimen administrativo contribuye pues a aquella, cada vez mas abstracta, del mito tan francés del interés general*²⁴.

Al igual que RANGEON, en la transcripción que efectuamos en nota 21, COHEN-TANUGI se ocupa, en el punto 4 del mismo capítulo, de “lo público y lo privado”, explorando la dualidad de regímenes jurídicos que rigen el Estado y la sociedad civil en Francia y sus basamentos ideológicos alrededor de la noción del *interés general*, exploración que revela el corte estanco de la sociedad francesa entre la esfera de lo público y de lo privado. Lo público – añade²⁵ –, es decir el universo de los “representantes” de todos los órdenes, el patrimonio automático del interés general con los privilegios que lo acompañan. Lo privado, es decir el conjunto de la sociedad y de la economía reales, la coloración peyorativa de los intereses particulares, contrarios al interés general, egoístas e irresponsables. Entre los dos, la teoría de la representación y de la función pública como pantallas masivas. Esta línea de división ideológica – dice COHEN-TANUGI – se traduce jurídicamente por la exclusión del sector privado de la mayor parte de las actividades denominadas de interés general: los monopolios públicos son así jurídicamente protegidos de la posibilidad de concurrencia con los provenientes del sector

²³ Cuando en muchos códigos procesales administrativos, como el de la Provincia de Buenos Aires, se emplea la expresión “regido por el derecho administrativo” para determinar la materia sometida a la competencia de los tribunales del fuero, se están injertando en nuestro sistema todas las ideologías y dogmas vinculados con el interés general como sustento de un derecho de prerrogativas y de dominación.

²⁴ Páginas 112, 113. Francia permanece – agrega en página 115 – en el modelo de Estado “managerial”, idealizado en la persona de un súper experto omnímodo, infalible, penetrado del interés público y apto para intervenir en todos los ámbitos para el mayor beneficio de los ciudadanos. Francia es ese país singular – dice en página 117 – en el que cada uno, y el Estado primero, cree saber dónde se encuentra el interés general. En Estados Unidos, en cambio, la determinación del interés general no parece posible más que en un número restrictivo de cuestiones (aquellas que corresponden a las funciones tradicionales del Estado: la defensa nacional y la política extranjera, la seguridad, la preservación de los principios del sistema político); para el resto, *el interés general es un compromiso entre intereses particulares divergentes de la sociedad civil* y es por eso que la expresión “intereses particulares” concurre institucionalmente al ejercicio de la democracia. El interés general parece fácil de determinar en Francia – insiste en páginas 118 y 119 – porque esta determinación es monopolio de una sola institución: el Estado omnímodo. El Estado a la francesa sabe todo lo que es bueno para la sociedad civil. Todo pasa como si todo programa decidido por la autoridad legítima se encontrara, por naturaleza, al servicio del interés general.

²⁵ Página 123 y siguientes.

privado. La idea de que la mayor parte de las actividades privadas están necesariamente al servicio del interés general en sentido amplio, es profundamente extraña a la ideología pública francesa²⁶, en la que el corte ideológico entre lo público y lo privado alrededor de la línea divisoria del interés general, está ligada con el subdesarrollo de la idea de derecho. En virtud de su exclusión de la esfera del interés general, las actividades privadas en Francia son insuficientemente controladas por el sistema jurídico; es decir, en definitiva, por el público mismo; las falencias del Parlamento en materia de control, el cúmulo de poder de iniciativa y de poder de control (inspecciones generales ministeriales) en manos de la Administración, la pasividad de la sociedad francesa en este aspecto, garantizan la inmunidad del Estado en una inmensidad de ámbitos sustraídos por tradición de la esfera jurídica²⁷. COHEN-TANUGI considera de suma importancia

²⁶ Por el contrario, señala el autor en un análisis comparativo con el sistema norteamericano que guía el desarrollo de toda su obra, el reconocimiento natural de la misión del interés general del sector privado en los Estados Unidos, se acompaña naturalmente de una responsabilidad empujada por el conjunto de sus actividades en beneficio del interés general *y no del Estado*. Esta responsabilidad pasa por la sofisticación del sistema jurídico y por la regulación económica. La legislación “antitrust” asegura de manera muy estricta el respeto de la concurrencia en beneficio de los consumidores y de los pequeños productores; la responsabilidad por la manufactura de sus productos es una amenaza constante para las empresas, y la reglamentación muy desarrollada de los mercados financieros asegura la protección del público inversor. Además, la regulación ejercida por las agencias administrativas y el ejecutivo, es controlada en último término por el poder judicial accionado por la sociedad (pág. 124). En un trabajo anterior – “Un enfoque erróneo en la concepción del derecho administrativo” Revista Lexis Nexis-Depalama n° 48, Dirección Juan Carlos Cassagne – nos preocupamos por destacar la imposibilidad de implantar en nuestro sistema administrativo en su configuración actual, una legislación de defensa de la competencia como la sancionada en nuestro país, en la medida en que la fusión de empresas en esa ley, debe ser previamente aprobada por un acto de autoridad – expreso o tácito – emanado del órgano administrativo de aplicación, previo procedimiento administrativo en el que sólo tiene intervención quien pide la fusión, sin presencia de terceros interesados (art. 8 y concordantes ley 25.156); de tal modo, resulta absolutamente incompatible con el sistema del cual se traslada sin reflexión, en tanto se aparta por completo de la regulación ejercida por las agencias de las que no emana nunca un acto de autoridad – ni cualesquiera otra decisión que no sea adoptada en el marco de participación amplia de todos los interesados para un compromiso justo del conflicto –, y se diferencia absolutamente del control del poder judicial accionado por la sociedad, a que se refiere Cohen-Tanugi en relación al sistema norteamericano, porque la ausencia de un acto administrativo de autoridad ejecutivo en tal sistema, no supone jamás la presencia de una justicia en vía de revisión de un acto administrativo previo cuya intervención se excluye, definitivamente, transcurrido un breve plazo de caducidad para la impugnación judicial de ese acto (ver, en el mismo trabajo, nuestra crítica al fallo de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Sala 3ª en “Casa Isenbeck”, LL 203-E, 321). Traíamos en ese trabajo un excelente artículo de Joel Romero sobre el sistema norteamericano, publicado en La Ley Actualidad del 8-5-03 – “El control judicial sobre las concentraciones económicas” – en el que destaca que “no necesariamente las agencias gubernamentales deben desafiar cada fusión, cuando el Congreso consideró a las acciones ejercidas por los privados como parte integral del plan para la protección de la competencia” y, a la inversa, “el fracaso de las agencias gubernamentales para objetar la fusión, no debe ser considerada como una conclusión definitiva de su legalidad”.

²⁷ Siempre según la misma obra, página 125.

tanto la evaluación de las políticas públicas como un reforzamiento del control jurídico sobre las actividades del Estado: el subdesarrollo jurídico francés – dice²⁸ – no tiene otra fuente que esta doble carencia, compensada, es verdad, por la protección que acuerda el Estado, garante de la justicia social y de la democracia²⁹. En Francia – destaca en el primer capítulo de la obra bajo el título “Hacia una sociedad contractual” – con su sistema de regulación estatal, la sociedad está enteramente estructurada por y alrededor del Estado que juega un rol de impulsión y ejerce en contrapartida, su puesta de mano sobre la sociedad. La sociedad en Francia – dice – vive bajo tutela, como infantilizada, mientras que en Estados Unidos, la sociedad tiene una vía autónoma en relación al estado y dispone de sus propios instrumentos de regulación, reflejando, incontestablemente, una mayor madurez. COHEN-TANUGI define las cuestiones que constituyen la problemática desarrollada en su obra: funcionamiento del sistema jurídico, definición del interés general, fronteras entre lo público y lo privado, localización del poder³⁰. En el seno de la sociedad civil – afirma – y entre ella y el Estado, un aumento de agresividad jurídica, lejos de manifestar alguna patología, permitirá responsabilizar a los actores, delimitar las competencias y despolitizar los conflictos. A la sociedad apática reagrupada alrededor del Estado sucederá entonces la sociedad contractual, conciente de sus opciones. El Estado perderá entonces algunas prerrogativas, pero será el primer beneficiario de esta transformación, que lo descargará de elecciones penosas que no le volverán a él. Esas elecciones, serán transferidas al sistema jurídico autorregulador, sin intervención del gobierno. Los ajustes necesarios en tiempos de mutación serán efectuados mas rápidamente y mas eficazmente por la autorregulación de la sociedad.

GREGOIRE BIGOT³¹, profesor en la Universidad de Nantes, realiza una crítica al sistema administrativo autoritario a través de un análisis histórico del derecho

²⁸ En página 126.

²⁹ Dice bien Stanley Hoffmann en el prefacio de la obra de Cohen Tanugi, que el autor no habla de la Francia socialista opuesta a una Francia neoliberal practicante de la economía de mercado, sino de *la Francia constituida por siglos de dominación estatal*, marcando la oposición entre un sistema concurrencial, en el que los intereses particulares son considerados como los elementos legítimamente constitutivos del interés general, y un sistema monopólico, donde el Estado es considerado como encarnando el interés general, y en el que la superioridad del Estado se expresa por la existencia de un derecho administrativo distinto del derecho civil. El autor nos habla – dice Hoffmann – del rol del derecho en la democracia norteamericana, y del contraste entre ese rol enorme y la porción a la que él está reducido en Francia. Oposición de un derecho que resulta de la autorregulación de la sociedad americana – añade – y se aplica de la misma manera a los individuos o grupos privados y al Estado (un Estado fragmentado en un país donde la voluntad general está identificada al derecho) y un derecho producido en Francia por el Estado, integrado al Estado, instrumento de la tutela del Estado sobre la sociedad.

³⁰ Página 161.

³¹ En “Introduction historique au droit administratif depuis 1789” Presses Universitaires de France, París, 1ª edición, 2002.

administrativo de su país. BIGOT no concuerda con la idea instalada en algunas cátedras de París según la cual el Derecho Administrativo ha nacido bajo la forma actual durante los años 1872-1914, es decir, con origen republicano; considera por el contrario, que dos Imperios han forjado el Derecho Administrativo “*en el que los otros regímenes del siglo XIX se acomodaron fuertemente. Ellos organizaron – dice – un derecho cuya principal característica fue la de asegurar la dominación*” y en consecuencia montaron a principios de siglo un control jurisdiccional... en el que el juez es instalado en el rango mismo de la “*puissance publique*”. En la primera matriz napoleónica – a principios del siglo XIX –, la autoridad del gobierno se difunde en actos que cumple a su servicio la administración revestidos con un *privilegio de jurisdicción*, en tanto la justicia ordinaria constituye un obstáculo a la *voluntad que traducen esos actos*. Y bajo el Segundo Imperio, se desarrolla la teoría de la exorbitancia que excluye definitivamente a la administración del ámbito de la justicia ordinaria e inscribe al derecho administrativo en una relación de dominación o sujeción sustentada en el predominio de un interés superior³². El derecho administrativo – dice en la Introducción de su obra – fue “preconceptualizado” como un derecho extraordinario a favor de la autoridad administrativa, a partir de la “*summa divisio*”, división entre derecho público y derecho privado, teorizada en la época medieval a partir del Digesto. El derecho administrativo derogará así al derecho común – dice –, en razón del desequilibrio entre los intereses de las partes en juego: el derecho señorial impone los sacrificios del interés general, pero el particular dispone de la facultad de hacer valer un mínimo de derechos, a efectos de que la “*puissance*” no pueda ejercerse más que en una medida que sea justa. A pesar de reconocer la influencia de tal división, BIGOT refuta la tesis de los orígenes medievales del derecho administrativo considerando que para que surja el derecho administrativo es necesario un poder separado de la justicia, que pueda sacrificar los derechos de los particulares sin su consentimiento, por actos unilaterales de voluntad que tienden a la realización del interés colectivo. Lo que caracteriza a la administración frente a los poderes legislativo y judicial – añade – es precisamente, su capacidad de influir o penetrar en la esfera subjetiva de los ciudadanos por actos particulares, justificados solamente por la utilidad pública: los constituyentes que erigen en esferas autónomas administración y justicia, crean las condiciones del derecho administrativo que se caracteriza por el *control de los actos que crea la administración*. Sin embargo – señala – l’Ancien Régime se anticipa en siglos sobre la interpretación académica de la ley revolucionaria del 16 al 24 de agosto de 1790 al tomar conciencia de una *especificidad del contencioso administrativo* en cuanto ha separado las autoridades judiciales y admini-

³² En el mismo sentido, François Rangeon “L’idéologie de l’intérêt general”, Préface de Georges Vedel, Económica, Paris, 1986.

strativas, mediante el edicto de Saint Germain de 1641 que veda a la Corte del Parlamento de París y a todas las otras cortes, intervenir en todos los casos que conciernen al Estado, la administración y el gobierno³³. La monarquía absoluta crea así las condiciones para una especificidad del contencioso administrativo cuando inviste a los intendentes (como “administrador juez”) de la prerrogativa de resolver las dificultades que se susciten en la gestión de los negocios públicos. El Consejo del Rey conoce en apelación de las cuestiones litigiosas que resuelve el intendente: *la jerarquía jurisdiccional en materia administrativa será entonces concientemente edificada desde el absolutismo monárquico. La solución de un asunto en que se encuentra el interés público no es dominio de la justicia sino de la administración*³⁴. Con la Revolución Francesa se complementa el concepto mediante el artículo 13 de la ley del 16 al 24 de agosto de 1790: “Los funcionarios judiciales – dice este artículo – son distintos y permanecerán separados de la administración; los jueces no podrán turbar de cualquier manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”. A principios de setiembre de 1790, la ley dota a la autoridad administrativa de atribuciones contenciosas en los dominios que escapan todavía hoy a la autoridad judicial. Para prevenir dificultades futuras en la autonomía que goza la autoridad administrativa respecto de la autoridad judicial, la ley de octubre de 1790 organiza un recurso al rey para la resolución de dificultades de competencia en el seno de la administración. El artículo 3 de esta ley dice: “Las reclamaciones de incompetencia de los cuerpos administrativos no son, en ningún caso, del resorte de los tribunales; ellas serán elevadas al rey, jefe de la administración general”³⁵. En 1793 el poder administrador, protegido por el terror, extenderá día a día sus atribuciones, limitando al poder civil y poniendo sus manos sobre las cosas y sobre las personas; y entre 1795 y 1799 se origina la teoría del acto administrativo como sustraído a la competencia de los tribunales

³³ Las Cortes – explica Bigot – resisten la instalación de una dualidad jurisdiccional fundada ella misma en la necesidad de distinguir dos campos autónomos para el derecho común y el derecho administrativo (página 22); aunque la ausencia de separación conceptual entre la justicia y la administración empaña la separación funcional necesaria del derecho administrativo en toda su especificidad (Luis XIII, dice Bigot, sanciona en 1641, sobre todo, la intromisión en la alta política; la administración del Edicto de Saint Germain solo recubre la dirección política, el gobierno del Estado).

³⁴ Obra citada, página 22. Las reformas introducidas desde 1777 a 1787 sobre la manera de tratar los asuntos litigiosos en el seno del Control General de Finanzas – explica –, probarán que l'ancien droit anticipa en 20 años la creación de una Justicia en el seno del Consejo de Estado (página 23).

³⁵ Obra citada, página 33. Es un procedimiento de regulación por la vía jerárquica antes de la instalación de una justicia en el seno de la administración: en 1789 – anticipa Bigot en la página 30 – la Asamblea rechazaba la creación de un tribunal administrativo por contrario al principio que prohíbe las jurisdicciones de excepción.

de derecho común. El contencioso que pone en juego el interés fiscal, goza de inmunidad jurisdiccional. Los revolucionarios no reflexionan en términos de justicia allí donde no ven más que administración³⁶. *Por la invención del acto administrativo, la Revolución forja el zócalo del derecho administrativo, que no es tanto el derecho de la administración como el control jurisdiccional de sus actos. La experiencia revolucionaria prepara el camino para el derecho administrativo: la administración está, a partir de entonces, habilitada para producir sus actos de manera discrecional, independiente de la justicia. Administrar es autorizar a la administración a resolver las dificultades que los particulares oponen a su marcha*³⁷. Es el Imperio – dice BIGOT, como ya lo anticipáramos al comenzar con su referencia – quien organiza a principios del siglo XIX, un control jurisdiccional de la actividad administrativa. El juez administrativo es instalado en el seno mismo de la “puissance publique”. La justa “puissance” es la fuente misma de todo poder, y entonces se organiza un derecho cuya principal característica es asegurar la dominación³⁸. Para atemperar la soberanía administrativa, el Primer Imperio echa los fundamentos del derecho administrativo. Bonaparte quiere romper con la independencia de los ministros y concentrar toda la autoridad a favor de los cónsules, luego del emperador: con este objetivo, crea el Consejo de Estado. A fin de que la “puissance” insuflada a la administración por el gobierno sea a la vez soportable para los ciudadanos y eficaz para la marcha del Estado, crea una justicia en el seno mismo de la administración: la comisión del contencioso administrativo del Consejo y los consejos de prefectura, para ejercer su actividad jurisdiccional, van a echar las primeras bases del derecho administrativo. *El Consejo de Estado es un instrumento del autoritarismo napoleónico*³⁹: el producto de sus deliberaciones, para ser ejecutorias, deben ser aprobadas por el jefe de Estado y aparece como el auxiliar esencial del gobierno. Es el órgano encargado de transar los conflictos de competencia entre la autoridad judicial y la administrativa; es juez de primer y último grado de los recursos contra las decisiones de prefectos y ministros. Napoleón tiene conciencia de que la justicia administrativa tiene necesidad de ser regulada *a fin de tornar soportable la “puissance” del Estado, afirmando en 1806: “Voy a instituir un cuerpo semiadministrativo, semijudicial, que reglará el empleo de esta porción de arbitrariedad necesaria en la administración del Estado; no se puede dejar esta arbitrariedad en manos del príncipe”*⁴⁰. Instituida en poder desde la Revolución, la administración gana así en poder durante el consulado y el Imperio: no es más que el justo reflejo sobre todo el territorio,

³⁶ Obra citada, página 41.

³⁷ Obra citada, página 42.

³⁸ Obra citada, página 47.

³⁹ Obra citada, página 50.

⁴⁰ Obra citada, página 52.

del poder del Ejecutivo. La autoridad del gobierno napoleónico se difunde espontáneamente en los actos que cumple, a su servicio, la administración. Son estos actos, revestidos de la “*puissance publique*”, a los que cubren con un privilegio de jurisdicción las leyes de excepción que confieren a los tribunales administrativos la solución de conflictos. Una ley refuerza el principio del acto administrativo sustraído al conocimiento de los tribunales ordinarios⁴¹. La autoridad del Estado napoleónico se impone ante la resistencia que puedan oponerle los derechos civiles, privados o particulares: *el interés público debe saber trascenderlos. La “puissance” busca emanciparse del cuadro estricto de la justicia ordinaria, la que constituye un obstáculo a la voluntad que traducen sus actos: ella impone entonces, vía el juez administrativo que la representa, sus propias reglas, exorbitantes, porque ellas son en parte aquellas de la dominación, en parte aquellas del interés general que persigue el Estado*⁴². La competencia jurisdiccional del Consejo está esencialmente compuesta por una competencia de apelación contra las decisiones de los consejos de prefectura, jueces administrativos de primera instancia instalados sobre todo el territorio, y contra las decisiones de jurisdicciones especiales: por eso es juez de actos administrativos contenciosos⁴³. De esencia imperial, dice BIGOT⁴⁴, el derecho administrativo no sobrevivió al episodio de la Restauración – periodo que va desde el derrocamiento de Napoleón I (1814), a la revolución de julio de 1830 – en el que el Consejo de Estado es calificado entonces de *diván imperial*. En 1828 el liberalismo demanda que todo el contencioso administrativo sea transferido a la autoridad judicial. Después de 15 años de sumisión, la autoridad judicial trata de imponerse como juez natural de los administrados, y entonces se erosiona la teoría del acto administrativo sustraído al conocimiento judicial; pero desde los inicios de la Restauración los ministros refuerzan la autoridad que les asiste, confiriendo un nuevo sentido

⁴¹ Obra citada, página 67.

⁴² Obra citada, página 69. Por oposición, explica Bigot, aparecen los actos de gestión dominial del Estado que son sometidos al derecho privado y resultan entonces de la competencia judicial, destacando que esta distinción entre autoridad y gestión, capital para el porvenir del derecho administrativo, emerge en el Imperio.

⁴³ Obra citada, página 73. La comisión del contencioso – aclara – es la encargada de recibir ciertos recursos interpuestos contra casos de prefectura o decisiones ministeriales, a condición de que se inscriban en el marco de la administración contenciosa, la que se distingue de la pura administración o administración activa que no puede ser objeto de decisión por el juez administrativo. Siendo la materia administrativa por su naturaleza – dice remitiendo a Sirey (1818) – ella no deviene *contenciosa* sino luego de haber instado la *vía jerárquica* (diferir previamente la decisión del prefecto al ministro competente); hasta los últimos años del Imperio – aclara – esta condición no transforma al ministro en juez: el recurso previo ante el ministro quiere simplemente decir que la justicia del Consejo no consistirá en sustituir a la administración activa en su organización jerárquica (páginas 75 y siguientes).

⁴⁴ Obra citada, página 83.

al binomio administración activa – administración contenciosa: a sus ojos, la Administración se entiende como un poder; no se trata más de una actividad encuadrada en el derecho. El Consejo acepta entonces la apelación para continuar interviniendo y confiere al ministro, calidad de juez⁴⁵. En 1830, Luis Felipe también desprecia al Consejo de Estado, pero porque se ha pronunciado sobre los bienes confiscados a la familia real durante la Gran Revolución, y propone mantener la justicia administrativa pero con modificaciones. En los últimos años del reino de Carlos X se presenta un proyecto de ley que la monarquía, deseosa de contentar a la oposición liberal que en parte la mantiene, toma rápidamente a su cargo (ordenanza de 1831): los comisarios pasan a ser abogados al servicio de la administración (ministerio público) y saben que un poder administrador no es eficaz sino a condición de estar limitado, acudiendo esencialmente a dos fuentes, los precedentes y la ley. Comisarios de la ley en el interés de una administración reglada, los comisarios del rey de la monarquía de julio van a marcar al derecho administrativo con su profesionalismo. Algunos de ellos ejercerán en el Segundo Imperio, enrolando la jurisprudencia en las vías de la modernidad⁴⁶. En 1849, la II República crea el Tribunal de Conflictos, cuyos jueces toman partido por la justicia administrativa, preservando para la “puissance publique” el privilegio de contar con una justicia de excepción en detrimento de los derechos más elementales de propiedad sacrificados por las necesidades de utilidad pública. En 1854, el sobrino de Napoleón I celebra el aniversario de la coronación de su tío en 1804, y como presidente de la República⁴⁷, anuncia un retorno a la tradición imperial y a la primacía monocrática del Ejecutivo: un decreto del 30 de diciembre de 1862 decide armonizar los dos grados de la jurisdicción, y una ley de 1865 traduce la voluntad de un retorno a una demarcación clara entre funciones administrativas y judiciales, desechando el concepto del ministro juez como una anomalía. BIGOT destaca que a partir de 1864, el emperador se propone favorecer la libertad política y el Consejo imperial liberaliza los recursos por exceso de poder⁴⁸, supera la teoría sostenida desde hacía más

⁴⁵ Obra citada, páginas 89 a 95. La ficción del ministro juez, dice el autor, que tiende a impedir que el contencioso retorne a la administración activa, permanece hasta los principios de la III República.

⁴⁶ Obra citada, páginas 95 a 102.

⁴⁷ El 28 de mayo de 1849 se reunió la Asamblea Nacional Legislativa y el 2 de diciembre de 1851, fue disuelta: así refiere Marx el golpe de Estado de Luis Bonaparte – a quien llama Crapulinski – cuando se instala en las Tullerías como salvador de la sociedad. La Constitución, la Asamblea Nacional, la *liberté, égalité y fraternité*, “*toda ha desaparecido como una fantasmagoría al conjuro de un hombre al que ni sus mismos enemigos reconocen como brujo*” (En “El 18 Brumario de Luis Bonaparte” editada en Hamburgo en julio de 1869; Prometeo Libros, 2003, página 25; obra en la que, al igual que en “La lucha de clases en Francia”, capítulo IV, narra las circunstancias en que se produjo la abolición del sufragio universal en 1850 y se prorrogaron los poderes de Bonaparte, a quien califica de “caricaturización” de Napoleón I).

⁴⁸ Obra citada, páginas 165 a 169; no obstante – dice Bigot –, en los últimos años del segundo

de veinte años por la cual, cada vez que la autoridad judicial reclamaba una competencia en caso de vías de hecho, se le oponía la obligación del recurso previo ante el juez de la “puissance publique”, bajo el fundamento de la teoría del acto administrativo, y a través del caso “Bizet” de 1867, anuncia la desaparición de la ficción del “ministro-juez”⁴⁹. El desarrollo espectacular de los recursos por exceso de poder genera la eliminación de la “pura administración”, pero en su reemplazo, el Consejo encuentra un límite para intervenir respecto de las decisiones en que se manifiesta la *voluntad de un poder político*, naciendo en esta ocasión, bajo el segundo imperio, la teoría de los *actos de gobierno sustraídos al control jurisdiccional*.

Nos interesa destacar aquí cómo describe BIGOT el paso previo a la instalación de la III República para poner de relieve que, en los treinta primeros años de ésta – fines del siglo XIX y principios del siglo XX – se prolonga y perfecciona una jurisprudencia del pasado imperial definiendo un derecho administrativo elaborado para que el poder continúe asentando su dominación y la concepción napoleónica del orden. Desde principios del siglo XIX – dice BIGOT⁵⁰ – el derecho administrativo, derecho de excepción, tiene dificultades para definirse jurídicamente de manera positiva, de encontrar su frontera en contacto con el derecho privado. Por una definición de sus reglas puramente negativa, la doctrina y la jurisprudencia han asimilado siempre el derecho administrativo al ejercicio por los poderes públicos de prerrogativas que gravitan en la esfera de la soberanía. Una definición de Aucoc de 1869 – siempre según BIGOT – destaca que el derecho administrativo se inscribe en una relación de dominación o sujeción porque un *interés superior – el del Estado para la colectividad – debe predominar*⁵¹. El derecho de dominación, en la pluma de Aucoc, dice BIGOT, se justifica por los intereses del servicio público que es sinónimo de fuerza pública y su régimen jurídico se impone a los intereses privados de los particulares. Lo trascendente

imperio, el Consejo tiende nuevamente a poner restricciones a los recursos por exceso de poder mediante los institutos del *recurso paralelo* (en el caso “Farmacias de Strasburgo”), el *plazo de caducidad* ya consagrado en 1806, de tres meses contados a partir del momento en que la decisión ha sido notificada al interesado (por ejemplo, en el caso “Ville de Chalon”) y la exigencia de que el requirente debe invocar un *interés directo y personal*, es decir, que el acto administrativo lesione un derecho y no un simple interés (página 168).

⁴⁹ El Consejo considera que, a sus ojos, el prefecto y el ministro son simples administradores y no autoridades dotadas de atribuciones jurisdiccionales, dice Bigot en página 168, aclarando que a partir de esta interpretación, la obligación objetiva de respetar la ley genera una nueva relación administración-administrado mas próxima a la igualdad.

⁵⁰ Obra citada, páginas 140 y siguientes.

⁵¹ Dice Marx, contemporáneamente: “Cada interés común se desplazaba inmediatamente de la sociedad, se contraponía a ésta como interés superior, *general*, se sustraía a la propia actuación de los individuos de la sociedad y se convertía en objeto de la actividad del gobierno” (“El 18 Brumario...” citado, capítulo VII, edición citada, página 114).

en la explicación de BIGOT es mostrar cómo la III República se instala cómodamente en el derecho de dominación así elaborado a partir del primer imperio: por imperial – dice⁵² – *el Consejo de Estado es ideal para los republicanos de la Defensa Nacional*. En 1870, por última vez en su historia, la reorganización del Consejo es objeto de un largo debate ante los representantes de la Nación, suscitando controversias la existencia de la jurisdicción administrativa. Finalmente, la ley de 1872 encuentra coincidencia en la puesta en funcionamiento de una jurisdicción delegada⁵³ y la vicepresidencia de Laferrière, entre 1886 y 1898, obra para que el Consejo recobre su independencia política. Laferrière, según BIGOT⁵⁴, prepara la transición entre el siglo XIX y el siglo XX, conceptualiza al derecho administrativo mediante su reinterpretación del binomio autoridad-gestión, y consolida las bases del contencioso administrativo hasta nuestros tiempos, sentando el principio de que, para que el recurso contencioso administrativo sea admisible, *es necesario que exista una decisión susceptible de ser ejecutada*⁵⁵; asimismo, se aplica jurisprudencialmente el plazo de caducidad de tres meses para la deducción del recurso contencioso, siguiendo el decreto del 22 de julio de 1806, como regla afirmada bajo el segundo imperio y mantenida sin dificultad durante la III República⁵⁶; se intensifica la exigencia de un interés directo y personal para recurrir, desplazando la tendencia hacia el objetivismo desarrollada en el segundo imperio⁵⁷; se restringe la jurisprudencia imperial en

⁵² Obra citada, páginas 172 y siguientes.

⁵³ El art. 9 decía: “El Consejo de Estado estatuye soberanamente sobre los recursos en materia administrativa y sobre las demandas de anulación por exceso de poder formuladas contra los actos de diversas autoridades administrativas” (BIGOT, pág. 174).

⁵⁴ Obra citada, página 189.

⁵⁵ Detiene de tal modo la idea de Aucoc quien cree que el recurso por exceso de poder se desarrolla hasta constituir una vía de recurso universal contra no importa qué acto de la autoridad administrativa, y determina una jurisprudencia del Consejo republicano en virtud de la cual las simples pretensiones manifestadas por la administración en el curso de una discusión con una parte o las medidas de instrucción, no son decisiones susceptibles de ser sometidas al juez administrativo por exceso de poder pues *no revisten el carácter de decisión*.

⁵⁶ Obra citada, página 210. Las condiciones del plazo de caducidad – dice Bigot – son interpretadas en forma restrictiva por el Consejo republicano, en contraposición al Consejo imperial que los había considerado con tolerancia persiguiendo el doble interés de salvaguardar los derechos individuales y corregir las irregularidades de la acción administrativa: así, en 1866, el Consejo había admitido que un particular pudiera dirigirse contra el doble silencio del prefecto y de un ministro, asimilándolo a una decisión de rechazo y Laferrière condena esta resolución considerando inadmisibles una jurisprudencia tal, en la medida en que ella “deja sin solución la cuestión de saber luego de qué plazo el silencio del prefecto podrá ser asimilado a una decisión”. En el caso “Bausais” de 1881, se hace extensivo el plazo de tres meses impuesto para el recurso de anulación, al supuesto de la apelación jerárquica, operando un cambio jurisprudencial respecto de decisiones permisivas del Consejo imperial, en la convicción de que “el recurso inicial, sea directo ante el Consejo, sea indirecto ante el superior jerárquico, debe ser deducido lo mismo dentro de los tres meses”.

⁵⁷ Obra citada, página 211.

materia de “recurso paralelo”, al considerar Laferrière que no hay razón para abrir la vía directa del recurso por exceso de poder a quienes invoquen un agravio que pueda ser resuelto por el consejo de prefectura, lo que importaría transgredir la regla de *dos grados de jurisdicción*; se paraliza el esfuerzo realizado en el caso “Bizet” de 1867, para orientar el recurso por exceso de poder hacia el objetivismo, en tanto el Consejo republicano no admite sancionar los errores de calificación jurídica de los hechos sino en tanto y en cuanto, sea atacado un derecho subjetivo⁵⁸. El Consejo imperial se había ocupado – a través del desvío de poder – de evaluar si un acto administrativo excedía los objetivos asignados por el espíritu general de un texto legal, y es por eso que, antes de 1870, él actuaba a instancias de un superior jerárquico de la administración activa; esta lógica – dice BIGOT⁵⁹ – es abatida en mayo de 1872 con la separación en tabiques de las funciones de justicia y administración: el Consejo debe acantonarse a la medida de las ilegalidades y tiene prohibido, en principio, rectificar la conducta de la administración activa⁶⁰.

Una concepción tal del derecho administrativo solo fue posible – y permanece hasta nuestros días – en el marco de una ideología estatal del interés general que confiere a la función administrativa las prerrogativas necesarias para su realización efectiva, con un amplio ámbito de evaluación discrecional acerca del contenido de ese interés en el ejercicio de una función de poder. Ello supone siempre la existencia de un ámbito público confiado a la administración, por oposición a un ámbito privado propio de la sociedad civil que, por tal razón, no tiene ingerencia alguna en el ejercicio del “poder administrador”. Una concepción absolutamente diferenciada de la idea de la función administrativa como gestora del derecho, cuyo ejercicio no supone poder ni discrecionalidad alguna justificante de tal poder y presume, por el contrario, un compromiso equilibrado de los distintos intereses en juego en el seno de la colectividad en la que debe regir la norma jurídica cuyo cumplimiento se gestiona. Precisamente, RANGEON destaca dos brazos principales en el seno de la familia occidental de la ideología del interés general emergentes del tronco común de la representación: la concepción americana de un interés general realista, plural, armónico, trascendiendo la división público-privado y la tradicional concepción francesa de un interés general

⁵⁸ Señala Bigot, en página 218, que la administración es entonces disciplinada solamente en la medida en que su realización incida sobre la esfera de los derechos privados; el recurso por exceso de poder – dice – atiende a que el poder no puede ejercer mas que una “justa puissance” y así es siempre englobado en una lógica típicamente napoleónica del orden.

⁵⁹ Obra citada, página 217 y siguientes.

⁶⁰ En casos “Heritiers” de 1889 y “Laruelle” de 1893, el Consejo estima que como juez del exceso de poder es incompetente para prescribir medidas que puedan ser consecuencia de la anulación pronunciada: porque el juez se acantona en la anulación, es improcedente una demanda de daños junto a un recurso por exceso de poder; el desvío de poder sirve solo como medio de anulación.

estatal sobrevolando el campo social⁶¹. El autor estudia este doble enfoque a lo largo de toda la genealogía que analiza, desde el debate sobre el carácter *inmanente o trascendente* respecto de los intereses particulares que acuerdan, respectivamente al interés común o interés público, Aristóteles y Platón⁶². La doctrina política de Platón insiste más sobre el interés de la ciudad toda entera que sobre los intereses comunes de sus miembros: apunta a un interés público que *trasciende los intereses particulares*, formulando el principio de la subordinación absoluta de los intereses privados al interés público; mientras que Aristóteles entiende por *interés común, un equilibrio armonioso de los intereses particulares en el seno de la comunidad*, reprochando a Platón su insistencia sobre la idea de unidad y la característica trascendente del interés público que él defiende, al que opone *un interés común plural e inmanente*. Aristóteles hace reposar la ciudad sobre la idea de equilibrio, pluralidad y comunidad. La ciudad aristotélica reconoce las diferencias y basa su armonía sobre un interés común concebido como un principio de equilibrio: el interés común no es el de la ciudad total trascendiendo a los individuos y no es de naturaleza diferente de los intereses

⁶¹ Obra citada, páginas 206/207. A ese grupo de familias conceptuales el autor considera necesario oponer otro linaje: la teoría del “Estado del pueblo todo entero” dirigida a afirmar la unidad del pueblo soviético. Stalin justificó el desarrollo del Estado socialista afirmando que el mantenimiento de un aparato del Estado fuerte es necesario en razón del cercamiento internacional del que sería víctima la URSS en los años 1930-1940. Stalin cree haber logrado en la Unión Soviética un acuerdo armonioso de las fuerzas productivas y las relaciones de producción, juzgando así inútil la perpetuación de la fase de la dictadura del proletariado tal como la concibieron Marx y Lenin: ya que la lucha de clases ha terminado en la URSS, Stalin considera, en 1939, que ciertas tesis generales del marxismo sobre el Estado son insuficientes, y sustituye entonces la antigua teoría de la dictadura del proletariado por aquella de “el Estado del pueblo entero”, el Estado encargado de la doble función de proteger la propiedad colectiva contra los dilapidadores del bien público y de asegurar la defensa militar del país contra las agresiones exteriores. La doctrina satalinista de “el Estado del pueblo entero” domina en la URSS hasta 1956. Los dirigentes soviéticos, en particular Khrouchtchev, consagran la doctrina de “el Estado del pueblo *todo* entero”, indicando bien con el pleonasma “todo entero” la idea de una totalidad excluida de toda oposición, de todo conflicto. La totalidad significa la negación de conflictos, la integración total y absoluta de todos en una representación unitaria del Estado. La situación de la sociedad soviética en 1960, es la de una marcha acelerada hacia la unidad cultural e ideológica y la cohesión perfecta de un pueblo entero alrededor de sus dirigentes; a la igualdad de condiciones se aduna una uniformidad de mentalidades, una concepción específica del interés general que Rangeon compara a la ideología de la unidad nacional sostenida en Francia en 1789 por el abate Sieyès y Robespierre: todo un pueblo unido, compuesto de individuos iguales en derecho, portador de un interés unitario que el Estado es encargado de promover; el Estado deviene la instancia de la unidad y la representación permite a una elite identificarse a la vez al interés de la Nación y del Estado (obra citada, páginas 207/212). Y destaca Bigot en página 213: *En este estado del análisis podemos, una vez más, poner de relieve el carácter transcultural de la ideología del interés general: en URSS como en los estados occidentales, el interés general deviene cada vez más, la propiedad de una tecnocracia que, en razón de sus competencias técnicas y de su lugar en la escala de decisiones, tiene el poder de fijar su contenido.*

⁶² Obra citada, página 36.

privados. El interés común no se opone a los intereses particulares de los gobernados sino que resulta, por el contrario, de su equilibrio armónico: el objeto de la política no es el de asegurar la supremacía absoluta del interés público sobre los intereses de cada uno sino el de armonizar las voluntades particulares⁶³. En el siglo XIII, para conciliar las exigencias de los Estados nacientes y los principios de la Iglesia universal – propuestos por San Agustín en el siglo V – Santo Tomás de Aquino se inspira en la concepción aristotélica del bien común, una concepción armónica de la política en virtud de la cual la sociedad engloba al individuo pero no lo absorbe. En el discurso tomista, el bien común es una noción racional desprovista de contenido fijo; presenta un carácter racional y no dogmático⁶⁴. El bien común no es un dogma sino una dirección evolutiva objeto de una aproximación racional renovable sin cesar. Rangeon señala que, muchas veces, desde la época de Santo Tomás, la noción de bien común se vio desviada de su significación original, identificándose progresivamente – en las obras de Machiavello, Erasmo, Bodin, Vitoria y aún en Hobbes y Locke – como el interés del Estado; y explica cómo la Iglesia Católica, si bien ha negado al Estado el monopolio del bien común, al que no puede jamás definir arbitrariamente⁶⁵, ha justificado también, a través de él, las intervenciones económicas y sociales del Estado providencia, considerando al bien común como un principio de legitimación de la intervención estatal.

La palabra “Estado” en su sentido moderno de unidad colectiva organizada

⁶³ Obra citada, páginas 42 a 52. Rangeon explica también la oposición entre los epicúreos y los estoicos, rescatando para estos últimos la idea de que el individuo es una persona humana cuyos intereses, en tanto que provienen de una común razón universal, son dignos de respeto. En páginas 53 a 64 Rangeon explica en este sentido textos de Séneca y de Cicerón. Yo soy hombre – dice el primero, influyente directo en Marco Aurelio – y creo que ninguno de los seres humanos me es extraño: la única República digna del hombre es el Universo; en cuanto a Cicerón, retiene de Aristóteles una concepción armónica de la política fundada en el respeto de los intereses particulares. La cosa pública no es para Cicerón el interés de la República sino el interés del pueblo; la *concordia* de Cicerón, inspirada en la concepción aristotélica del bien común, es un proceso para obtener el acuerdo de los elementos más diversos, una necesidad natural, el resultado de una acción voluntaria conducido por los ciudadanos con el deseo de vivir en conjunto y de reglar de manera pacífica sus diferencias. Según Cicerón, el interés público contiene en sí mismo el germen de la corrupción: muchos actos inmorales se cometen en nombre del interés público – expresa – y dirige una severa requisitoria contra los abusos cometidos al amparo del interés general, en nombre del humanismo y del derecho natural (aunque tenga conciencia de legalidad, el interés público puede ser injusto).

⁶⁴ Rangeon, obra citada, páginas 68 y siguientes.

⁶⁵ Conforme la Encíclica de Pío XII “*Summi pontificatus*”, del 20-10-1939, citada por Rangeon en página 75 (también, “*Mater e Magistra*”, Juan XXIII, 1961, en cuanto proclama que jamás el bien común autoriza al Estado a suprimir los derechos y las libertades individuales, ni a abolir la propiedad privada; y “*Mit brennender sorge*” de Pío XI, 1937: El bien común es esencialmente un principio de equilibrio armonioso entre los derechos personales y las obligaciones sociales). Desde la Encíclica “*Rerum novarum*” de 1891 – dice Rangeon en página 77 – la noción de bien común fue de manera creciente asociada a aquella de *justicia social*.

ejerciendo jurídicamente el poder sobre un pueblo determinado, en un territorio dado, aparece a principios del siglo XVI, en particular en la obra de Machiavello, dice Rangeon en páginas 82 y 83, añadiendo que Rabelais opone a las reglas de la tradición el franco arbitrio del hombre del Renacimiento⁶⁶. En este planteo, concluye, las concepciones clásicas del interés público y del bien común deben ser reexaminadas y pasadas por el filtro de la razón, proceso éste que es precedido y desarrollado por una imbricación cada vez mas estrecha entre el bien común y el interés del Estado. Rangeon habla de la *estatización del bien común*, explicando que mientras para Santo Tomás el bien común era el de todos, el bien público en el que ahora se traduce es el *objetivo común del reino*. Si el bien común justificaba en Santo Tomás la resistencia al poder temporal tiránico, el objetivo común permite, al contrario, legitimar el poder real⁶⁷. Identificado con el interés del Estado del que el rey se declara su único depositario, el bien público deviene en el siglo XVII, un arma al servicio del absolutismo real⁶⁸. El acercamiento en el siglo XVII – dice Rangeon en página 95 – de las nociones de “razón de Estado” y de bien público, entraña dos consecuencias: la “razón de Estado” marca de una parte, una *estatización del bien común* e implica a su vez, por otra parte, una voluntad de racionalización del bien común; el siglo XVII, dice expresamente, es a la vez aquel del absolutismo y del racionalismo: el sujeto obedece porque está persuadido de que el rey actúa por el bien público,

⁶⁶ El Renacimiento fue una creación de individuos, y en cierto sentido giró en torno al individualismo, dice Paul Johnson en “El Renacimiento”, Londres, 2000, edición en español Mondadori, Barcelona, 2001, página 43, destacando que el primero de esos individuos fue Dante Alighieri (1265-1321) quien pudo absorber la doctrina aristotélica a través de Santo Tomás de Aquino y apuntando que la Divina Comedia puede considerarse la sucesora cristiana de la Eneida. A partir de Dante – dice el mismo autor en pág. 48 – daría la impresión de que nada era inalcanzable para el hombre, aunque “tras el barniz cada vez mas terrenal del Renacimiento se escondía una infraestructura medieval que salía a la luz en cuanto ese barniz se deslucía, tal como solía ocurrir con el paso del tiempo” (pág. 52). El autor señala la contradicción de ese momento histórico en que los humanistas desempeñaban un papel destacado en las ciudades gobernadas por hombres inescrupulosos y de gran crueldad: a menudo – dice Johnson en pág. 63 – el mecenazgo fue el homenaje que el vicio brindó a la virtud. Francois Rabelais en Francia (1494-1553) trató todos los aspectos de la sociedad de su país, de los campesinos a los académicos, de los comerciantes y abogados a los cortesanos, en un “compendio del humanismo” titulado “Gargantúa y Pantagruel” por el que la Iglesia lo condenó, las autoridades civiles ordenaron la persecución y quema de sus libros y la Sorbona le fue abiertamente hostil (especialmente, pág. 73).

⁶⁷ Obra citada, páginas 88, 89 y siguientes.

⁶⁸ Especialmente, en la obra citada, página 93 y el desarrollo bajo el título “Bien público y razón de Estado”. Los teóricos de la “razón de Estado” – dice Rangeon en página 94 – llevan el argumento a sus consecuencias mas extremas: en 1641, mediante el edicto de Saint-Germain en Laye, Luis XIII recuerda a los parlamentarios que solo el rey es juez del “bien de los pueblos”, y un siglo mas tarde, mediante el edicto de Versalles de 1779, Luis XV invoca las “razones de Estado” que lo relevan de informar a los parlamentos los motivos que determinan su política. Bajo la pluma de los monarcas, desde Luis XIII a Luis XV, el argumento es constante: el rey es el único depositario del bien público.

es decir, de una manera racional. Esta racionalización del bien público es obra de dos grandes filósofos políticos del siglo XVII: Hobbes y Locke. Para Hobbes, el Estado es una construcción voluntaria y artificial del hombre, e imprime una ruptura con el pensamiento clásico que entraña, entre sus consecuencias, la idea de que el bien público y los intereses particulares son de naturaleza distinta: si el interés particular es natural, en el sentido de que él deriva de la naturaleza humana, el bien público presenta, por el contrario un carácter racional y artificial; solo por un artificio (el contrato), pueden los hombres constituir un poder común en busca de un beneficio común y, por tal razón, un poder absoluto no es un poder arbitrario. La originalidad de Locke en su aproximación al bien público consiste en insistir, como no lo hizo Hobbes, sobre la idea de que él constituye el límite del poder soberano. La idea de que el bien público es a la vez legitimación y límite del poder político, dice Rangeon⁶⁹, constituye uno de los grandes temas permanentes que atraviesa la historia de las ideas en general y del liberalismo en particular. Los autores del siglo XVIII se apartan de la idea, mantenida desde San Agustín, de que la historia de los hombres es aquella de un progreso hacia una armonización creciente de sus intereses, hacia la concordia y la paz universal. En este marco de retroceso en la creencia de la armonía de intereses, aparece por oposición la obra de Rousseau, quien se propone brindar una respuesta diferente considerando que las teorías elaboradas acerca de la relación entre el interés general y los intereses particulares hasta ese momento, no constituyen la respuesta que espera el siglo XVIII⁷⁰. Puesto que el hombre ha devenido el centro del mundo, Rousseau construye una concepción individualista del bien común; y puesto que la armonía de intereses no es natural, él elabora una noción instrumental del interés común. En tanto que ni el azar ni la naturaleza conducen a los hombres a entenderse, es necesario inventar un nuevo orden social. Por un lado, Rousseau considera que el interés común no es otro que aquello que tienen en común los intereses particulares: él es *inmanente* a los intereses particulares; y por otra parte, el interés común es de diferente naturaleza de la de los intereses particulares que él trasciende: es el objeto propio de la *voluntad general*. La voluntad general no es la simple adición de las voluntades particulares; ella trasciende los intereses particulares. La sustitución de la voluntad general al interés público es significativa y constituye el concepto central del contrato social que permite a Rousseau realizar su sueño de *unidad*⁷¹: la voluntad general simboliza y realiza la unión de los intereses particulares en el interés común. Rousseau es partidario de una sociedad unánime, cuya unanimidad resulta del carácter absoluto de la voluntad general que la instituye⁷² y, a la vez,

⁶⁹ Siempre en la misma obra, página 100.

⁷⁰ Obra citada, páginas 108, 109 y siguientes.

⁷¹ Obra citada, páginas 115,116,117.

⁷² Obra citada, página 125.

su obra puede interpretarse como una tentativa desesperada de otorgar al individuo, su individualidad. Más individualista que Hobbes – dice Rangeon en página 128 –, Rousseau es también más autoritario en la medida en que la determinación individual preconcebida llama, ella misma, a la constitución de un poder central fuerte capaz de reducir a la nada los intereses colectivos que emanan de los cuerpos intermedios: el gran peligro en un Estado – dice – es que los individuos se agrupen para, asociando su “incivismo”, contestar la autoridad del poder central. A través de esta bipolaridad, resurge en Rousseau la ambivalencia de un interés común trascendente e inmanente a los intereses particulares. El dilema expuesto por Rousseau es todavía aquél que divide las concepciones contemporáneas del interés general: o bien es propuesto como un principio infalible, incontestable, o bien el interés general no es más que un principio contingente, variable, contestable⁷³.

De todos modos, la doctrina de la *voluntad general*, en lo que significa por su concepción inmanente a los intereses particulares, no es tenida en cuenta por los revolucionarios quienes, simultáneamente – y de manera primordial a través del abate Sieyès – elaboran el concepto de *voluntad nacional*. El concepto de Nación ocupa un lugar central en el pensamiento revolucionario de fines del siglo XVIII, concebida como un ser moral superior a los individuos que la componen. Mientras la *voluntad general* es del pueblo y se manifiesta en un proceso dinámico del que todos participan, expresando el carácter *inmanente* del interés común, la *voluntad nacional* expresa su carácter *trascendente* en tanto pertenece al *cuerpo del pueblo concebido como una realidad diferente de los individuos que lo componen*⁷⁴. La voluntad nacional existe por ella misma, no es necesario probar su existencia y no existe más que a través de sus representantes. Los revolucionarios de 1789 no se plantean la delicada cuestión expuesta por Rousseau de las relaciones entre la unanimidad y la mayoría. Para Sieyès – principal redactor de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791⁷⁵ –, el interés de la minoría (es decir, del clero y de la nobleza) es menos

⁷³ Obra citada, página 129.

⁷⁴ Obra citada, páginas 132 y siguientes.

⁷⁵ Explica Rangeon, en página 139, que, fiel a un esquema liberal, la ley del 14 y 17 de junio de 1791 (llamada “ley Chapelier”), suprime todos los cuerpos intermedios y tilda de ilegales todas las corporaciones obreras o corporativas, sin que nadie en la Asamblea eleve su voz para defender a las corporaciones, símbolos de “l’Ancien régime”. *Puesto que no hay mas intereses intermediarios entre el individuo y el Estado, este último se apropia bajo el nombre de “interés general”, de todos los intereses colectivos. Nos enfrentamos aquí al corazón de lo que devendrá en los siglos XIX y XX, la ideología del interés general: la sociedad se desarrolla a partir de entonces, alrededor del Estado* (siempre la misma obra, página 140). “La primera revolución francesa – explica Marx – con su misión de romper todos los poderes particulares locales, territoriales, municipales y provinciales, para crear la unidad civil de la nación, tenía necesariamente que desarrollar lo que la monarquía absoluta había iniciado: la centralización; pero al mismo tiempo, amplió el volumen, las atribuciones

general que el de la mayoría, es decir el tercer estado, cuyos representantes son los verdaderos depositarios de la voluntad nacional por lo que pueden, sin error, hablar en nombre de la nación entera. A la aproximación instrumental del interés común en Rousseau, se sustituye una teoría representativa del interés general, identificada al interés de la Nación; una relación dialéctica se desarrolla entonces entre tres términos: interés general, Nación y Estado. En esta perspectiva *la idea de interés general llama a la de Estado que es el instrumento de realización del interés general*. Bajo la pluma de Sieyès, el interés general y el interés nacional resultan indisolubles; del análisis del interés común realizado por Rousseau, Sieyès no retiene mas que el carácter trascendente: *el pueblo no está mas habilitado a contribuir a la formación del interés general*. Esta construcción estatal es contradictoria y no encuentra una explicación definida en el marco de la declaración de los derechos del hombre de 1789 y 1793 y de las Constituciones de la época revolucionaria, puesto que si bien es cierto que el interés general permite delimitar el ejercicio del poder, es forzoso reconocer que tiene también por función justificar y legitimar ese mismo poder. El interés general permite, sin salir de su cuadro de legalidad, fundar en derecho la aplicación de la coacción estatal. El orden social nuevo exige acudir a un *aparato administrativo y político capaz de actuar efectivamente sobre lo social*. Los revolucionarios comprenden rápidamente todo el provecho que ellos pueden obtener del *aparato administrativo centralizado montado por l'Ancien Régime*⁷⁶.

Sobre tales bases, es Hegel, en 1821, en sus "Principios de la filosofía del derecho", quien muestra que el Estado es la instancia suprema de actualización del interés general y aborda la construcción de un modelo estatal rematando la obra de la Revolución francesa. Hegel recusa la solución individualista de Rousseau: la unidad, dice, no puede resultar de la multiplicidad de elementos

y el número de servidores del poder del gobierno. Napoleón perfeccionó esta máquina del Estado" y, en adelante, "los partidos que luchaban alternativamente por la dominación, consideraban la toma de posesión de este inmenso edificio del Estado, como el botón principal del vencedor" ("El 18 Brumario...", cap.VII, página 114 de la edición citada).

⁷⁶ Obra citada, páginas 143 y siguientes. Dice Rangeon que, en un principio, entre 1789 y 1794, la palabra Estado tenía un significado peyorativo, ligada a la de Reino y a las doctrinas monárquicas de l'Ancien Régime. Progresivamente, a partir de 1792-1793, la palabra "Estado" reaparece en el discurso de los revolucionarios: entonces la República que significa igualdad y el respeto de los derechos, llama al Estado que significa fuerza, totalidad, unidad, simbolizando el centro donde todo es reunido (en páginas 145 a 147, donde explica además cómo Robespierre y Saint-Just toman de Rousseau únicamente la idea de unanimidad, considerando que el interés general, para ser fuerte, eficaz, incontestable, tiene que ser unánime). Marx califica al Poder Ejecutivo, con su inmensa organización burocrática y militar, como un *"espantoso organismo parasitario que se ciñe como una red al cuerpo de la sociedad francesa y le taponan los poros"*. Ese organismo – dice – surgió en la época de la monarquía absoluta, de la decadencia del régimen feudal que dicho organismo contribuyó a acelerar. Y desde entonces "todas las revoluciones perfeccionan esta máquina en vez de destruirla" ("El 18 Brumario...", capítulo VII, página 114 de la edición citada)

aislados; y para asegurar la supremacía del interés general – que en su concepción dialéctica es por una parte el resultado de la conciliación de los intereses particulares, y por otra el interés propio del Estado⁷⁷ – considera necesario un *cuerpo de funcionarios emplazados al servicio del Estado*, exponiendo así una concepción valorizante de la *burocracia*⁷⁸. Hegel se representa la función pública como un cuerpo, pero un cuerpo sometido al Estado: mas allá de los funcionarios, dice⁷⁹, está el Príncipe que es el verdadero depositario del interés general y el poder supremo del Príncipe constituye una muralla contra la tentación del poder burocrático. Hegel ve en Napoleón el continuador de la Revolución francesa. El Estado napoleónico, racional, centralizado, dotado de un cuerpo de funcionarios competentes y devotos del bien público, constituyen, en cierta manera – dice Rangeon⁸⁰ – el sueño de Hegel quien ha admirado siempre las ideas de la razón y de la libertad proclamadas por la Revolución francesa pero sabiendo que una pieza faltaba al edificio revolucionario: el Estado. Su obra aporta la justificación teórica de la que el Estado moderno tiene necesidad, un Estado en el que la fuerza reposa en su razón. Si se resume ahora el camino recorrido desde la aparición de la idea nacional hasta la construcción hegeliana de la doctrina del Estado, puede apreciarse que se dispone de una concepción netamente definida y sólidamente estructurada del interés general. Solo en el Estado y por el Estado el interés general prende consistencia: solo el interés general estatal es real, solo él es verdaderamente racional. El Estado es, pues, el instrumento racional de realización efectiva del interés general de la sociedad; es una estructura política administrativa cuya función es la de empalmar, la de unificar la sociedad. El interés general hegeliano, concluye Rangeon, constituye el prototipo de la concepción moderna del interés general, aclarando en un análisis crítico, que la construcción teórica de Hegel puede seducir por su espíritu pero el problema es que el Estado que él describe no se corresponde con los Estados existentes⁸¹.

⁷⁷ Obra citada, página 150.

⁷⁸ Siempre según Rangeon, obra citada, página 153, quien explica que, oportunamente, Marx reprochará a Hegel haber idealizado la imagen de la función pública porque alrededor de ella proliferan los intereses de la clase dominante.

⁷⁹ Siempre según Rangeon, página 153, quien destaca que un siglo mas tarde Max Weber se inspirará en Hegel en el análisis sobre la burocracia, en su obra “Economía y sociedad” publicada en 1921.

⁸⁰ Obra citada, página 154.

⁸¹ En página 155 de su obra, donde además explica que la concepción hegeliana del Estado y del interés general constituye una respuesta a la doctrina liberal que ha comenzado a construirse en el siglo XVIII y que se precisará en el curso del siglo XIX. El término “liberalismo” – explica – viene del nombre adoptado en 1810 por un partido político español que quería introducir en España el parlamentarismo de tipo inglés. En el siglo XIX, la palabra ya había tomado un sentido político, designando las doctrinas fundadas sobre la primacía del individuo en la sociedad y privilegiando la defensa de las libertades individuales contra los atentados del poder estatal. La función del Estado, según los liberales, debe reducirse a la policía, la justicia, la defensa nacional y los asuntos extranjeros. Alexis de Toqueville se inscribe en 1835 (año de publicación de “De la democracia en América”) en

Luego de referirse extensamente al desarrollo de la doctrina liberal en Francia – sustentada principalmente en la idea de que la relación entre el interés general y los intereses particulares no es una relación de oposición, sino de complementación, de asistencia mutua, de sostén recíproco⁸² – Rangeon afirma que en 1840, cuando Marx y Engels irrumpen en el estudio del rol social de las ideologías, la ideología liberal del interés general estaba todavía en estado de adolescencia, apuntando a que no había reglado aún sus conflictos internos; pero advierte que las críticas marxistas contribuyeron a su renovación o recomposición, al sucederles una serie de aportes que, con el nombre de “neo-liberalismo”, readaptaron la concepción del interés general en función de la evolución de las prácticas sociales y políticas. Marx destaca a partir de 1843, tres concepciones que le parecen, en esa época, dominantes. La primera, es la concepción hegeliana del interés general; la segunda, es la concepción del interés general tal como aparece en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y 1793; la tercera, es la concepción económica del interés general, tal como la han expuesto Smith y Ricardo. Las críticas de Marx – dice Rangeon⁸³ – no apuntan a una sola concepción del interés general, sino a varias. El es el primero en asociar bajo la misma etiqueta *liberal-burguesa* estas diferentes concepciones. Confronta así la concepción hegeliana de la burocracia con la burocracia real, tal como existe en Alemania en 1843, pensando que la visión hegeliana de la burocracia es la prueba evidente del error de la reconciliación de intereses que Hegel propone. Alrededor de la burocracia ideal descrita por Hegel se oculta la burocracia real que, pretendiendo defender el interés general no defiende más que su propio interés; la burocracia es un Estado en el Estado, es el Estado que se hace realmente “sociedad civil burguesa”. Al defender su interés corporativo, la burocracia defiende también los intereses de las clases del poder que se han apropiado del Estado. El interés general del Estado no es más, en realidad, que el interés particular de la burocracia y de las clases que ella representa. En tanto la burocracia tiene en su posesión la esencia del Estado, es decir el interés general, ella hace del Estado su propiedad privada, o dicho de otra manera, ella

la perspectiva de un autor anterior que, al interés general centralizado impuesto autoritariamente por el centro hacia la periferia, debe oponerse una concepción descentralizada, dialoguista, transaccional, arbitral del interés general; y entonces dice que si el heroísmo fue la virtud aristocrática de l'ancien Régime, *el interés bien entendido* deviene, en el siglo XIX, la virtud burguesa de la democracia: contra la moral aristocrática del sacrificio, la sociedad moderna desarrolla una moral del *reencuentro de los intereses particulares con el interés general* (Rangeon desarrolla en profundidad el tema en páginas 170 a 180).

⁸² Dos principios de base son propuestos por el liberalismo en el siglo XIX, dice Rangeon: el individuo y la libertad son los valores supremos; el Estado y la administración no deben superponerse o sustituirse a la sociedad; el respeto del libre juego del mercado es la mejor garantía del mantenimiento del equilibrio social natural (páginas 179-180).

⁸³ Obra citada, página 180.

crea poseer privativamente el interés general, y lo posee efectivamente. Rangeon dice que no es la idea del interés general lo que Marx denuncia en tanto que tal, sino la *desviación burocrática del poder*⁸⁴; su crítica no apunta a la idea misma de interés general sino a la *desviación liberal burguesa de esta idea*⁸⁵. De tal modo, para Marx, el pretendido interés general del Estado no es otro que el interés particular de la burguesía. En un lenguaje a la vez hegeliano y humanista, Marx discierne en 1843, en el proletariado, la clase que porta en ella la posibilidad de realizar efectivamente la reconciliación universal del hombre con él mismo, creando así un hombre total, un ser genérico: para que el hombre se emancipe verdaderamente, para que él reencuentre su identidad, es necesario que el individuo concreto retome la posesión del ciudadano abstracto. El interés general supone para Marx la supresión de la división de la sociedad civil en clases: el Estado burgués, en tanto que realidad exterior a los individuos es el de la imposible reconciliación de intereses y el interés general concebido en su seno no es más que la máscara política que adoptan los intereses individuales de la burguesía. De tal modo, la concepción liberal del interés general es ilusoria porque ella reduce ese interés al interés del Estado, él mismo reducido al interés de clase de la burguesía; entonces, la concepción liberal del interés general es puramente ideológica y no tiende más que a legitimar la dominación de clase. Ese Estado, agrega, no es para los individuos más que una fuerza exterior; y es justamente esta contradicción entre el interés particular y el interés colectivo que conduce al interés colectivo (general) a tomar, en calidad de Estado, una forma independiente, separada de los intereses reales de los individuos y de las clases.

La crítica marxista, por su impacto, provoca un movimiento de desacralización del interés general. Sus discípulos comprenden que el interés general no puede ser aquél de todos si es solamente el interés de un Estado exterior a los individuos. Los nuevos liberales admiten, siguiendo a Marx, la división social, pero ellos rechazan – como León Duguit – la “abominable y salvaje” doctrina de la lucha de clases. Una era nueva se abre entonces al interés general – dice Rangeon⁸⁶ –, una era que será la de una nueva concepción, o mejor dicho, la de un conjunto de concepciones nuevas que van a acompañar y a justificar el desarrollo del Estado Providencia. El desarrollo del movimiento sindical y la toma de conciencia de la miseria a que esta clase social está reducida, marcan el último cuarto del siglo XIX. El retroceso del individualismo se combina con un retroceso de las doctrinas clásicas del Estado Gendarme no intervencionista. En tanto que los individuos no alcanzan por sí mismos a hacer la felicidad de la

⁸⁴ Misma obra, página 185. La burocracia, dice Marx, corporación del Estado, transforma al Estado en corporación: *el interés general no es más que un mito inventado para legitimar la burocratización del Estado.*

⁸⁵ Según Rangeon, en página 189.

⁸⁶ Obra citada, página 189.

mayoría, es necesario que el Estado tome a su cargo este objetivo. La idea de bienestar, es que el buen Estado debe asegurar el bienestar de todos: se supone que el Estado, *de una esencia diferente a la de la sociedad*⁸⁷, la dominará con toda su fuerza y su autoridad, pero no como una autoridad abstracta y opresiva sino como un buen padre de familia. Los doctrinarios del “bienestar” aportan, en el primer tercio del siglo XX, los fundamentos teóricos legitimantes del intervencionismo estatal. Bajo el plan jurídico y político, el Estado Providencia encuentra su legitimación en una *concepción arbitral del interés general: él debe intervenir en la esfera de los intereses privados para contribuir a su armonización; debe contribuir a la reducción de las desigualdades sociales, escuchar atentamente las reivindicaciones de individuos y grupos y actuar, en fin, en beneficio de todos*. En el plano social, el interés general es entonces asociado a la idea de “solidaridad” y devenido, a principios del siglo XX una idea cuasi-universal. El Estado Providencia introduce la lógica del interés general en el seno mismo de los intereses privados e, inversamente, los intereses privados solicitan la ayuda estatal reivindicando su especificidad.

Las críticas tanto marxistas como neoliberales de la concepción liberal del interés general, dice Rangeon, no han logrado reducirla. Las críticas han revelado, por el contrario, que las representaciones del interés general presentan una muy fuerte capacidad de adaptación y de integración a múltiples discursos. Decididamente actual, la ideología del interés general se recompone sin cesar, sin llegar jamás a romper totalmente con sus ancestros⁸⁸.

En la segunda parte de su obra, Rangeon concluye en el *carácter transcultural de la ideología del interés general*. La extensión mundial de la forma estatal engendra una “mundialización” de la ideología del interés general. Si la constitución de la ideología del interés general fue, en Francia, asociada a la del modelo estatal, es necesario remarcar que la mundialización del Estado ha provocado una difusión de ciertas representaciones entre las que figura la del interés general. Bajo nombres diversos, en el seno de doctrinas múltiples y a veces contradictorias, el discurso del interés general está hoy presente en la mayor parte de los Estados. Devenida general, la forma estatal ha conquistado al mundo⁸⁹.

⁸⁷ Idem, página 190.

⁸⁸ Obra citada, página 193. Rangeon aclara que tales circunstancias se aplican a la ideología del interés general propias de la tradición cultural europea de inspiración grecolatina y cristiana, pero sin desconocer que la noción de interés general no es específica de esta cultura sino que se encuentran también en Africa, en la India, etc.

⁸⁹ En páginas 223 y siguientes, Rangeon explica como la ideología se introduce en otras instituciones como la empresa privada o los partidos políticos, concebido siempre como *trascendiendo* los intereses particulares de los miembros de la organización, con existencia propia en sí y por sí. Cuando un partido político se organiza, se solidifica, tiende a proponer el dogma de la unidad interna a fin de dar una imagen coherente de sí mismo, y cuando el partido está en el poder, los dirigentes tienen tendencia a identificar el interés del partido con el interés general del Estado. Es el

Finalmente concluye el autor, que los múltiples discursos sobre el interés general pueden ser reagrupados alrededor de tres ideas principales: el interés general expresa, por una parte, la promoción de un interés colectivo propio del grupo considerado; traduce, por otra parte, la existencia de una comunidad de intereses entre los miembros del grupo; y legitima, por último, el ejercicio de un poder por los representantes institucionales de la colectividad. La ideología del interés general asegura, de tal modo, la identidad específica del grupo social otorgándole un interés propio que supera los de sus miembros, y legitima el ejercicio del poder en el seno del grupo, protegiendo a los dirigentes de la contestación. Despersonalizando el poder, el interés general lo dota de una virtud mística que lo torna incontestable. Quien contesta la existencia misma del interés general ataca a la institución en tanto que tal; adopta un punto de vista exterior al cuadro de referencias comunes a todos los miembros de la institución. Siendo el interés de la colectividad, el interés general no puede denunciarse más que a título de un interés particular⁹⁰.

4. *La crisis del sistema administrativo autoritario en argentina. El proceso judicial en la materia como garantía de vigencia del ordenamiento jurídico*

Las reflexiones de los autores que se sistematizan en el punto anterior, imponen una profunda revisión de las instituciones del derecho administrativo elaboradas, tal como nos vienen dadas, sobre la base de la ideología estatal del interés general como eje del régimen administrativo francés de esencia autoritaria. El origen imperial de este sistema, a principios del siglo XIX, lo definió esencialmente como vinculado a la dominación estatal y esta definición se consolida y mantiene en el curso de los siglos XIX y XX, íntimamente ligada a una ideología del interés general cuya estatización fue unida a su desarrollo. La prescindencia de la sociedad civil como titular del bienestar general es el resultado del rechazo sistemático al carácter inmanente de sus intereses en la conformación del interés general; y por consecuencia, solo el aparato estatal exterior a ella, está legitimado para evaluar la conveniencia o inconveniencia de una determinada decisión en su beneficio.

La perpetuación del régimen administrativo contribuye pues a aquella, cada vez mas abstracta, del mito tan francés del interés general dice COHEN-TANUGI en expresión ya citada por nosotros, refiriendo de manera impecable

mismo esquema que preside la ideología estatal del interés general: el Estado afirma su existencia propia dotada de un interés específico, distinto del externo de otras instituciones y del interno de sus miembros.

⁹⁰ Recodemos aquí la explicación de Nieto acerca del tránsito del autoritarismo y el liberalismo por un mismo esquema de conceptualización del derecho administrativo.

cómo el derecho administrativo en su función instrumental de menor jerarquía, brinda las herramientas necesarias para asegurar, desde su lugar, el fundamento de la dominación estatal. Nuestra propuesta se refiere a la necesidad de replantear la concepción de un sistema administrativo autoritario que nos viene impuesto y se acepta sin revisión, en tanto instrumento idóneo para la doctrina de la dominación que permaneció inamovible durante los siglos XIX y XX, desoyendo las corrientes subterráneas que se movilizan en el seno de la sociedad y afloran de tanto en tanto para mostrar que la ideología estatal del interés general las excluye ignominiosamente. Motivados fundamentalmente en que tal sistema, en nuestro país, ha fracasado; y en la convicción consecuente de que sólo un sistema de gestión del derecho con activa participación social permitirá restablecer el consenso para la efectiva vigencia de las normas. El acto administrativo de autoridad – aún con todos los elementos de la legalidad que se esgrimen para legitimarlo en su eficacia –, con su contenido de realización del interés general inmerso en la potestad decisoria del órgano que lo dicta, no puede ser considerado más la única forma posible de ejercicio de la función administrativa. En cuanto no es otra cosa que *gestora del derecho*, la función administrativa debe resignar su carácter autoritario para facilitar otras formas de gestión que aseguren el acatamiento social del derecho. De lo contrario, la actividad administrativa estará cada vez más lejos de ser una actividad jurídica. Por consecuencia, habrá de intensificarse también la juridicidad de su ejercicio concibiéndola sin posibilidad alguna de representación exclusiva del interés general que hasta la fecha asegura su dominación sobre la sociedad civil. Al limitar la función administrativa a la gestión del derecho, sumando en el procedimiento de gestión a la sociedad civil para la evaluación auténtica del mejor compromiso de intereses contrapuestos en una situación determinada, se otorga a ella su verdadera esencia de *función jurídica, con desarrollo en el marco integral del ordenamiento jurídico, mediante una actividad jurídica continua, sin escisión alguna en “declaraciones de voluntad” aisladas con alcance decisorio en el marco del interés general que contienen como expresión de poder*. No sabemos cómo continuará la ideología del interés general en su justificación del poder político, pero en lo que al derecho administrativo se refiere, nuestra propuesta es su total erradicación en la legitimación de decisiones administrativas autoritarias y su sustitución por el ejercicio de una función administrativa de gestión jurídica, que solo concrete el interés general contenido en la ley (mientras ésta continúe siendo la expresión de una representación dominante). En este esquema, no podemos perder de vista que, por sobre la ley como sistema de representación de la defensa nacional, se alzan hoy como legislación positiva universal los tratados internacionales que ponderan a la dignidad humana en su dimensión de interés superior a todos los intereses generales, rescatando las ideas de aquellos pensadores clásicos que postulaban al hombre con alcance universal por sobre cualquier interés de la comunidad organizada. Los estudiosos del derecho administrativo, en general,

parecen ignorar esta nueva conformación universal de nuestro ordenamiento jurídico y permanecen aferrados al acto administrativo de autoridad como institución básica de la disciplina, pergeñado históricamente en el marco de la dominación y de la ideología estatal del interés general identificado con la defensa nacional y el principio de supremacía del Estado. Por supuesto que ha sido Agustín Gordillo quien nos alertara acerca de esta nueva configuración de la normativa jurídica, que enaltece a la función administrativa en su cometido integral de gestora del derecho universal. Aunque ella no lo advierta y aunque sus funcionarios permanezcan, alentados por la subsistencia de una disciplina que los sigue considerando así, en el marco de una organización burocrática de origen napoleónico montada para asegurar la supremacía imperial.

Para el supuesto que se resuelva entrar en plenitud en los sistemas de autorregulación que el legislador proclama en nuestro país en los últimos tiempos, la revisión integral de las instituciones del derecho administrativo autoritario se hace imprescindible. Frente a esta realidad institucional de nuestro país, es muy posible que la sustitución de una administración autoritaria por procedimientos de consenso y compromiso justo de intereses reales en juego en la sociedad, opere también un cambio en el marco de la representación política que no acierta hoy a expresar en debates idóneos el verdadero sentir del pueblo, de sus intereses divergentes y de la mejor manera posible de conciliar las divergencias, atendiendo principalmente a la dignidad del hombre, de todos los hombres.

La experiencia en Argentina indica que los instrumentos propios de una actividad administrativa de policía, ya sea preventiva o represiva, han fracasado en su objetivo de lograr en la realidad el cumplimiento efectivo de la ley. Nuestro país se caracteriza hoy, precisamente, por la presencia de un enorme cúmulo de normas reguladoras múltiples y superpuestas que no se cumplen. Y ante el incumplimiento, solo se atina a sancionar. En materia de medio ambiente, por ejemplo, y a pesar de la existencia de leyes nacionales que abarcan cuestiones significativas determinando expresamente las conductas debidas⁹¹, las empresas industriales o generadoras de peligro ambiental en general, optan habitualmente por soportar las multas pecuniarias impuestas por infracción a esas conductas, cuyo pago a la autoridad administrativa competente las exime del cumplimiento de la ley. Lo mismo sucede en la Provincia de Buenos Aires, entre otras materias, en el ámbito de regulación de las prestaciones atinentes a la salud de la población en clínicas y sanatorios privados: se dictan infinidad de normas que no se cumplen

⁹¹ Ley 25.612, B.O. 29-7-02 (Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios); Ley 25.670, B.O. 19-11-02 (Presupuestos mínimos del protección ambiental en todo el territorio de la Nación); Ley 25.675, B.O. 28-11-02 (Ley general del ambiente o política ambiental nacional); Ley 25.688, B.O.3-1-03 (Aguas. Presupuestos mínimos ambientales para la preservación de aguas. Su aprovechamiento y uso); e incluso las mas antigua ley 24.051 "Presupuestos mínimos sobre residuos patológicos" derogada por art. 60 de la ley 25.612.

y la crisis actual del sistema de salud obliga a la Administración a limitar su actividad policial a la técnica preventiva, labrando actas de verificación e intimaciones que jamás conducen al resultado deseado de adecuar la conducta de los prestadores privados del servicio de salud a los preceptos legales y reglamentarios.

Es éste en general un aspecto saliente de la disociación entre poder público y sociedad que conmovió, hace cuatro años, las bases mismas del sistema representativo en Argentina poniendo en duda la idoneidad y la moral de los legisladores y funcionarios administrativos para imponer a la población el cumplimiento de las normas que sancionan desde el Estado. La sociedad no admitió en Argentina que la "emergencia económica y financiera" decretada desde el poder pudiera regir solo porque éste lo impusiera, sobre todo, sin asumir las verdaderas causas de esa emergencia imputable exclusivamente a las irregularidades en el ejercicio mismo del poder. Se sucedieron entonces los "cacerolazos" seguidos de la expresión a viva voz "que se vayan todos". Y la presencia masiva de todas las clases sociales en las calles graficó en los hechos el fenómeno socio político planteado por los investigadores.

Es éste un fenómeno que, aunque acentuado notablemente en un país como el nuestro, preocupa también a los investigadores de otros países llamados "desarrollados". PETER SINGER escribió su tesis en la Universidad de Oxford en 1971, preocupado por la *"preservación de un procedimiento de toma de decisiones que represente un compromiso justo" como sustento para justificar la obediencia de la ley en un sistema democrático*⁹². Y en fecha mas reciente, el ya citado LAURENT COHEN-TANUGI afirma que *la principal carencia del sistema francés parece ser la de no saber administrar el derecho, que impone por doquier, como si el Estado no supiera más que legislar y reglamentar, sin poder asegurar el acatamiento de su producción*.

La preocupación principal del Derecho Administrativo en la actualidad debiera ser pues, *la efectiva gestión del derecho*, en el marco socio político mas amplio de su propia creación y la razón para la obediencia. Y en la gestión del derecho es donde fracasan hoy los mecanismos tradicionales del Derecho Administrativo vinculados siempre a las prerrogativas del poder público como único modo conocido de gestión. Todo viene impuesto desde el poder ignorando los movimientos de personas y pueblos que bregan por obtener un mayor control sobre sus propias vidas.

Los especialistas de Derecho Administrativo en Argentina, por cierto que con importantes excepciones, han permanecido en su mayoría paralizados ante tremenda realidad nacional; y aunque sus intentos para poner soluciones al problema son, naturalmente, serios, no se apartan del sistema tradicional del Derecho Administrativo autoritario cuyos institutos, a nuestro entender, no son

⁹² "Democracia y Desobediencia", Barcelona, 1985, páginas 44 y 45.

eficaces para superar el fracaso en la gestión del derecho y cambiar el esquema de incumplimiento cotidiano de la ley. Un incendio en la Ciudad de Buenos Aires que dejó cerca de 200 muertos, puso en evidencia en fecha reciente la absoluta ineficacia de todo el sistema de habilitaciones y controles en el Gobierno de la Ciudad. El Jefe de Gobierno – hoy destituido en juicio político por tal causa – soportó imputaciones de toda índole de los sectores políticos opuestos, y solo la madre de una de las víctimas – hoy también fallecida – expuso con sencillez en el recinto de la Legislatura porteña que no se trataba de imputar con exclusividad al actual Jefe de Gobierno porque lo mismo le hubiera sucedido a cualquier otro Jefe de cualquier otro sector de la oposición.

Lo que está perimido es el sistema administrativo autoritario de regulación, habilitación y control. Ya no puede más manejarse todo desde el poder público a través de funcionarios administrativos que dictan actos de autoridad diciendo lo que resulta de interés general en el caso concreto. El ejercicio monopólico por el poder de la titularidad del interés público es hoy absolutamente inadmisibile. Lo que en el principio de la modernidad aún podía parecer aceptable, hoy causa estragos. Aquel esquema propuesto por FORSTHOFF en 1949 en el que se resolvían los problemas de la moderna realidad social determinada por la masificación, mediante las potestades conferidas a la “administración activa” del Estado como función primordial para el cumplimiento de sus fines, sucumbió frente al devenir de una función administrativa meramente autoritaria con su configuración final actual de una burocracia inerme desvinculada de la sociedad civil a la que se dirige, por causa de su inoperancia y de su corrupción. El sueño de los orígenes del Derecho Administrativo fundado en la existencia de una autoridad fuerte con la facultad de “*disponer sobre destinos individuales y colectivos*” a efectos de “*mantener posibilidades de existencia para millones de seres, de repartir, controlar o ejercer por sí funciones sociales...de actuar como una fuerza conformadora, estabilizadora y conciliadora en medio de un mundo de máxima vulnerabilidad*”⁹³ se ha desleído⁹⁴. No solo porque los hombres a

⁹³ Siempre según Forsthoff.

⁹⁴ En realidad, la cuestión estuvo mal planteada desde un principio. Así resulta, por ejemplo, de la introducción de Manfredo Tafuri al Congreso organizado por el Instituto Universitario de Arquitectura de Venecia en 1977 (“Las máquinas imperfectas. Ciudad y territorio en el siglo XIX”), quien deja de lado la perspectiva tradicional que veía a la Revolución Industrial como único motor y gran “parte aguas” en el proceso de formación de la ciudad moderna, para mostrar cómo una arqueología de los dispositivos de control y de organización de la ciudad y del territorio desarrollados en el siglo XIX, pesa aún, todavía irresuelta, sobre la realidad contemporánea; analiza cómo en la Francia de la centralización estatal, con el sistema y la norma penetrada en las instituciones y la burocratización del trabajo intelectual, se produce la sobredeterminación de los dispositivos pensados para el conocimiento de la estructura urbana y territorial, en el seno de un aparato administrativo atento a cubrir y disimular, con la unidad de la regla, la discontinuidad de lo real; una organización con exceso de lógica que no se quiere contaminar con la contradictoria complejidad de lo real. Así

quienes la actividad benéfica desde el poder estaba dirigida han perdido el control sobre sus vidas, sino porque los altos índices de analfabetismo e indigencia de la población, producto en el caso de nuestro país de la mala administración y el desvío fraudulento de los recursos públicos, indican que aquella propuesta ha sido desnaturalizada desde el seno mismo del poder.

Y en materia de medio ambiente la inoperancia no tiene fronteras porque es la subsistencia misma de la humanidad la que está en juego con la preservación de la biósfera⁹⁵. En Argentina se ha dictado la ley de protección al medio ambiente. En su articulado – al igual que en otras legislaciones más recientes como la de defensa de la competencia o del usuario y el consumidor – el legislador introduce literalmente instituciones novedosas sin prestarles la debida atención en cuanto a su calidad de instrumentos idóneos para el cumplimiento efectivo de los preceptos declaratorios de la misma ley: se habla de “consenso”, “participación”, “autogestión”, “implementación de compromisos voluntarios y autorregulación” y “fomento de la participación social en los procesos de toma de decisión”, sin saber a ciencia cierta cómo instrumentarlos en la realidad. Tampoco el Poder Ejecutivo se destaca en la aplicación de esos nuevos institutos. Más bien los ignora. Y entonces, todo sigue igual o peor. Aunque el país haya suscripto el protocolo de Kyoto asumiendo las obligaciones que impone para la protección del medio ambiente a los Estados signatarios, tal compromiso solo será una mera declamación en la medida en que no se encuentren medios idóneos, ajenos al sistema administrativo autoritario, para que las empresas ejecuten las conductas necesarias a tal fin.

De hecho, la ley 25.675 de política ambiental nacional ya es buena en sus declaraciones y principios aunque pueda ser perfeccionada en el marco de las nuevas declaraciones internacionales. Pero lo que falta es la certeza de su cumplimiento y los especialistas en derecho administrativo debemos intensificar los estudios necesarios para salir del viejo esquema y definir el papel actual de la gestión administrativa en su mejor modo de lograr el efectivo cumplimiento cotidiano de la norma general, para lo que es primordial que la sociedad civil no se asuma como mero objeto de un poder absoluto sino como sujeto activo de la gestión administrativa para la vigencia social de la norma.

concluye, en el aspecto urbanístico que a él concierne, que donde se afirma una forma rígida, un proyecto intransigente y sin elasticidad, *forma y proyecto pesan sobre el futuro con su carácter de cosa completa, terminada en sí misma*; en cambio, donde la forma es meramente instrumental, donde la geometrización, la taxonomía, el orden jerárquico aplicado a la administración supone meras indicaciones, se abren camino estructuras administrativas flexibles y en mutación. También este autor acude a los Estados Unidos de Norteamérica para destacar, por contraste “las vicisitudes que se desarrollan de este lado del océano”: dos diversas concepciones del rol del Estado – dice – dos usos diversos de los mismos instrumentos geométrico- conceptuales.

⁹⁵ Acerca de cuyas posibilidades de sobrevivencia expone con elocuencia *Arnold Toynbee en “La gran aventura de la humanidad”* Emecé Editores S.A., Buenos Aires, 1985. Título original “Mankind and Mother Earth” Oxford University Press 1976.

Cuando postulamos adhiriendo a MARSHALL BERMAN, que el verdadero objetivo de la modernidad aún no cumplido, es que los hombres logren definitivamente y de manera pacífica el control sobre sus propias vidas, debemos destacar lo ofensiva que resulta para la sociedad argentina la actitud irrespetuosa de quienes, desde el poder y en un manejo arbitrario de personas sin recursos, las mandan a manifestar contra empresas o ante situaciones que ellos, en la intimidad de su absolutismo inconsulto, determinan como objetivos de violencia callejera para una supuesta satisfacción del bienestar general.

La Constitución de la nueva Ciudad Autónoma de Buenos Aires es rica en la existencia de institutos novedosos que destacan la presencia activa de la sociedad civil en la gestión del derecho. Y los nuevos tribunales en lo contencioso administrativo de esa Ciudad han desarrollado una jurisprudencia acorde con el desplazamiento del acto de autoridad como objeto exclusivo del proceso judicial en materia administrativa, para consolidar a diario el cumplimiento efectivo de la ley en todos los órdenes; principalmente, en el desarrollo de las funciones sociales del Estado y el aseguramiento cierto de los derechos esenciales de la población como la salud, la vivienda digna, la educación y el acceso a la información que garantiza la transparencia de la actividad pública. Todo en el marco de un proceso desconocido en el esquema histórico del “contencioso administrativo”, cuyos resultados jamás hubieran sido posibles en el ejercicio de una justicia administrativa inmersa en los cuadros del Poder Ejecutivo, por independiente que ella fuere de ese Poder. Un nuevo instrumento de seguridad jurídica que, aunque no lo resuelve todo, supera en el ámbito de la función judicial, caso por caso, la inoperancia de la función administrativa que no encuentra un curso de acción acorde con lo que la realidad le impone y la sociedad le exige.

La idea de que el derecho administrativo nacido de bases autoritarias ya no es idóneo, en esa concepción tradicional, para resolver la problemática actual de la relación del poder con la sociedad, es planteada con elocuencia, como ya vimos, por COHEN-TANUGY, quien afirma que no existen mecanismos eficaces de control de la adecuación de resultados del sector público al servicio efectivo del interés general; y que los costos financieros, sociales y políticos de un número creciente de políticas llevadas a cabo por la administración con base en el *credo del interés general*⁹⁶ comienzan a desestabilizar en Francia el *dogma de la infalibilidad tecnocrática*.

La cuestión está íntimamente vinculada a un nuevo enfoque que se propone del sistema de Justicia administrativa⁹⁷, pues hasta tanto se tornen operativas

⁹⁶ Capítulo IV, punto 4 “Lo público y lo privado”.

⁹⁷ Inés D’Argenio “La Justicia administrativa en Argentina” con prólogo de Agustín Gordillo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003; 2ª. Edición 2006, con la “Nueva Jurisprudencia” (en prensa).

las instituciones que brinden mayor participación a la sociedad civil en la creación y gestión del derecho, el proceso judicial en materia administrativa deberá constituirse en instrumento de seguridad jurídica de aquella adecuación de resultados del sector público al servicio efectivo del interés general. Al menos en Argentina, el modelo de justicia “revisora” limitado en sus alcances tanto en lo que se refiere al acceso a la Justicia como al contenido de las sentencias de condena, está agotado en sus posibilidades de brindar adecuada satisfacción a la sociedad civil acerca del desenvolvimiento de la gestión administrativa.

Originada en Francia en el seno mismo del poder al que controlaba solo para hacer mas aceptable su dominación discrecional, la justicia administrativa “revisora” no es idónea hoy para la preservación efectiva de derechos sociales impostergables, aún penetrada durante el curso del siglo XX de garantías para el particular derivadas de los principios de legalidad. Precisamente, porque en ese esquema, resultan excluidas sus posibilidades de juzgar respecto del ejercicio de un poder caracterizado por la exclusividad de sus prerrogativas, y en cuyo ámbito, al decir de ALEJANDRO NIETO, los individuos son meros objetos benéficos de la acción administrativa⁹⁸.

Pareciera que es tiempo, definitivamente, de superar esta doctrina que solo fue morigerada desde entonces hasta nuestros días, pero sin ser jamás abandonada en sus cimientos⁹⁹. En esencia, y a pesar de las limitaciones derivadas de los principios de la legalidad consagrados sobretodo a partir de la segunda mitad del siglo XX, la concepción sigue siendo la misma. Y por ello el proceso administrativo continúa, tal como el “contencioso administrativo”, estructurado sobre la base de una pretensión impugnatoria principal que determina el marco limitado del conocimiento del juez y el alcance restrictivo de la sentencia de condena. La elaboración de una teoría de la justicia administrativa “garantista” que no se aparta de esa esencia y sólo se circunscribe al desarrollo progresivo de mayores derechos para el particular pero sin abandonar su conformación básica de origen, solo ha permitido cuestionar la actuación de la organización mediante la invocación de situaciones individuales. De tal modo, el “control judicial” solo se produce una vez operada la declaración administrativa de lo que es derecho en el caso concreto, efectuada por cierto, en el marco del interés público cuya evaluación le es potestativa: es decir, el acto administrativo previo.

El proceso judicial en materia administrativa, entendido como un proceso

⁹⁸ En “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo” Revista de Administración Pública”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, enero-abril 1975, ya traído en esta Introducción.

⁹⁹ Alejandro Nieto explica magistralmente esta circunstancia al referirse de manera crítica a quienes sostienen que la especialidad del proceso administrativo es meramente técnica, advirtiendo que no se desprenden en absoluto de la concepción que los mantiene en el ámbito de una especialidad esencial (En “Los orígenes del contencioso administrativo en España”, Revista de Administración Pública, Madrid, n° 50).

judicial que no guarda diferencias esenciales con los restantes procesos judiciales en las restantes materias, ha adquirido en los últimos años una concepción radicalmente diferente en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, únicos dos ámbitos jurisdiccionales de la Argentina donde la reforma ha sido profunda y esencial. En la Provincia, porque la reforma constitucional de 1994 cambió las bases mismas del sistema al considerar propio de los jueces en la materia el conocimiento y decisión de todo “caso” originado en el ejercicio de función administrativo por actuación u omisión, con lo que la doctrina del acto administrativo de autoridad quedó desplazada naturalmente como base del proceso judicial. Solo bastan hoy la materia y el caso para provocar la intervención judicial por demanda directa. Así lo ha interpretado la propia Suprema Corte de Justicia provincial¹⁰⁰ elaborando por aplicación directa de la Constitución provincial, una doctrina que ha sellado la suerte adversa del Código procesal sancionado en 1997 en contravención a la cláusula constitucional, en tanto sus disposiciones siguen aún aferradas a las viejas teorías que la Constitución eliminó de base¹⁰¹. En lo formal, el acceso irrestricto a la Justicia en el marco de la tutela judicial continua y efectiva consagrada en el art. 15 de la Constitución provincial, está asegurado en la Provincia de Buenos Aires y se evidencia a diario en la actuación de los magistrados del fuero recientemente instalado. Falta aún un mayor desarrollo de la función de estos magistrados para formar una opinión acerca del contenido y alcance de las condenas en sentencias de fondo, que solo el transcurso del tiempo permitirá realizar. Pero desde ya podemos afirmar, que el acto administrativo de autoridad ha dejado de ser la base del sistema judicial en la materia. Los jueces “conocen y deciden” en el marco de la estructura judicial de la Constitución Nacional (art. 116) en una contienda judicial conformada en igualdad de partes. Ha sido así erradicada definitivamente la doctrina foránea de la “revisión” para dar paso a un proceso judicial pleno en su planteo, prueba y decisión, que jamás pudo haberse desarrollado en el marco de la jurisdicción contencioso administrativa.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por su parte y en virtud del funcionamiento efectivo de los tribunales del fuero desde hace varios años, puede concluirse hoy en la presencia integral de una doctrina judicial absolutamente novedosa que dista mucho de la tradicional elaborada en el seno del “contencioso administrativo” nacional y de las restantes provincias. Ello así, tanto en lo que respecta al acceso a la Justicia, como en el contenido y alcance

¹⁰⁰ En ejercicio provisorio de su jurisdicción originaria, por aplicación operativa del artículo 166 último párrafo de la Constitución provincial, principalmente en causa “Gaineddu, Juan Daniel” (resolución del 23 de abril de 2003).

¹⁰¹ Me refiero al Código Procesal Contencioso Administrativo aprobado por ley 12.008 publicada en el Boletín Oficial el 3 de noviembre de 1997 y sucesivamente modificada aún antes de entrar en vigencia de manera conjunta con la instalación del nuevo fuero, en diciembre de 2003.

de las condenas que se dictan contra el poder público, quien es sometido en la contienda al principio general de igualdad de las partes propio de toda contienda judicial y del que resulta, esencialmente, su carga de acreditar los hechos que invoca a su favor, incluidos los que prueban la presencia del interés público que pierde así toda posibilidad de ser introducido como defensa abstracta de autoridad, irrefragable en el proceso¹⁰².

En lo que se refiere al *acceso a la Justicia*, las sentencias de los tribunales de la Ciudad tienen el mérito de una interpretación judicial superadora de normas procesales positivas adversas a tal acceso¹⁰³, que se desplazan mediante la invocación de principios generales del derecho, consagrados hoy en las normas internacionales incorporadas al ordenamiento jurídico argentino. Así, se ha logrado proclamar el carácter voluntario de los recursos administrativos para acceder a la jurisdicción¹⁰⁴ y consolidar la demanda directa como principio¹⁰⁵, en una posición avalada en su inteligencia por el Tribunal Superior de la Ciudad que ha censurado como violatorias de las garantías de defensa en juicio y de acceso a la jurisdicción, las sentencias de instancias inferiores que negaron tal acceso por razones vinculadas a la previa interposición de recursos administrativos¹⁰⁶.

En relación al *contenido de la sentencia* corresponde destacar, en primer lugar, la jurisprudencia elaborada en torno a la satisfacción efectiva de derechos sociales consagrados en la Constitución, con especial referencia a salud, educación, medio ambiente y vivienda digna, así como del derecho a la información de los actos estatales vinculado a la exigencia de transparencia en la gestión pública. La sociedad argentina se encuentra hoy sumergida en el mas

¹⁰² La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en causa "Boscolo" del 16-8-2001. Un juez del fuero recientemente instalado en la Provincia de Buenos Aires, el Dr. Luis F. Arias, resuelve impecablemente esta cuestión siempre que la autoridad pública demandada opone como defensa a la procedencia de medidas cautelares la invocación potestativa de un interés público comprometido, evaluando en sentencia el real interés de la sociedad en el caso, con sustento en normas internacionales que imponen combatir la corrupción y asegurar la publicidad, equidad, eficiencia y transparencia de los procedimientos administrativos (Entre otras, en causa "Ecodyma Empresa Constructora S.A." del 11-6-2004, comentado en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo La Ley del 19 de noviembre de 2004, bajo el título "Un juez contra el eje autoritario del derecho administrativo").

¹⁰³ El Código Contencioso Administrativo y Tributario aprobado por ley 189 no se caracteriza por ser una legislación de avanzada en la materia.

¹⁰⁴ Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, causa "Ramsay S.A." del 14-11-2002, en la que se dijo: "La circunstancia de que exista un recurso hábil para impugnar un acto no lo transforma en un presupuesto procesal de admisión de la acción contencioso administrativa en el orden local".

¹⁰⁵ La misma Cámara, Sala I, en "Covimet S.A." del 11-4-2003: "El ordenamiento normativo vigente no establece como principio la necesidad de agotamiento de la vía administrativa cuando se ejerce una acción contencioso administrativa".

¹⁰⁶ En causa "Nación AFJP c/ Dirección General de Rentas" del 4-6-2003.

alto índice de pobreza de su historia reciente con la consecuencia inevitable de infinidad de derechos esenciales insatisfechos. Frente a esta realidad, el Poder Judicial no puede permanecer inmovilizado en el marco tradicional de la revisión restrictiva y la imposibilidad consecuente de juzgar de manera plena respecto de las “políticas discrecionales” de la Administración. Aunque no pueda solucionar integralmente el problema, puede sí en el marco de su función, establecer pautas de comportamiento para una Administración que se presenta de manera evidente como ineficaz para ese cometido. El proceso judicial en materia administrativa concebido como instrumento de seguridad jurídica, debe lograr el objetivo de brindar certeza en el cumplimiento de la ley, principalmente, por parte de la autoridad administrativa.

En este sentido, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – al igual que los jueces de primera instancia del mismo fuero – se ha opuesto sistemáticamente a la decisión administrativa del Jefe de Gobierno de interrumpir planes de emergencia habitacional pese a la subsistencia de las causas que los motivaron – decisión que se defiende invocando “potestades discrecionales” –, en la inteligencia de que está a cargo del Estado la realización de acciones tanto positivas como negativas para garantizar el mandato constitucional que declara el derecho a una vivienda digna, avalado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y demás tratados y declaraciones sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Sobre tales bases, considera específicamente que la discontinuidad de la asistencia en materia de acceso a la vivienda digna, atenta contra el principio de no regresividad previsto, entre otros tratados, en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁷.

Estas decisiones cobran mayor virtud si se las evalúa en relación con algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal éste que – manteniendo en pie la vetusta doctrina de los actos de gobierno – sigue siendo remiso a aceptar amparos en defensa del acceso a la educación o prestaciones médicas requeridas por un grupo familiar, aún admitiendo expresamente que el desamparo que se expone en la causa es “revelador de un dramático cuadro social”; y se niega a juzgar, sobre la base de que tal situación no puede ser resuelta por la Corte¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Entre muchos otros del mismo Tribunal, en ambas Salas, “Sandez, Claudia c. Ciudad de Buenos” Aires del 26-6-2002.

¹⁰⁸ Toda vez – dice – que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones *cuyo gobierno no le está encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general* (En causa “Ramos, Marta R. Y otros c/ Provincia de Buenos Aires” del 12-3-2002. En disidencia, votaron los ministros Fayt y Boggiano para quienes no puede compartirse una comprensión de la doctrina de la no justiciabilidad de los actos de gobierno que negara la posibilidad

La certeza en la aplicación de las disposiciones constitucionales referidas a la participación pública en la gestión administrativa, es preocupación principal de los mismos tribunales de la Ciudad que destacan a la Constitución local como “impregnada del principio de la participación” por la profusión con que ha instituido diversos mecanismos de participación ciudadana¹⁰⁹, poniendo especial atención en las cuestiones de instalación de comunas descentralizadoras del poder central¹¹⁰; así como en las atinentes a la efectiva implementación del presupuesto participativo¹¹¹. En el mismo orden aparecen las sentencias que se proponen “vencer la negativa gubernamental a informar sobre sus actos” brindando adecuada protección al derecho a la información consagrado en la Constitución porteña al condenar a la autoridad administrativa a arbitrar las medidas idóneas para poner a disposición de la ciudadanía toda la información y documentación atinente a la gestión administrativa¹¹². Y a esta seguridad jurídica en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones por las autoridades requeridas al efecto, se suma la certeza en el cumplimiento de las disposiciones jurídicas de protección al medio ambiente, por parte de las empresas que, de distinta manera, lo contaminan¹¹³.

de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión. En el marco de la misma doctrina el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consideró, por el contrario, que “el rechazo de la posibilidad de ejercer el control judicial de la actividad de la Legislatura mediante su caracterización como *político-institucional* configura una lesión a la garantía de la protección judicial establecida en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica y es contrario a lo dispuesto en el art. 12 inciso 6 de la Constitución de la Ciudad” (en “Spisso, Rodolfo” del 21-11-2001, publicado en La Ley 2002-D, 742, con nota de Guillermo Scheibler).

¹⁰⁹ Sala II CCA y T, en “Comercio de Maderas S.A.” del 8-11-01.

¹¹⁰ En causa “García Elorrio”, Sala I siempre de la misma Cámara, en que ordenó a la Comisión de Descentralización de la Legislatura que produjera despacho respecto a un proyecto de ley en tal sentido.

¹¹¹ En causa “Desplats, Gustavo”, Sala II, sentencia de fecha 6-4-2004, en La Ley 2004-C, 1058, con nota de Guillermo Scheibler.

¹¹² La misma Sala II, en causa “Barcala, Roberto” del 26-9-2002, publicada en La Ley 2003-F,294 con nota de Aurelio Ammirato, Guillermo Scheibler y Pablo Trípoli.

¹¹³ Por ejemplo, Sala I en causa “Barragán, José c/ Autopistas Urbanas S.A.” del 13-10-2003, en el que se acude al principio ambiental de progresividad en un caso de ruidos molestos, “basado en el derecho a gozar de un ambiente sano y la creciente importancia de los derechos a la vida y la salud” (en La Ley 2004-C, 1019 con nota de José Esain que se refiere a la “ejecución de la sentencia ambiental y la Justicia cumpliendo roles de la Administración omisiva”). Dice la Cámara en esta causa que un derecho postulado en la Constitución implica de por sí un contenido mínimo exigible en Justicia, por lo que la carencia de una reglamentación que lo especifique no puede devenir en obstáculo para su ejercicio (en el mismo sentido, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de Mar del Plata, consideró que la denegación de un derecho basada en la falta de reglamentación de la norma que lo consagra, importa para la Administración incurrir en una *omisión inconstitucional*; en causa “Delledone” del 13-5-2004). La orden judicial de la realización de estudios técnicos de impacto ambiental se reitera en muchas sentencias de los tribunales de la Ciudad.

Uno de los logros incuestionables del nuevo proceso judicial en materia administrativa, en su función de instrumento de seguridad jurídica, es *la prueba a cargo de la autoridad administrativa* de las cuestiones traídas por mera repetición de dogmas de autoridad. Por ejemplo, y siempre por excelencia en materia de asistencia habitacional, se registra una sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo y Tributario que se suma a la ya citada “Boscolo” de la Sala II, en la que se exigió la prueba del interés público invocado en abstracto como mera ostentación de autoridad. Dice la Sala I que la circunstancia de que los plazos previstos por el Gobierno para llevar a cabo diversos planes de asistencia habitacional se encuentren vencidos *no implica que resulte discrecional su supresión, sino que para que tal curso de acción resulte legítimo, la Administración debe acreditar que aquellos cumplieron los objetivos propuestos*¹¹⁴.

En la Provincia de Buenos Aires, un juez de primera instancia de la Ciudad de La Plata ha puesto también el acento en la acreditación del interés público invocado en abstracto por el Estado para oponerse a las medidas cautelares, ponderando en cada caso cuál es el interés concreto de la sociedad realmente comprometido en la contienda y específicamente previsto en la ley aplicable, que habitualmente no coincide con aquella afirmación dogmática de autoridad¹¹⁵. También la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires pero en integración ad hoc con abogados en ejercicio de la matrícula¹¹⁶ (conjuces), ha analizado en los hechos concretos la presencia de una “emergencia” reiteradamente invocada desde el poder como un esquema cotidiano para el incumplimiento de obligaciones, al decir que en tanto excepcional, la validez de la emergencia económica en el Estado de Derecho exige la *acreditación* de los hechos que la configuran¹¹⁷.

¹¹⁴ En “S., M.G. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” del 28-12-2001; y “Ortiz Cética y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, de la misma fecha.

¹¹⁵ Por ejemplo, en “Savoretti, Héctor L c/ ABSA Aguas Bonaerenses S.A.” del 12-4-04, del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Nº 1. Su decisión en causa “Ecodyma S.A.” fue objeto de un comentario nuestro que se tituló, precisamente, “Un juez contra el eje autoritario del derecho administrativo”. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata ha marcado un retroceso hacia la denominada zona de reserva de la Administración en materia de derechos sociales, al desestimar un amparo promovido por un padre de familia en indigencia, con el fundamento – común entre los tres camaristas, sin perjuicio de la cita individual de otros conceptos más arcaicos – de que el accionante no había hecho gestiones previas ante la autoridad administrativa (en causa “Reina c. Provincia de Buenos Aires y otro s/amparo” del 16-3-06).

¹¹⁶ Razón por la cual Agustín Gordillo ha escrito al respecto bajo el título “La sociedad civil vs. el poder político” en La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 11 de agosto de 2003.

¹¹⁷ Entre otras causas “Todisco, Delia” del 30-6-03 y “Barrionuevo, Héctor y otros” de la misma fecha, con el comentario de Gordillo ya citado.

Por último, y en cuanto al *cumplimiento de la sentencia de condena*, aspecto decisivo para que la garantía de seguridad que brinda el proceso administrativo se torne efectiva, el régimen instituido en Argentina para la consolidación de la deuda pública ha impedido de manera habitual, en los últimos veinte años, el pago a los acreedores del Estado en dinero efectivo. A las consecuencias absurdas a que ha conducido la emergencia en la dispensa del cumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado, se suma, en el ámbito del proceso judicial, la exagerada prolongación por sucesivas leyes del cumplimiento efectivo de la sentencia de condena, unida al pago en bonos de la deuda pública que, para mayor daño luego fueron desconocidos en su moneda de origen, configurando en conjunto un “aniquilamiento de la sustancia del derecho reconocido en sentencia firme”¹¹⁸.

Sin embargo, ha habido progresos en punto a las posibilidades de asegurar el cumplimiento de sentencias de condena que imponen obligaciones de hacer a las autoridades administrativas, tanto en las decisiones judiciales que aplican multas diarias ante el incumplimiento, de aplicación directa sobre los ingresos personales del funcionario responsable del cumplimiento de la sentencia, como en aquellas que han declarado inconstitucionales las disposiciones legales que prohíben a los jueces imponer a los funcionarios tales cargas personales pecuniarias¹¹⁹.

Las decisiones judiciales adoptadas en el ámbito de un proceso judicial en materia administrativa, en la convicción de que se trata de una función judicial de configuración idéntica a la cumplida en los restantes procesos judiciales en las restantes materias, nunca hubieran sido posibles en ejercicio de una jurisdicción contencioso administrativa, nacida con el estigma de ser solo un paliativo para hacer mas llevadera la dominación estatal y mantenida, por ello, hasta nuestros días, en el seno mismo de la “*puissance publique*”. Y si bien durante muchos

¹¹⁸ Así lo ha declarado la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala I, en fecha 27-5-04 (causa “A. de A., M.R. c. Gas del Estado”). Es conocida la jurisprudencia integral que censura el incumplimiento del pago de la deuda en moneda de origen, tanto por parte del Estado como de las entidades financieras, elaborada por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, tribunal cuyas sentencias constituyeron un paradigma en materia de seguridad jurídica para los habitantes desposeídos inconstitucionalmente de su derecho de propiedad en el marco de la “emergencia”. El destino definitivo de tales sentencias está hoy en tela de juicio ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se desdice de sus propios fallos tratando de limitar en favor del Estado los alcances económicos consecuentes.

¹¹⁹ Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en “Ramallo, Beatriz c. Ciudad de Buenos Aires y otros” del 5-7-04; Juzgado Nacional Federal Contencioso Administrativo N° 4 en “D’Ormea, Mario c/ PEN” del 25-4-03 en La Ley Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 30 de marzo de 2004, con nota de Agustín Gordillo que titula con elocuencia “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer”.

años el proceso judicial en materia administrativa en nuestro país no se desprendió de los caracteres del contencioso administrativo francés, permitiendo el engendro de una jurisdicción de excepción ajena al sistema judicial de jurisdicción única, hoy asume en plenitud la función que nuestro sistema institucional le confiere, al conocer y decidir plenamente en todos y cada uno de los casos que se plantean. Principalmente, en la Ciudad de Buenos Aires y en la primera instancia de la Provincia de Buenos Aires, con especial preocupación por la solución de conflictos en los que se involucran los derechos de los componentes de sectores sociales absolutamente marginados, hasta ahora, de toda posibilidad de acceso a la Justicia. Estos jueces no solo han rechazado de plano la comodidad del “diván imperial”, sino que han sacudido con la fuerza institucional propia de la función judicial que ejercen, todos los mitos y dogmas recostados en él en el curso de los siglos. Al menos en este ámbito, los sectores sociales excluidos hoy hasta de la clase proletaria a quien Marx confiaba el futuro de la modernidad, encuentran un canal para plantear por sí mismos, como sujetos activos, los reclamos mínimos que les permitirán comenzar a considerar serenamente sus condiciones de vida, entre sí y con los restantes hombres que no podrán continuar ignorando su situación en la sociedad frente a sentencias judiciales reivindicatorias de sus derechos.

La administración, como organización a la que fue confiado en exclusividad el efectivo bienestar de todos los hombres, ha fracasado. Con su fracaso, cae la razón de ser de todas las instituciones sustentadas en su autoridad exclusiva para decidir qué es lo más conveniente para la sociedad en una situación determinada. No sabemos cuál será la respuesta adecuada a la teoría de la dominación en el campo político para lograr que los hombres consideren serenamente sus relaciones recíprocas. Pero nuestro aporte, desde nuestra disciplina, se refiere a la erradicación de toda dominación insita en las instituciones del derecho administrativo, proponiendo un nuevo enfoque que permita considerar a la función administrativa, al menos, como una función de efectiva gestión del derecho estructurado hoy, a partir de los tratados internacionales, como un sistema universal que tiene como eje central el desarrollo del hombre, de todos y cada uno de los hombres. Y principalmente, atender a una efectiva evaluación social de resultados de esa gestión para determinar si las actividades administrativas cumplidas se ajustan efectivamente al cometido esencial impuesto con carácter universal. Una aspiración que la ideología estatal del interés general, sobre cuya base se ha construido el derecho administrativo vigente, obstaculiza inevitablemente.

Corte dei conti ed enti locali nel pensiero di R. Marrama e nella legislazione attuale

di Alfredo Contieri e Maria Immordino

SOMMARIO: Premessa. - 1. Il controllo sulla gestione delle amministrazioni locali: fondamento costituzionale e normativo. - 2. Istanze di "efficienza pubblica" e riposizionamento nel circuito istituzionale della Corte dei conti. - 3. L'ampliamento del controllo successivo della Corte dei conti sulla gestione degli enti locali alla luce della l. n. 20 del 1994. - 4. Gli effetti sul sistema dei controlli sulle autonomie locali della riforma del Tit. V della Costituzione. - 5. L'accentuazione degli obiettivi di coordinamento della finanza pubblica nella legge n. 131 del 2003. - 6. Tendenza all'estensione e all'accentramento dei controlli sulle gestioni delle Amministrazioni locali nelle leggi finanziarie per il 2006 e il 2008. - 7. Considerazioni finali.

Premessa

Con questo breve articolo, desideriamo richiamare l'attenzione degli studiosi, degli amici e degli innumerevoli estimatori di Roberto Marrama su un suo bellissimo scritto apparso sulla *Rivista di Diritto Amministrativo* (n. 2/97, pp. 171 e ss.) dal titolo "*Evoluzione storica della pubblica amministrazione e Corte di Conti*", che costituisce il testo di una relazione tenuta a Roma proprio presso la sede della Corte dei Conti.

Ricordiamo sempre con ammirazione il grande impegno, fatto di studio, di approfondimento, di continue riflessioni ad alta voce, il rigore e talvolta il tormento che in quella come in altre occasioni accompagnavano la sua creazione scientifica e con affetto la tensione, vissuta sempre con sorridente autoironia, che precedeva i suoi interventi nei convegni, soprattutto nei contesti più prestigiosi nei quali per la sua autorevolezza scientifica veniva sempre più spesso invitato a parlare, ove peraltro mostrava di essere non solo un grande studioso, ma anche un brillante oratore.

Riteniamo opportuno ricordare il lavoro di Roberto sulla Corte dei Conti, non solo perché siamo ad esso entrambi legati sul piano affettivo, avendone parlato più volte con l'Autore nella fase di elaborazione, ma anche per il suo indubbio spessore scientifico.

La Corte dei Conti viene vista infatti in una prospettiva assolutamente innovativa, poiché i poteri e le funzioni di cui è titolare e la stessa natura del controllo esercitato, sono studiati non in sé, ma in una dimensione storica, in relazione ed anzi in parallelo con le trasformazioni che hanno interessato l'amministrazione pubblica italiana in un arco di tempo che va dall'unità d'Italia agli anni '90 del secondo scorso.

L'articolo offre una approfondita e stimolante panoramica sull'organizzazione pubblica, dallo stato centralista allo stato regionale e delle autonomie, dalle aziende, dagli enti pubblici ed enti pubblici economici, alle privatizzazioni, fino alle nuove figure diffuse negli anni '90 come le società pubbliche e le amministrazioni indipendenti¹.

Queste fasi di mutamento delle istituzioni ed i connessi modelli organizzativi hanno sempre determinato esigenze di adeguamento delle funzioni della Corte dei Conti e di conformazione del controllo alle nuove realtà, esigenze talvolta non soddisfatte o soddisfatte parzialmente o con ritardo secondo Marrama, il quale, parallelamente richiama i vari tentativi di riforma della Corte dei Conti attraverso i disegni di legge che si sono succeduti in Parlamento da De Pretis in poi, fino all'emanazione delle leggi nn. 19 e 20 del 1994 e n. 639 del 1996.

Così Marrama dà conto, con uno stile sempre curato ed elegante, della lenta trasformazione di un controllo concepito per una amministrazione monolitica e autoritativa, nelle diverse forme di volta in volta assunte a fronte di un'organizzazione pluralistica e tendente a modelli manageriali.

Questa dinamica di cambiamento viene rappresentata da Marrama nel passaggio, attraverso lente trasformazioni, da un controllo repressivo ad un controllo collaborativo, dapprima sugli atti, poi sull'attività nel suo complesso, sul risultato della gestione, in applicazione dei principi di efficacia, efficienza ed economicità.

Fra i tanti temi affrontati da Marrama abbiamo deciso di approfondire quello del controllo della Corte dei Conti sugli enti locali, anche alla luce della riforma del titolo V della Costituzione.

1. *Il controllo sulla gestione delle amministrazioni locali: fondamento costituzionale e normativo*

Il controllo della Corte dei conti sulla gestione amministrativa e finanziaria delle autonomie locali si colloca su una trama sicuramente complessa e, per certi versi, ancora instabile, alla cui tessitura hanno contribuito il legislatore costituzionale ed ordinario, la Corte costituzionale e la stessa Corte dei conti

¹ Il processo di trasformazione dell'amministrazione era stato già affrontato mirabilmente da R. MARRAMA, in *Nascita ed evoluzione dello Stato e della Pubblica Amministrazione*, in AA.VV. *Diritto Amministrativo*, Bologna 1993, 335 e ss.

attraverso proprie deliberazioni. Si pensi ai referti alle assemblee elettive, alle linee guida ed ai criteri sulla cui base devono essere redatte le relazioni degli organi di revisione economico-finanziaria degli enti locali sul bilancio di previsione e sul rendiconto, per fare qualche esempio.

Una complessità alla quale non sono estranee, è appena il caso di sottolineare, quelle sfide federalistiche che l'ordinamento è stato di recente chiamato ad affrontare (C. Chiappinelli).

L'ordito di tale trama va in primo luogo rintracciato nelle profonde trasformazioni delle quali è stato oggetto il nostro sistema amministrativo, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, che hanno portato all'affermazione di nuovi modelli di amministrazione, sia sotto il profilo della struttura organizzativa ed economico – finanziaria, sia dal punto di vista dell'azione e delle sue modalità di esercizio, secondo una prospettiva incentrata sul principio costituzionale di buon andamento (art. 97) e, segnatamente, su quei principi che caratterizzano oggi lo statuto giuridico dell'attività amministrativa. Ci si riferisce, in particolare, ai principi di economicità, efficacia ed efficienza, che del principio di buon andamento costituiscono esplicitazione, positivizzati dalla legge 241 del '90 sul procedimento amministrativo².

Il processo riformatore che ha riguardato tutte le pubbliche amministrazioni rileva in modo particolare per quelle locali.

Il principio del decentramento e quello di autonomia locale, principi portanti dell'organizzazione del nuovo Stato delineato dalla Costituzione del '48 (art. 5)³, hanno trovato ulteriori sviluppi con la legge Cost. n. 3 del 2001, con la quale è stato modificato il Tit. V della Costituzione, secondo una prospettiva che individua negli enti locali – quali enti esponenziali delle comunità politiche di riferimento – un elemento costitutivo della Repubblica, giuridicamente equordinati alle regioni e allo Stato. In particolare, il principio di autonomia, coniugato con quello del decentramento, ha portato ad una forte accentuazione della dimensione locale, della quale costituisce manifestazione tangibile sia la tendenziale allocazione a livello comunale delle funzioni amministrative sulla base del principio di sussidiarietà, temperato dai principi di adeguatezza e differenziazione (art. 118, 1° co, Cost.), sia il riconoscimento agli enti locali di un'ampia autonomia finanziaria, di spesa e di entrata (art. 119, Cost.).

L'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività

² Questo collegamento tra processo di trasformazione dell'Amministrazione in una prospettiva di efficienza, alla luce dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità, ed evoluzione del controllo contabile finanziario della Corte dei Conti è già posto in luce da R. MARRAMA nel citato studio *Evoluzione storica della Pubblica Amministrazione e Corte dei Conti*, in *Dir. Amm.* 2/1997, pp. 184, 189 e 193.

³ Per il nuovo ruolo che la p.A. è chiamata a svolgere in questo quadro costituzionale, R. MARRAMA, *op. ult. cit.*, p. 182.

amministrativa è rappresentata dalla rilevanza che in questi anni è stata attribuita dall'ordinamento al "risultato", quale parametro di valutazione dell'azione amministrativa, non in sostituzione, come pure è stato paventato in dottrina (F. Ledda; E. Casetta), ma in aggiunta a quello di legittimità. Si tratta di un modo diverso di valutazione dell'attività amministrativa che discende da una rinnovata concezione del rapporto tra amministrazione e cittadini⁴, comprensivo anche di un differente modo di intendere l'attività amministrativa come cura di interessi della collettività di riferimento, in cui assumono rilievo gli obiettivi programmati e i risultati effettivamente raggiunti e, perciò, il grado di soddisfazione del cittadino-utente nei confronti dell'Amministrazione. Secondo quella logica manageriale che è propria della cultura imprenditoriale.

Pienamente coerente con queste novità è l'affermazione del principio di separazione tra livello politico e livello amministrativo, ossia tra funzione di indirizzo e compiti di gestione, con conseguente attribuzione al primo della individuazione, attraverso piani e programmi, degli obiettivi e delle priorità da raggiungere nell'esercizio concreto dell'attività amministrativa, affidata al secondo livello e, segnatamente, alla dirigenza (D. Sorace; M. D'Orsogna).

Un parametro, dunque, di carattere sostanziale (F.G. Scoca), sul cui sfondo si colloca una "amministrazione obbligata ad assicurare beni e/o servizi alle comunità ed alle persone e a farlo presto, bene ed in modo trasparente", oltre che "economico" (L. Iannotta e per certi versi già R. Marrama). Dove l'economicità assume un rilievo particolare, essendo l'Amministrazione nel suo complesso obbligata, nell'esercizio delle proprie funzioni, al perseguimento anche di obiettivi di contenimento della spesa pubblica derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea, con i connessi vincoli finanziari imposti dal Trattato di Maastricht e dal patto di stabilità.

L'attenzione al risultato amministrativo non poteva, pertanto, non costituire lo stimolo per un ripensamento complessivo del sistema dei controlli, sia sotto il profilo dell'oggetto che del parametro, al fine di renderli funzionali alle nuove regole organizzative, gestionali e finanziarie (R. Marrama; G. D'Auria). Non più, perciò, il singolo atto, ma l'intera attività amministrativa, con conseguente passaggio da una valutazione di legittimità dell'atto ad un giudizio sull'attività alla luce dei principi di efficacia, adeguatezza, efficienza ed economicità (già cenni in R. Marrama). In questa prospettiva si muovono sia i controlli interni a ciascuna Amministrazione (nel cui ambito si inscrivono gli istituti del controllo di gestione, della valutazione e controllo strategico, della valutazione della dirigenza e della connessa responsabilità), sia il controllo successivo affidato alla Corte dei conti sulla gestione di tutte le pubbliche amministrazioni, comprese, quindi,

⁴ In R. MARRAMA è spiccato questo senso di servizio dell'amministrazione verso la comunità, pp. 182 e ss.

anche le Amministrazioni locali (art. 3, co 4, l. n. 20/94). Controllo nel quale, va ribadito, rilevano, in particolare, obiettivi e qualità dell'azione amministrativa e, in definitiva, i risultati in concreto ottenuti. (R. Marrama critica la mancata connotazione innovativa dell'art. 100 cost. e in particolare il fatto che su di esso non possa fondarsi una nuova accezione del controllo in funzione collaborativa ed in termini di efficacia, ecc.).

2. *Istanze di "efficienza pubblica" e riposizionamento nel circuito istituzionale della Corte dei conti*

L'affermazione di queste esigenze di "efficienza pubblica" (R. Marrama), in una con l'affermazione di nuovi modelli gestionali e finanziari, cui ha fatto da *pendant* la previsione di nuove forme di riscontro in concreto dell'attività amministrativa, costituisce la *ratio* sottesa alle riforme che hanno interessato, in questi stessi anni, la Corte dei conti, il suo ordinamento e le sue funzioni, sia quella giurisdizionale che quella di controllo, con conseguente "riposizionamento" della stessa nel circuito istituzionale (G. Pitruzzella). Non è un caso, allora, se le due riforme abbiano proceduto in parallelo (C. Chiappinelli).

Il processo di trasformazione e di adeguamento dell'Amministrazione al disegno costituzionale e, in particolare al principio di buon andamento, costituisce, infatti, il presupposto e la spinta per una evoluzione dei controlli e, soprattutto, del controllo sulla gestione amministrativa e finanziaria, con conseguente accentuazione del ruolo della Corte e delle sue funzioni (R. Marrama; M. Meloni).

Già nel "Rapporto" Giannini del 1979 sui "principali problemi dell'amministrazione dello Stato", tra i rimedi proposti per fare fronte alle esigenze dell'Amministrazione spiccava, oltre alla istituzione di giudici contabili periferici attraverso la creazione di sezioni decentrate della Corte dei conti, l'affidamento alla stessa di un controllo di "efficienza". È interessante notare come in quella sede si caldeggiasse nuovamente la sottoposizione degli enti locali al controllo del giudice contabile, controllo che era venuto meno con la soppressione dei consigli di prefettura.

Si deve alla legge n. 51 del 1982 (di conversione del d.l. n. 786/81), con la quale è stata istituita una apposita sezione per il controllo sugli enti locali, l'introduzione di una primitiva forma di controllo di efficienza sugli enti locali (R. Marrama). Si tratta di un controllo espressamente collegato al principio di buon andamento, orientato alla verifica dei risultati dell'azione amministrativa, anche se limitato soltanto ai comuni e alle province con popolazione superiore agli ottomila abitanti, ai quali viene imposto l'obbligo di trasmissione dei propri conti consuntivi alla Corte dei conti, nonché le relazioni dei revisori e ogni altro documento o informazione che la Corte richieda. La legge prevede che dei risultati dell'esame compiuto sulla gestione finanziaria e sul buon andamento

dell'azione amministrativa degli enti locali siano informati sia il Parlamento, sia le Amministrazioni interessate. Questa funzione referente, è appena il caso di sottolineare, colloca la Corte in una posizione di ausilio e, quindi, di collaborazione, con il Parlamento e le Amministrazioni interessate (a tale funzione fa riferimento R. Marrama).

Tale legge ha avuto il pieno avallo della Corte costituzionale in due sentenze (nn. 421 e 961) del 1988, dove sono rinvenibili affermazioni anticipatrice di indirizzi che si consolideranno successivamente. Non esaustività dei controlli previsti dall'art. 130 cost. sugli atti degli enti locali (sent. n. 421); riconoscimento come proprie della Corte sia della "funzione di coordinamento e di accertamento della buona gestione della finanza pubblica", sia di quella funzione di "controllo – conoscenza" che inerisce alla sua posizione di "organo ausiliare" del Parlamento.

Orbene, il controllo previsto dalle disposizioni sottoposte al giudizio di costituzionalità, secondo la Consulta, è pienamente coerente con le suddette funzioni, poiché il suo fondamento si rinviene nel combinato disposto degli artt. 100 e 119, cost., norma, quest'ultima che "imponendo al Parlamento di coordinare la finanza statale con quella regionale e locale... suppone logicamente che il legislatore sia messo in grado di conoscere, attraverso un organo imparziale e competente, quale la Corte dei conti, l'effettiva situazione e le eventuali disfunzioni anche della gestione finanziaria delle province e dei comuni" (sent. n. 961).

3. *L'ampliamento del controllo successivo della Corte dei conti sulla gestione anche delle Amministrazioni locali alla luce della l. n. 20 del 1994*

Ma è con la l. n. 20 del 1994, il cui art. 3 ha richiamato espressamente le disposizioni della cit. l. n. 51/82 per confermarne la vigenza, che si è definitivamente affermato il controllo esterno della Corte dei conti sulla gestione e sui risultati dell'attività di tutte le Amministrazioni pubbliche e, quindi, anche di quelle locali. Successivamente il controllo sulla gestione è stato espressamente richiamato nel t. u. sugli enti locali, all'art. 148; mentre l'art. 198 *bis*, introdotto dall'art. 1, co 5, l. n. 191 del 2004, ha previsto la trasmissione alla Corte dei conti dei referti del controllo interno di gestione. E ciò al fine di agevolare quella verifica del funzionamento del controllo interno che proprio la legge n. 20 attribuisce alla Corte dei Conti.

Con tale legge il sistema dei controlli esterni della Corte dei conti è stato profondamente innovato, e la sua funzione di controllo sull'andamento complessivo della finanza pubblica è stata ampliata e meglio definita nei suoi connotati.

In estrema sintesi, e con riferimento specifico a quelle disposizioni che riguardano gli enti locali, la legge n. 20 (art. 3, co 4) attribuisce alla Corte il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio di tutte le pub-

bliche amministrazioni, comprese quelle locali. Quanto all'oggetto, tale controllo concerne, oltre alla verifica della legittimità e regolarità delle gestioni, anche il funzionamento dei controlli interni a ciascuna Amministrazione. La legge, inoltre, individua anche le finalità del controllo e le modalità di esercizio. È previsto, infatti, che il controllo accerti la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, attraverso una valutazione comparativa dei modi e dei tempi del relativo svolgimento.

In questa prospettiva la legge (co 4 dell'art. 3) prevede che sia la stessa Corte a definire ogni anno i programmi e i criteri sulla cui base si effettuerà il controllo.

La predeterminazione dei parametri di riferimento del controllo da parte della Corte tende, da un lato, ad evitare l'arbitrarietà del controllo stesso, dall'altro consente di calibrarlo il controllo anche su parametri e criteri derivati dalla comune esperienza, da regole tecniche o da discipline non giuridiche, relative, ad esempio, al costo, alla qualità, alla speditezza dell'azione amministrativa, al *quantum* di utilità prodotta dall'attività rispetto agli obiettivi prefissati (F. Tigano).

Ora se è vero, come ha affermato la Corte costituzionale (sent. n. 29 del 1995), che attraverso la predeterminazione di tali parametri si perviene alla razionalizzazione e alla delimitazione di un controllo che, come questo sulla gestione, per il suo carattere fondamentalmente "empirico", non può essere predeterminato in tutti i suoi aspetti dal legislatore, è altrettanto reale il rischio che l'organo di controllo, attraverso la fissazione di detti parametri, finisca con il partecipare all'esercizio dell'attività amministrativa (R. Lombardi; A. Barettoni Arleri), assumendo così detto controllo connotati che sono propri di quello interno e, segnatamente del differente controllo "di gestione" (M.V. Lupò Avagliano).

La legge, com'è noto, ha superato l'esame di costituzionalità con la già ricordata sent. n. 29/95, non a torto definita storica.

Diversi i problemi affrontati dal Giudice delle leggi: fondamento costituzionale del controllo sulla gestione degli enti locali; presunta incompatibilità con le ragioni dell'autonomia locale, cui si collega il tema dei rapporti tra controlli interni e controllo sulla gestione; imputazione di questo alla Corte di conti. Si tratta di problemi che intersecano, a loro volta, quello relativo alla natura ed ai contenuti del nuovo controllo, sicché la loro soluzione ne risulta per certi versi condizionata.

Quanto al fondamento costituzionale, la Corte muove dall'affermazione, peraltro non nuova, essendo infatti, si è ricordato prima, già presente in una decisione (n. 421) del 1988, della non esaustività delle tipologie di controlli (di legittimità e di merito) previsti dall'art 130, Cost. e, quindi, dalla possibilità che il legislatore ordinario introduca, come è effettivamente avvenuto con le disposizioni impugnate, altre forme di controllo, come quello sulla gestione, riferite non già ai singoli atti amministrativi ma all'attività amministrativa "considerata

nel suo concreto e complessivo svolgimento”, individuandone il relativo parametro non solo nella stretta legalità ma nei risultati effettivamente raggiunti in conformità agli obiettivi programmati. Purché, precisa il Giudice delle leggi, anche per queste differenti forme di controllo “sia rintracciabile in Costituzione un adeguato fondamento normativo o un sicuro ancoraggio a interessi costituzionalmente tutelati”.

Ciò premesso, la Corte ne individua il fondamento nei principi del buon andamento dei pubblici uffici (art. 97), della responsabilità dei funzionari (art. 28), dell'equilibrio di bilancio (art. 81) e del coordinamento dell'autonomia finanziaria delle Regioni con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni (art. 119). E, trattandosi di principi che riguardano la pubblica amministrazione nel suo complesso – statale, regionale, locale –, le forme di controllo previste per la loro attuazione esigono, di conseguenza, una applicazione tendenzialmente uniforme a tutte le pubbliche amministrazioni e, dunque, anche a quelle locali.

Quanto all'interesse costituzionalmente tutelato, questo può ben rinvenirsi nella garanzia di una maggiore funzionalità della pubblica amministrazione, che discenderebbe da una “valutazione complessiva della economicità/efficienza dell'azione amministrativa e dell'efficacia dei servizi erogati”, oltre che nella salvaguardia della stabilità del sistema economico-finanziario che postula anche il controllo della finanza locale.

I principi desumibili dalle disposizioni relative al controllo sulla gestione, precisa inoltre la Corte, sono “norme fondamentali delle riforme economico – sociale” e come tali vincolanti anche la potestà esclusiva delle regioni a Statuto speciale in materia di controlli sugli enti locali.

Un secondo aspetto affrontato dalla Corte nella sentenza del '95 concerne il profilo soggettivo dell'imputazione del controllo sulla gestione alla Corte dei Conti.

Qui preme sottolineare come il ruolo che la Corte ha assunto nel corso degli anni di garante imparziale dell'equilibrio economico – finanziario di tutto il settore pubblico e, in definitiva, della corretta gestione del pubblico denaro, venga dalla Consulta opportunamente fatto discendere dall'affermarsi del decentramento e dalla creazione di un sistema di governo multilivello con la presenza di una varietà di pubblici poteri, cui ha fatto seguito la moltiplicazione dei centri di spesa pubblica. Con la previsione del controllo sulla gestione di tutte le Amministrazioni pubbliche la legge n. 20 del '95 ha rafforzato questo ruolo della Corte dei conti, quale organo posto a tutela degli interessi obiettivi di tutte le Amministrazioni, comprese quelle locali.

In questa prospettiva l'imputazione alla Corte di tale forma di controllo non conferisce alla stessa un potere che incide sull'autonomia di regioni ed enti locali e ciò, sia per la sua configurazione come organo al servizio dello Stato comunità, e quindi, anche delle autonomie territoriali, sia per la natura essen-

zialmente “collaborativa” del controllo stesso, il cui obiettivo è garantire una attività amministrativa, efficiente, imparziale ed economica, in linea con il principio di buon andamento. Ecco perché tale forma di controllo non incide sull’efficacia degli atti, né assume rilievo diretto in ordine alla responsabilità dei funzionari, ma si risolve in uno stimolo alle Amministrazioni, attraverso anche l’inoltro di “osservazioni”, ad attivare processi di “autocorrezione” al fine di trovare una soluzione alle disfunzioni o irregolarità segnalate, con il solo obbligo di comunicare, oltre che agli organi elettivi, anche alla Corte, le misure correttive all’uopo adottate.

Trattasi, dunque, di una forma di controllo che è per natura, contenuti, finalità ed effetti, ben diversa dai controlli di legittimità e di merito previsti in Costituzione per le regioni e gli enti locali dagli artt. 125 e 130, ora abrogati. Tale diversità emerge anche dal fatto che la verifica si conclude non con una misura sanzionatoria, ma con una relazione all’organo politico dell’ente interessato, nel nostro caso i consigli comunali e degli altri enti locali.

Questo ruolo della Corte quale garante del buon andamento della finanza pubblica, compresa quella locale, è stato successivamente arricchito dalla Corte costituzionale di un più sicuro fondamento costituzionale. Attraverso una interpretazione evolutiva della disposizione di cui all’art. 100, 2° co, Cost., che assegna alla Corte dei conti il controllo successivo sulla gestione del bilancio dello Stato “come controllo esterno e imparziale”, la Consulta (sent. 179/2007) ha accolto quella nozione di “finanza pubblica allargata” che la Corte dei conti già da tempo impiega specialmente in sede di giudizio contabile, affermando che “se è vero che al momento della emanazione della Costituzione, per indicare l’intera finanza pubblica non poteva non farsi riferimento al bilancio dello Stato, è altrettanto vero che oggi tale dizione deve intendersi riferita non solo allo Stato, ma anche al bilancio di tutti gli altri enti pubblici che costituiscono, nel loro insieme, il bilancio della finanza pubblica allargata”.

4. *Gli effetti sul sistema dei controlli sulle autonomie locali della riforma del Tit. V della Costituzione*

Su questo quadro normativo, come definito e interpretato dalla Corte costituzionale sono intervenute la riforma del Tit. V della Costituzione, prima, la legge di attuazione della stessa, poi. Ci si riferisce alla l. cost. n. 3 del 2001 e alla l. n. 131 del 2003. Numerose disposizioni sono inoltre presenti in varie leggi concernenti la finanza pubblica. Di particolare rilievo sono alcune disposizioni della legge finanziaria per il 2006.

Tre le direttrici di fondo di tale complesso di norme. Una decisiva svolta dell’ordinamento in senso autonomistico; una più spiccata considerazione unitaria della finanza pubblica; il consolidamento del ruolo della Corte dei conti

come garante unico dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico allargato.

Con l'abrogazione degli artt 125 e 130 della Costituzione, che prevedevano controlli esterni dello Stato e delle regioni, di legittimità e di merito, rispettivamente sugli atti degli delle regioni e degli enti locali, parte della dottrina e di alcuni settori politici si sono affrettati ad affermare l'espunzione dal nostro ordinamento di ogni forma di controllo esterno e, dunque, anche di quello sulla gestione di competenza della Corte, fatta eccezione per i controlli previsti dall'art. 100, co 2, Cost., per gli atti dello Stato.

Si tratta di un indirizzo, che non solo non ha trovato credito nella legislazione successiva, ma che difetta, a ben vedere, anche di una solida base teorica.

Per quanto concerne gli enti locali, i controlli previsti dall'abrogato articolo 130 rispondevano ad esigenze di verifica giuridico formale ed avevano come scopo quello di impedire, in via preventiva, l'efficacia di atti non conformi alla legge. Essi si inserivano, sia pure con alcune significative modifiche (si pensi al controllo di merito mediante richiesta di riesame), in quella tradizione, già presente nel sistema *ante Constitutionem*, che configurava il controllo in funzione "protettiva" e "repressiva" degli enti territoriali minori, considerati alla stregua di "membra dello Stato" o, al massimo, di amministrazioni indirette. Sicché il loro mantenimento sarebbe risultato effettivamente in contrasto con l'evoluzione del quadro costituzionale e con il riconoscimento agli enti territoriali minori di una posizione di equiordinazione rispetto allo Stato ed alle regioni (nuovo art. 114 cost.).

Al Contrario, il controllo sulla gestione della Corte, ha natura essenzialmente collaborativa e consiste nella individuazione di anormalità e mancanze emergenti dall'attività complessivamente considerata nel suo concreto svolgimento, al fine di suggerire e promuovere idonee misure correttive onde evitare il ripetersi di errori, abusi, sprechi di risorse, soprattutto finanziarie. Sono peculiarità che lo distinguono anche dal controllo interno di gestione (M.V. Lupo' Avagliano).

Inoltre, e si tratta di un rilievo comune in dottrina (M. Cammelli; M. Graffeo), la previsione da parte del nuovo art. 119, co 3 e co 6, Cost., rispettivamente di "un fondo perequativo" e di "risorse aggiuntive" a fini di solidarietà sociale e di sviluppo dei territori con minori capacità fiscali, postula sia principi comuni, sia riscontri puntuali sulla effettiva necessità di finanziamento degli enti territoriali e sull'efficiente ed efficace gestione dei poteri di spesa e di entrata degli stessi (P. Maltese). Verifica tanto più necessaria se considerata che il controllo sulla spesa è a garanzia, oltre che delle regioni e dello Stato, chiamati a sostenere i relativi oneri (G. D'Auria), anche dei cittadini contribuenti, essendo finalizzato ad eliminare lo spreco di risorse.

Ma, a ben vedere, anche la previsione di un controllo sostitutivo, pure sugli organi degli enti locali, riconosciuto al Governo dal nuovo art. 120 Cost. a tutela, tra l'altro, dell'"unità economica" e dei "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici", milita a favore del mantenimento di una forma

di controllo – affidato ad un organo esterno, imparziale e neutrale, come la Corte dei Conti – in grado di verificare l'economicità nell'uso delle risorse, l'efficienza dei servizi approntati, la qualità dei risultati ottenuti anche in relazione agli obiettivi programmati.

Se, dunque, il mantenimento dei controlli esterni sugli enti locali e, in particolare, di quello sulla gestione di competenza della Corte non è stato intaccato dall'abrogazione dell'art. 130, altre e più pregnanti ragioni militano non solo a favore del suo mantenimento, ma del suo potenziamento, come in effetti è avvenuto con la legge n. 131 del 2003, attuativa della legge di riforma costituzionale del 2001 e come è stato proposto in sede di revisione del t. u. degli enti locali.

L'ampia autonomia finanziaria di entrata e di spesa, riconosciuta agli enti locali dal nuovo art. 119 Cost., deve esercitarsi infatti entro limiti ben definiti e, segnatamente, in sintonia con la necessità di "armonizzazione dei bilanci pubblici" e in conformità "ai principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" di cui all'art. 117, 3 co. Un altro limite all'autonomia finanziaria degli enti locali discende dai vincoli internazionali e comunitari alla cui osservanza il legislatore è obbligato sempre dall'art. 117 (in questo caso dal co 1). Tra questi rileva il patto di stabilità e crescita, con i suoi derivati nazionali, con il quale lo Stato italiano si è impegnato al rispetto di obiettivi di bilancio tali da consentire il contenimento del debito pubblico.

La legge di riforma del Tit. V della Costituzione ha delineato, dunque, un modello istituzionale in cui risultano accentuati sia l'autonomia, come valore fondamentale riconosciuto, in tutte le sue manifestazioni, agli enti locali; sia la considerazione unitaria della finanza pubblica (tanto più necessaria in un sistema caratterizzato da un accentuato pluralismo istituzionale, con conseguente incremento dei centri di spesa) in vista del mantenimento di quell'equilibrio finanziario che il Giudice delle leggi, fin dal lontano 1966 (sent. n. 1), ha configurato come valore primario, alla cui realizzazione sono impegnati tutti i soggetti dell'ordinamento e, pertanto, anche gli enti locali. All'ampliamento dell'autonomia corrisponde, in altri termini, l'ampliamento della nozione di finanza pubblica con conseguente estensione del controllo che diventa capillare, sia attraverso le Sezioni regionali della Corte dei conti, sia attraverso l'attivazione di sistemi di verifica della bontà della gestione, finanziaria e amministrativa.

La Corte costituzionale ha generalmente avallato questi indirizzi legislativi. Così, in una sentenza del 2004 (n. 36) ha affermato che il principio fondamentale del "coordinamento della finanza pubblica" legittima l'imposizione di vincoli agli enti locali allorquando sia reso necessario da ragioni di coordinamento finanziario connesse agli obiettivi nazionali, a loro volta condizionati dagli obblighi comunitari. Successivamente (sent. n. 35 del 2005), richiamando un proprio precedente (sent. n. 376/2003), la consulta è andata ben oltre, affermando che lo Stato nell'esercizio di questa competenza, che per la natura concorrente

dovrebbe essere limitata “alla determinazione dei principi fondamentali” (art. 117, co 3), “può spingersi sino all’esercizio di poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di dati e di controllo”.

Il carattere “finalistico” dell’azione di coordinamento rende, in altri termini, legittimo ciò che altrimenti non lo sarebbe, vale a dire l’attribuzione allo Stato, non soltanto della determinazione dei principi fondamentali della la materia, ma anche di quei poteri eventualmente necessari perché la “la finalità di coordinamento”, per sua natura eccedente le possibilità di intervento dei livelli territoriali *sub* statali, “possa essere concretamente realizzata”.

5. *L’accentuazione degli obiettivi di coordinamento della finanza pubblica nella legge n. 131 del 2003*

La legge n. 131 del 2003, di attuazione della riforma costituzionale del 2001, ha non soltanto mantenuto il controllo sulla gestione di tutti i pubblici poteri, compresi quelli locali, ma ne ha accentuato la finalizzazione ad obiettivi di coordinamento della finanza pubblica, confermando, inoltre, la Corte dei Conti nel suo ruolo di garante imparziale dell’equilibrio economico – finanziario del settore pubblico allargato, attraverso un ulteriore ampliamento dei compiti di verifica – informazione delle sue strutture regionali, in vista della creazione di un più intenso rapporto di ausiliarità con gli organi esponenziali delle collettività, di volta in volta, interessate.

In quest’ottica, è stato previsto nei confronti degli enti locali “una sorta di doppio controllo” (G.C. De Martin): uno, di natura finanziaria, di competenza della Corte e l’altro, sull’andamento della gestione, affidato alle sezioni regionali di controllo⁵. In particolare, la prima verifica, il rispetto degli “equilibri di bilancio” da parte dei comuni e degli altri enti locali in relazione al patto di stabilità interno e ai vincoli derivanti dall’appartenenza all’Unione europea, mentre la seconda verificano il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio, nonché la “sana gestione finanziaria” degli enti medesimi. Con il compito di riferire sugli esiti del controllo al Parlamento, la prima, esclusivamente al Consiglio dell’ente controllato, le seconde.

Il legislatore del 2003, anche a seguito delle polemiche suscitate già nel corso dei lavori parlamentari dalla previsione di un controllo esterno sulla gestione delle Amministrazioni regionali e locali affidato alla Corte dei conti – considerato da una parte della dottrina e da consistenti settori politici, ormai incompatibile con le nuove declinazioni del principio autonomistico (art. 114

⁵ Alle quali questa legge dà un fondamento legislativo, essendo state fino a quel momento previste da un regolamento di organizzazione della Corte del 2000.

Cost.) – ne ha ribadito espressamente la natura “collaborativa” e l’assenza di misure sanzionatorie. Consistendo, infatti, il controllo sulla gestione – a differenza del controllo finanziario che è soprattutto in funzione del coordinamento della finanza pubblica da parte del Parlamento – nella verifica, in contraddittorio con gli enti interessati, del buon andamento economico e finanziario degli stessi e risolvendosi in un resoconto dei relativi esiti esclusivamente alle loro assemblee elettive, al fine di attivare eventuali processi di autocorrezione diretti al conseguimento di maggiori livelli di efficienza e di economicità.

In quest’ottica volta a privilegiare i profili collaborativi tra articolazioni regionali della Corte e Amministrazioni controllate la l. 131 prevede, sia che due dei membri di ciascuna sezione regionale siano designati dalle regioni e dagli enti locali (art. 7, co 9, ora abrogato), sia una funzione consultiva delle sezioni regionali, attivabile dalle regioni e dagli enti locali, normalmente attraverso il Consiglio delle autonomie locali, in materia di contabilità pubblica, alla quale si aggiunge la possibilità delle regioni di richiedere alle stesse ulteriori forme di collaborazione – la cui individuazione è rimessa alla loro autonomia organizzativa – ai fini della regolare gestione finanziaria e del buon andamento dell’azione amministrativa (art. 7, co 8).

L’esistenza di limiti sempre più stringenti alle risorse pubbliche disponibili e la conseguente esigenza di salvaguardare l’equilibrio finanziario rendono, in altri termini, necessario un sistema di controllo dei conti pubblici e dell’attività di spesa del Paese, improntato ai principi di efficienza, efficacia ed economicità, e dunque alla verifica del buon andamento economico e finanziario.

Dubbi e perplessità ha suscitato, per i possibili effetti negativi sull’autonomia degli enti territoriali, la previsione, di cui all’art. 7, co 7, ripresa dalla l. n. 20 del 94 (art. 3, co 8), secondo cui la Corte dei conti verifica, nell’ambito del controllo sulla gestione, anche il funzionamento dei controlli interni ed esprime una valutazione nelle proprie relazioni. Paventandosi, in particolare, il rischio di una sovrapposizione del primo sui secondi, a discapito, si è detto, dell’autonomia decisionale dell’Amministrazione (F. Tigano; R. Lombardi).

La Corte costituzionale già nella cit. sent. n. 29/95 aveva affermato che tale verifica non costituisce l’oggetto di “un autonomo potere di vigilanza” sulle strutture del controllo interno, ma rappresenta un elemento di valutazione inerente al complessivo controllo sulla gestione, nel senso che il cattivo funzionamento dei controlli interni può costituire un indizio per la valutazione connessa all’esercizio del controllo sulla gestione.

Nell’ottica del “raccordo” tra i due differenti tipi di controllo si muove, come già ricordato, la disposizione di cui all’art. 198 *bis* del t. u. sugli enti locali che ha posto a carico delle loro strutture operative l’obbligo di “comunicare” anche alla Corte dei conti i referti del controllo interno di gestione, e dunque i dati relativi alla situazione finanziaria dell’ente locale. Obbligo di comunicazione che la Consulta, in una sentenza del 2005 (n. 417), ha ricondotto ai “principi

fondamentali di coordinamento della finanza pubblica allargata”, essendo tale obbligo finalizzato a consentire il funzionamento del sistema dei controlli esterni sugli enti locali. Ed è questa finalità di coordinamento finanziario, il cui scopo è quello di assicurare il rispetto del patto di stabilità, che “giustifica”, secondo la Corte, il “raccordo tra i due tipi di controllo”.

Raccordo, dunque, ma non sovrapposizione o interferenze fra accertamenti della Corte dei conti e controllo interno di gestione, trattandosi, peraltro, di due forme di controllo differenti sul piano strutturale e funzionale. Ed è nella prospettiva del raccordo e della collaborazione tra organi del controllo interno e Corte dei conti, che il co 8 dello stesso art. 3 della l. 20 prevede, sia che la Corte dei conti possa richiedere oltre che all’amministrazione, anche agli organi di controllo interno qualsiasi atto o notizia, sia che possa effettuare e disporre ispezioni e accertamenti diretti.

Con due sentenze, del 2006 (n. 267) e del 2007 (n. 179), la Corte costituzionale, a conferma della propria fiducia nel ruolo di garante unico dell’intera finanza pubblica affidato dal legislatore ordinario alla Corte dei conti, ha fornito un ulteriore supporto al controllo esterno sulla gestione. Mentre nella prima ha riaffermato, consolidandola ulteriormente, la tesi che nelle “esigenze di unitarietà” del controllo sulla finanza pubblica allargata, condizionata dai vincoli discendenti dal patto di stabilità, vede il principio cardine dell’intera materia, nella seconda (in precedenza ricordata) ha chiarito che il richiamo al bilancio dello Stato deve oggi intendersi riferito anche a quello di tutti gli altri enti pubblici, compresi gli enti locali, che nel loro insieme costituiscono il sistema della finanza pubblica allargata.

6. *Tendenza all’estensione e all’accentramento dei controlli sulle gestioni delle Amministrazioni locali nelle leggi finanziarie per il 2006 e il 2008*

La legge finanziaria per il 2006 (l. n. 266/2005) ha ulteriormente precisato le modalità di esercizio del controllo sulla gestione, quale necessario momento propedeutico al coordinamento generale di tutta la finanza pubblica (T. Lazzaro). In questa prospettiva ha allargato ulteriormente l’area del controllo affidata alla Corte sulla finanza locale, localizzando l’attenzione sugli andamenti finanziari, patrimoniali ed economici, degli enti locali e degli enti sanitari, e istituzionalizzando un collegamento tra controllo della Corte e attività dei rispettivi collegi dei revisori dei conti.

In particolare, i commi 166/173 dell’unico articolo prevedono, in funzione della tutela dell’unità della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, l’obbligo da parte degli organi di revisione degli enti locali di trasmettere alle competenti sezioni regionali di controllo una relazione sul bilancio di previsione e sul rendiconto, che deve dare conto del rispetto degli obiettivi annuali

posti dal patto di stabilità interno e dell'osservanza del vincolo in materia di indebitamento pubblico. Relazione che deve essere predisposta sulla base di criteri e linee guida, la cui definizione è stata dal legislatore affidata all'autonomia normativa della Corte. Ove le sezioni riscontrino comportamenti difformi dalla "sana gestione finanziaria", gravi irregolarità contabili non sanate, o il mancato rispetto degli obiettivi posti dal patto di stabilità, è prevista l'adozione di specifiche pronunce. In quest'ottica è stato attribuito alle stesse un potere di vigilanza sull'adozione da parte dell'ente locale, entro sei mesi dalla data di ricevimento della relazione (co. 173), delle misure correttive necessarie a salvaguardare gli equilibri e a conseguire gli obiettivi di finanza pubblica, e sul rispetto dei vincoli e limitazioni conseguenti al mancato rispetto delle prescrizioni del patto di stabilità.

In presenza di una gravissima crisi finanziaria, in vista dell'avvio del procedimento di disavanzo da parte del Consiglio Europeo, il legislatore del 2005 ha puntato l'attenzione sugli enti locali e sanitari, sulla loro finanza e sull'esigenza di contenimento della spesa e di rientro dall'indebitamento, creando anche un collegamento più stretto tra controllo della Corte e attività degli organi di revisione dei conti degli enti locali. Collegamento necessario considerato infatti che questa nuova forma di controllo si basa essenzialmente sulle informazioni contenute nelle relazioni dei collegi di revisione.

Tali disposizioni sono state mantenute ferme dalla recente legge n. 126 del 2008, di conversione del d. l. n. 93/2008, che espressamente le richiama collegandole al mancato rispetto del patto di stabilità interno.

Con questa legge, il cui obiettivo è l'ulteriore rafforzamento del controllo sugli enti locali, è stato confermato e meglio specificato il carattere di vigilanza attribuito al controllo delle sezioni regionali sulle amministrazioni locali e, contestualmente, sono stati individuati nelle sezioni riunite in sede di controllo e nella sezione delle autonomie, i destinatari dell'esito del controllo sul rispetto da parte degli enti locali delle disposizioni che prevedono la sospensione temporanea del potere delle regioni e degli enti locali di deliberare aumenti dei tributi, delle addizionali, delle aliquote ovvero delle maggiorazioni di aliquote di tributi ad essi attribuiti con legge dello Stato.

Nel valutare i contenuti della legge finanziaria 2006 la Corte costituzionale (sent. 179/07) ha individuato in essa un nuovo aspetto del controllo sulla gestione, "il controllo sulla gestione finanziaria" che si affianca ed è complementare al "controllo sulla gestione amministrativa". Mentre quest'ultimo, che la Corte chiama "controllo sulla gestione in senso stretto", è un controllo a campione, il cui oggetto è costituito dall'azione amministrativa e serve ad assicurare che l'uso delle risorse avvenga nel modo più efficace, economico ed efficiente, il primo ha, invece, i caratteri della completezza e della necessità, attiene alla allocazione delle risorse e quindi alla struttura e alla gestione del bilancio e si svolge su documenti di carattere complessivo e necessario con cadenza annuale, quale

sono i bilanci e i rendiconti. Entrambi hanno natura collaborativa, limitandosi anche questo nuovo aspetto del controllo sulla gestione alla segnalazione, attraverso l'adozione di specifiche pronunce, all'ente controllato delle rilevate disfunzioni e rimettendo allo stesso l'adozione delle eventuali misure correttive ritenute idonee allo scopo. Quanto alla previsione di un potere di vigilanza sulla adozione delle misure necessarie da parte degli enti interessati la Corte esclude che la stessa implichi una invasione delle competenze amministrative di questi ultimi, e ciò in quanto "la vigilanza, limitatamente ai fini suddetti, è indispensabile per l'effettività del controllo stesso".

La Consulta, muovendosi lungo le linee tracciate in precedenza, ribadisce, in definitiva, la libertà del legislatore di ampliare la funzione di controllo della Corte sull'andamento complessivo della finanza pubblica, purché le nuove forme di controllo abbiano un fondamento costituzionale, il quale viene ancora una volta rinvenuto negli artt. 100, 81, 97, 28, e 119 della Costituzione.

In questa prospettiva il Giudice delle leggi conferma quanto già affermato nella sent. n. 267/06 e cioè l'applicabilità della normativa relativa al controllo sulla gestione anche alle autonomie locali. E ciò in considerazione del fatto che la necessità di coordinamento della finanza pubblica, nel cui ambito materiale si colloca il controllo esterno sulla gestione, riguarda pure le Regioni e le Province ad autonomia differenziata, non potendo dubitarsi che anche la loro finanza sia parte della "finanza pubblica allargata".

La finanziaria per il 2008 ha inciso sul precedente impianto normativo con alcune disposizioni che modificano la l. 131 del 2003, secondo una prospettiva accentratrice, volta a privilegiare il ruolo delle sezioni riunite a scapito della sezione delle autonomie.

In questo senso rilevano, in particolare, i commi 60, 61 e 62. Il primo prevede una competenza in capo alle sezioni riunite a riferire al Parlamento "anche sulla base dei dati e delle informazioni raccolti dalle sezioni regionali". Referto che riguarderà non soltanto gli aspetti finanziari della gestione, rilevanti ai fini del coordinamento della finanza pubblica, ma potrà concernere anche ogni altro aspetto dell'attività degli enti locali e conseguire anche a controlli effettuati direttamente. Con conseguente perdita di competenze da parte della sezione delle autonomie, destinata ad essere soppressa. Con il co 61 è stato abrogato l'art. 7, co 9 della l. 131 che, lo ricordavamo prima, prevedeva la presenza nelle sezioni regionali di due consiglieri nominati dalle regioni e dagli enti locali, in linea con il rafforzamento del principio autonomistico. L'ultimo dei citati commi – con una scelta della cui costituzionalità si è dubitato (F. Staderini) – ha affidato all'organo di autogoverno della Corte oltre ad un potere di riorganizzazione dell'intera struttura dell'istituto, anche la riorganizzazione della sua funzione di controllo che, come rilevato in dottrina, ha un rilievo essenziale nell'assetto costituzionale della Repubblica, sicché sarebbe stato più razionale mantenerne la competenza in capo alle sezioni riunite.

7. *Considerazioni finali*

Si è visto come il controllo sulla gestione, più che il controllo finanziario, poneva numerosi problemi⁶, che l'evoluzione normativa ha di volta in volta evidenziato e sui quali, nonostante i continui interventi della Corte costituzionale, la dottrina continua ad interrogarsi.

In particolare, con specifico riferimento al controllo sull'andamento della gestione delle Amministrazioni locali, soprattutto a seguito delle normative che ne hanno accentuato il carattere di vigilanza, la posizione della Corte costituzionale è stata criticata (F. Tigano; F. Pizzetti), sembrando infatti essersi appiattita sui principi affermati dalla sentenza n. 29 del 95 (ribaditi infatti anche in una recente sentenza del 2007, la n. 179) ambientata in un contesto normativo e istituzionale sicuramente diverso da quello consolidatosi a partire dalla l. cost. n. 3 del 2001. Specialmente le ultime disposizioni in materia, si è fatto notare, sembrerebbero aver minato quella natura essenzialmente collaborativa che, in una con la mancanza di misure sanzionatorie, rende il controllo sulla gestione compatibile con le ragioni dell'autonomia locale.

Il riferimento è, in primo luogo, a quelle disposizioni (art. 191 *bis* t.u. enti locali e art. 1 co 167 e co 171 legge finanziaria 2006) che hanno accentuato i rapporti tra controlli interni e controlli sulla gestione, ponendo a carico delle strutture preposte ai controlli interni una serie di obblighi di comunicazione alle

⁶ Tra i problemi, comunque risolti dalla Corte costituzionale, anche due questioni che contribuiscono alla messa a fuoco delle caratteristiche del controllo sulla gestione: la non ammissibilità del potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di controllo sulla gestione e il rapporto tra questo e la giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti.

Sul primo punto la Corte costituzionale, che già dal 1976 aveva ammesso che la Corte dei conti, in sede di controllo preventivo di legittimità su atti, sollevasse la questione di legittimità costituzionale in ragione della assimilabilità di questo tipo di controllo alla funzione giurisdizionale, essendo esso preordinato alla tutela del diritto oggettivo con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico, ha escluso la stessa possibilità in sede di controllo sulla gestione (sent. 335/95). E ciò in quanto il controllo sulla gestione ha natura estranea ai caratteri di un giudizio, configurandosi essenzialmente come un controllo di carattere empirico ispirato, più che a precisi parametri normativi, a canoni di comune esperienza che trovano la loro razionalizzazione nelle conoscenze tecnico-scientifiche proprie delle varie discipline utilizzabili ai fini della valutazione dei risultati dell'azione amministrativa.

Per quanto concerne il rapporto tra controllo sulla gestione e giudizio sulla responsabilità per danno all'erario, funzioni entrambe attribuite alla Corte di conti, sia pure a diverse articolazioni nel suo ambito, la dottrina si è espressa nel senso di una totale separazione delle funzioni stesse. Ciò significa che la Sezione di controllo segnalerà alla Procura gli elementi a propria conoscenza relativi ad un possibile danno erariale alla stregua di qualunque organo o soggetto a ciò tenuto. Significa altresì che le sede giurisdizionale non potrà utilizzare direttamente l'attività istruttoria compiuta dalla Sezione addetta al controllo sulla gestione ma dovrà compiere una attività istruttoria per proprio conto e a se stante.

sezioni regionali della Corte, dei referti sul controllo interno di gestione, il primo, di una relazione sul bilancio di previsione e sul rendiconto, il secondo; alla adozione di specifiche pronunce – ove vengano accertati comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria o violazioni del patto di stabilità – cui si accompagna un potere di “vigilanza” sul rispetto delle necessarie misure correttive, anche se non sono ancora ben definiti né i caratteri, né l’effettiva portata di tale potere.

Il riferimento è, altresì, a quelle disposizioni della finanziaria 2008 che pongono a carico delle Amministrazioni pubbliche, comprese quelle locali: obblighi di trasmissione di atti di gestione e di segnalazione alla Corte e alle sue strutture decentrate di comportamenti contrari alla sana gestione (art. 3, co 44 e co 32), o di invio alle sezioni regionali di atti di competenza degli enti locali (art. 3, co 57). Si tratta di misure finalizzate a consentire la verifica del rispetto dei limiti imposti dalla stessa legge al trattamento economico per rapporti di lavoro, all’affidamento di incarichi di collaborazione e di consulenza a soggetti esterni alla pubblica amministrazione. Il controllo, in questi casi, verte su singoli atti con lo scopo di accertarne la rispondenza a determinate prescrizioni di legge. Con evidente allontanamento, si è detto (F. Staderini), dal modello collaborativo delineato dalla l. 131/2003 e conseguente assunzione da parte dell’organo di controllo di una funzione deterrente nei confronti degli amministratori locali.

Orbene, che la Corte abbia assunto, soprattutto con le ultime leggi, anche una funzione dissuasiva per gli amministratori, enfatizzata dal rilievo riservato dai mezzi di informazione alle deliberazioni, alle pronunce, alle relazioni della Corte e delle sue strutture decentrate, nonché ai risultati delle indagini avviate dalla stessa, è sicuramente un dato incontestabile. Ciò nondimeno, è altrettanto incontestabile che il controllo sulle gestioni, nelle sue differenti modalità, sia propedeutico al coordinamento della finanza pubblica (art. 117 Cost., co 3) e necessario per assicurare il rispetto degli equilibri di bilancio (art. 81 Cost.) e di finanza pubblica (art. 119 Cost.) dei differenti enti, del patto di stabilità (art. 117, co 1) e il buon risultato dell’azione amministrativa (art. 97 Cost). Il che giustifica non solo i raccordi con i controlli interni, ma anche quegli obblighi di trasmissione di atti di gestione, essendo tale trasmissione “strumentale al loro esame e ad una eventuale pronuncia della Corte” (sezione delle autonomie).

In questa prospettiva, tale controllo, nonostante i mutamenti dell’originario quadro normativo, conserva ancora una funzione propulsiva/collaborativa nei confronti sia delle Assemblee elettive che delle Amministrazioni degli enti controllati, riguardando la legalità, l’economicità, l’efficacia e l’efficienza delle gestioni e mirando ad assicurare che gli obiettivi posti dalle leggi e dai programmi siano stati perseguiti attraverso una corretta e trasparente gestione del denaro pubblico e nel rispetto degli equilibri di bilancio e di finanza pubblica. Questi obiettivi, è appena il caso di sottolineare, non possono essere garantiti dai soli controlli interni, per il loro carattere necessariamente autoreferenziale, essendo

infatti inseriti nel circuito governo/amministrazione che esclude le comunità di riferimento (M. Carabba).

Un controllo, quindi, sulla gestione, di competenza della dirigenza amministrativa, e non sull'indirizzo politico che, anzi, ne costituisce il parametro di riferimento. A conclusione del quale viene inviata una relazione/referto agli Organi rappresentativi dell'ente interessato, e vengono comunicate all'Amministrazione stessa le eventuali osservazioni affinché siano attivati i "necessari" e, pertanto, "doverosi" e non "facoltativi", processi di autocorrezione per l'adozione delle necessarie misure consequenziali, sui quali è chiamata a vigilare la stessa Corte. Si è al riguardo parlato (F. Garri) di un "obbligo di riesame" che comporterebbe "una qualificata azione amministrativa di secondo grado, la quale rimette in gioco, con delle limitazioni, i poteri dell'amministrazione, a fronte di un *novum* nell'ordinamento che è dato appunto dalla pronuncia di controllo". In questo senso rilevano, in particolare, i già citati commi 169 e 173 dell'art. 1 della finanziaria 2006 che prevedono veri e propri obblighi conformativi da parte delle Amministrazioni destinatarie delle pronunce della Corte. Resta salvo il potere dell'Amministrazione sulla scelta delle misure e, quindi, sui provvedimenti da adottare, essendo precluso alla Corte sostituirsi all'Amministrazione "indicando le linee da seguire o suggerendo soluzioni", costituendo i "procedimenti che seguono alle pronunce di controllo, ancorché doverosi, attività responsabile di riesame che l'amministrazione attua nell'esercizio delle proprie competenze" (P. Maltese).

Il problema è, in conclusione, quello di un razionale bilanciamento tra le esigenze sottese al controllo sulle gestioni e le ragioni delle autonomie.

La Corte dei conti, come è emerso dall'evoluzione del quadro normativo che abbiamo sinteticamente analizzato, è stata chiamata dal legislatore ad assicurare questo bilanciamento. Ruolo che le spetta in qualità di organo dello Stato comunità (R. Marrama pone in rilievo questo aspetto) e che la stessa ha svolto in maniera equilibrata e coerente con la sua natura imparziale e neutrale.

Da un angolo di visuale più ampio va osservato, infine, che il legislatore, con i più recenti interventi – generalmente avallati dal Giudice costituzionale – ha dimostrato non solo di credere nella utilità del controllo sulla gestione, sia amministrativa che finanziaria, così da far sì che esso potesse maggiormente esprimere le sue potenzialità attraverso un ampliamento e un rafforzamento dei suoi strumenti, ma anche una notevole fiducia nella Corte dei conti, tanto da metterla al centro del sistema dei controlli riguardanti l'intera finanza pubblica.

**“CORTE DEI CONTI” AND LOCAL GOVERNMENT
ACCORDING TO THE THOUGHT OF ROBERTO MARRAMA
AND IN COMPLIANCE WITH THE CURRENT LEGISLATION**

by Alfredo Contieri and Maria Immordino

Abstract

This short essay is devoted to the memory of Roberto Marrama, who analysed the changes of the control function held by the Corte dei Conti as a result of the transformations of Public Administrations in Italy during the '90's.

Nowadays this process has largely been implemented: the control upon administrative acts has turned into control upon global activity and into management control.

The essays develops in a local government perspective.

La candidatura dei paesaggi vitivinicoli del basso Piemonte a “territorio patrimonio dell’Umanità”: brevi note a margine della tutela dei paesaggi rurali

di Roberta Lombardi

SOMMARIO: 1. – *La candidatura dei paesaggi vitivinicoli del basso Piemonte a patrimonio dell’umanità: il rigido regime di protezione imposto dall’Unesco a fronte degli interessi economici della produzione.* 2. – *Tendenze evolutive della definizione giuridica di paesaggio.* 3. – *La tutela e la valorizzazione dei paesaggi rurali. Il vuoto normativo e l’applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale.*

1. *La candidatura dei paesaggi vitivinicoli del basso Piemonte a patrimonio dell’umanità: il rigido regime di protezione imposto dall’Unesco a fronte degli interessi economici della produzione*

Articolerò queste brevi riflessioni in tre parti: nella prima mi soffermerò sulla candidatura dei “Paesaggi vitivinicoli del Piemonte” per il riconoscimento, da parte dell’Unesco, quale “territorio patrimonio dell’Umanità”¹; la seconda sarà tesa ad evidenziare come tale procedimento di riconoscimento sottenda una nuova concezione di paesaggio “più dilatata” – espressiva della tendenza evolutiva in atto sul piano normativo – che si allontana dal concetto di “paesaggio sensibile o visivo” (costituito da tutto ciò che l’occhio può abbracciare in un giro di orizzonte, riproducibile in una fotografia) per avvicinarsi a quella di “paesaggio geografico” costituito da elementi caratteristici che consentono la loro individuazione, classificazione e comparazione²; nella terza infine effettuerò alcune considerazioni sulla tutela del paesaggio rurale.

¹ La tutela normativa del patrimonio naturale e culturale sul piano mondiale trova il suo punto di riferimento principale nella Convenzione di Parigi (16/11/1972), ratificata dallo Stato italiano il 23 giugno 1978; cfr. inoltre la l. 20 febbraio 2006, n. 77 relativa a “Misure speciali di tutela e fruizione dei siti italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella ‘lista del patrimonio mondiale’ posti sotto la tutela dell’UNESCO”.

² In tal senso si rinvia alle osservazioni di G. SCIULLO, *Il paesaggio fra la convenzione e il Codice*, in *www.aedon.mulino.it*, n. 3, 2008, nonché più diffusamente sulla concezione geografica di paesaggio, a L. GAMBI, *Critica ai concetti geografici di paesaggio umano*, in *Una geografia per la*

La zona geografica identificata come “Paesaggi vitivinicoli del Piemonte” ricomprende i territori del Monferrato, delle Langhe dell’Astigiano e Roero, e corrisponde ad un’area che tra l’altro era già stata qualificata dal piano territoriale della Regione Piemonte come zona ad elevata qualità paesaggistico-ambientale.

Il paesaggio di queste aree costituisce il risultato di un secolare rapporto dell’uomo con la terra, meglio della straordinaria capacità di integrazione fra natura e lavoro dell’uomo: il paesaggio vitivinicolo del basso Piemonte è tale perché è il risultato di un’antropizzazione quanto mai efficace e rispettosa del contesto, basata su progressivi insediamenti, espressivi di una plurisecolare civiltà, storicamente accertata fin dal medioevo quando magisteri comacini e monaci benedettini si fecero promotori della diffusione del vitigno nebbiolo. In questo contesto il paesaggio risulta un sistema interconnesso ed inscindibile di fattori naturali ed umani, che risultano intimamente coniugati al punto da non rendersi possibile tutelare gli uni secondo una logica parziale, piuttosto costituendo un *unicum* inscindibile.

Va altresì detto che la candidatura di una zona essenzialmente e storicamente vocata a vigneto nella Lista del patrimonio mondiale dell’umanità è di per sé cosa rara, pur non costituendo una novità assoluta in quanto già due località morfologicamente affini e situate altri Paesi europei risultano iscritte: il Tokaj in Ungheria e l’Alto Douro in Portogallo.

Non vi è dubbio che da un lato tale riconoscimento – qualora ottenuto – rappresenti un momento importante di valorizzazione di tutto quel mondo di tradizioni, competenze, saperi e usanze che fanno dell’ambiente enologico e rurale, un mondo unico, straordinariamente ricco di fascino a forte connotazione socio-culturale e che si manifesta esteriormente anche nella espressione dei suoi paesaggi tipici, contrassegnati dalle geometrie collinari dei filari delle vigne, dagli edifici storici di antiche cantine (realizzate con la tecnica delle “case di terra” o gli *infernot* scavati nel tufo)³, dai borghi, dalle pievi e dai castelli conti-

storia, Torino, Einaudi, 1973. In generale sulla nozione giuridica di paesaggio fondamentali i lavori di M. IMMORDINO, *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1995, Vol. X., p. 573 s e di P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv.trim.dir.pubb.*, 2004, p. 363 ss., nonché Id., *Principio di differenziazione e paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, p. 71 ss. Più di recente cfr. L. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv.giur.dir.amb.*, 2009, p. 1 s. Con specifico riferimento alla tutela del paesaggio nei confronti delle presenze antropiche, si rinvia a A. CROSETTI, *La tutela naturalistica dei beni culturali ovvero il paesaggio culturale*, in G. CUGURRA, E. FERRARI, G. PAGLIARI (a cura di) *Urbanistica e paesaggio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, in particolare p. 103 ss. Per una considerazione del paesaggio nell’ambito dei sistemi multipli di controllo cfr. A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell’ambiente*, Roma-Bari, Laterza, 2008, con particolare riferimento alla parte relativa alle tutele differenziate. Fondamentale, sia pure in una prospettiva non strettamente giuridica, anche la lettura di E. SERENI, *Storia del paesaggio agrario*, Laterza, 1982.

³ Si sofferma sulle caratteristiche del territorio che sono valse ad ottenere, per i paesaggi vitivinicoli del Monferrato, delle Langhe e del Roero, la candidatura a Patrimonio dell’unamità M. CARCIONE, *I vigneti del Monferrato: patrimonio dell’Umanità?*, in corso di pubblicazione.

gui e connessi ai vigneti. Una forma assolutamente peculiare di paesaggio che l'uomo, nel corso delle sue produttività agricole ed in assoluta sintonia estetica e culturale con esse, ha saputo coscientemente e sistematicamente imprimere al contesto naturale, non mediante un'azione di intervento sul territorio al fine di adattarlo alle proprie esigenze, piuttosto mediante comportamenti armonici fondati su un consapevole rispetto.

Sotto altro profilo, la candidatura non pare immune da concreti rischi per altri interessi, quelli a contenuto economico, la cui stessa considerazione appare ontologicamente destinata a generare l'idea del conflitto laddove accostata al profilo della tutela del paesaggio⁴: il timore che si prospetta, in altri termini, è che l'inserimento in tale Lista possa ostacolare lo sviluppo economico della zona, causando imposizioni di norme e vincoli troppo rigidi, in quanto l'Unesco non concede l'ambito sigillo di eccellenza senza la contropartita di un impegno rigoroso da parte dello Stato e delle amministrazioni competenti di assoluta salvaguardia e conservazione del "sito culturale"⁵.

Sotto altro profilo va rilevato, a onor del vero, che non sempre la produzione tipica, locale o di qualità determina un effetto positivo sul territorio, dal momento che in alcuni casi l'affermarsi di una coltivazione caratteristica, particolarmente richiesta dal mercato, può determinare anche la compromissione del paesaggio (e delle sue biodiversità) nel quale è impiantata⁶.

È il caso ad esempio del rinomato vino "Brunello di Montalcino", per il quale, dall'anno di nascita del Consorzio (1966) ad oggi si è più che triplicata la coltivazione della vite e la produzione si è progressivamente industrializzata. Ciò ha avuto ripercussioni negative sul paesaggio in quanto colture complementari quali l'olivo e i seminativi sono stati marginalizzati per favorire una eccessiva intensificazione produttiva potenzialmente dannosa per l'ambiente che ha portato, tra l'altro, in parte alla cancellazione della trama agraria storica di quei luoghi⁷.

Esigenze dunque contrapposte di interesse economico/produttivo da un lato e di tutela di valori paesaggistico/ambientali dall'altro, si contendono anche nell'ambito della candidatura dei paesaggi vitivinicoli del Piemonte, esprimendo valori di rango costituzionale che si auspica possano trovare un equo contemperamento proprio nelle misure e nelle indicazioni pertinenti il regime di protezio-

⁴ La trattazione di tale rapporto conflittuale tra interessi primari è ben evidenziata in F. DE LEONARDIS, *Paesaggio ed attività produttive: criteri di bilanciamento tra paesaggio ed energia eolica*, in *Urbanistica e paesaggio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 249 ss.

⁵ Esemplificative in tal senso le preoccupazioni manifestate dalle comunità locali e dalle associazioni di produttori del vino e raccolte in sede di presentazione del Dossier da inviare a Parigi per dimostrare il valore mondiale del sito.

⁶ Sul punto si vedano le osservazioni di E. DEL MASTRO, *La tutela del paesaggio rurale: tendenze evolutive a livello nazionale e comunitario*, in *www.aedon.mulino.it*, 2005, n. 2.

⁷ Così si legge in G. TERRAZZA-T. GIANNELLI, *Il paesaggio collinare di Montalcino*, in *Qualità dell'agricoltura e del paesaggio*, in *Riv.urb.*, 2005, p. 32.

ne individuato dall'Unesco, i quali assurgono a parametri di riferimento affinché un paesaggio di non trascurabile impatto visivo (ed emotivo) non si cristallizzi, ma si trasformi nel rispetto della sua unicità.

Un dato tuttavia va posto in evidenza: la capacità delle genti di queste aree di saper preservare nei secoli la straordinaria bellezza e amenità dei paesaggi, nel costante rispetto di delicati equilibri naturali ed economici che consentono oggi a queste zone di ambire al riconoscimento UNESCO. Tutto ciò è accaduto perché l'uomo ha saputo prendere consapevolezza dei limiti intrinseci della sua azione, della esigenza che il suo operato di trasformazione non dovesse mai urtare contro l'assetto naturale, sforzandosi piuttosto di integrarsi costantemente e necessariamente con esso, nella logica di un *facere* autonomamente fondato su un approccio di *conoscenza, coscienza e (umile) riconoscenza*.

2. Tendenze evolutive della definizione giuridica di paesaggio

Per venire al tema collegato alle tendenze evolutive della definizione giuridica di paesaggio, si può osservare come il procedimento che regola la protezione sul piano mondiale del patrimonio culturale e naturale (delineato dalla Convenzione di Parigi del 1972⁸ e definito nelle *Orientations de la mise en oeuvre de la Convention*) rappresenti un ennesimo esempio di affrancamento progressivo del concetto di paesaggio dagli aspetti meramente estetici verso un altrettanto progressiva e allargata considerazione di quelli sociali⁹.

Nell'ambito della definizione del patrimonio culturale e naturale delineato nel primo paragrafo della Convenzione di Parigi trovano, infatti, considerazione (art. 1) i "siti" quali "opere dell'uomo o opere coniugate dell'uomo e della natura ... di valore universale eccezionale, dall'aspetto storico ed estetico, etnologico o antropologico".

Tra gli *standard* che i beni (siano essi culturali o naturali) devono dimostrare di possedere (almeno uno di essi) per ambire alla Lista vi è anche quello – che forse è valso a fondare la candidatura per i paesaggi vitivinicoli del Piemonte – secondo il quale i luoghi da tutelare devono "rappresentare un esempio eccezionale di un insediamento umano tradizionale o di utilizzo tradizionale del territorio o del mare che sia rappresentativo di una o più colture, oppure dell'interazione umana con l'ambiente, specialmente quando quest'ultimo è divenuto vulnerabile per l'impatto di cambiamenti irreversibili".

⁸ Tale Convenzione riconosce l'esistenza di un interesse generale della comunità internazionale alla protezione del patrimonio culturale e naturale, sul presupposto che esso venga ritenuto degno di essere trasmesso alle generazioni future come testimonianza di civiltà (art. 4).

⁹ Cfr. in tal senso la definizione offerta da M. MAGGI-C.A. DONDONA, *Macchine culturali – Reti e sistemi nell'organizzazione dei musei*, IRES, Torino, 2006, p. 13.

A tale proposito può essere interessante osservare come l'idea di paesaggio (di un paesaggio degno "di essere trasmesso alle generazioni future come testimonianza di civiltà" (art. 4) che si ricava da tali indicazioni normative non si discosti molto da quella individuata dalla definizione contenuta nella Convenzione europea del Paesaggio¹⁰ ("determinata parte di territorio, così come percepita dalla popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori e/o umani e dalle loro interrelazioni" (art. 1 lett. a), il cui campo di applicazione si estende, non a caso, anche agli "spazi rurali" (oltre naturalmente a quelli naturali urbani e periurbani), e ai paesaggi, che se pur non "eccezionali" per ragioni di intrinseca bellezza naturalistica, lo siano in quanto particolarmente espressivi "della vita quotidiana" che si svolge in quei luoghi. Sembra, in altri termini, che la volontà legislativa europea sia quella di riconoscere tutela anche a quelle porzioni di territorio che senza avere caratteri di particolare valore, tuttavia raccontino una loro storia e siano testimoni di una precisa identità culturale.

Viene spontaneo a questo punto richiamare la definizione generale di paesaggio accolta nel Codice Urbani (art. 131 A-C)¹¹, per vedere se essa rappresenti il corretto recepimento dei principi contenuti nelle Convenzioni – e si adegui dunque ad un approccio di tutela "allargata" – sulla base del criterio generale per cui il diritto internazionale pattizio esprime regole e principi destinati a modellare i paradigmi interpretativi del diritto nazionale¹².

Si può dire in via preliminare che tale definizione, pur essendo lessicalmente diversa da quella della Convenzione europea, sia comunque sostanzialmente ad essa riportabile: se è vero, infatti, che in essa manca il riferimento alla percezione delle popolazioni, viene comunque enfatizzata la valenza identitaria ("il territorio espressivo delle identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e delle loro interrelazioni") che sembra, da un lato, necessariamente correlato al concetto di paesaggi della "vita quotidiana"¹³ richiamato dalla Convenzione europea (Preambolo, capoverso 6) e, dall'altro, a quello di "insediamento umano tradizionale" o di utilizzo tradizionale del territorio enunciato nelle *Orientations de la mise en oeuvre de la Convention*.

¹⁰ Stipulata a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata dal nostro ordinamento con la legge 9 gennaio 2006, n. 14. Tale documento rappresenta il momento di unificazione delle politiche in tema di paesaggio per tutti gli Stati membri della UE, fornendo i capisaldi orientativi per le finalità di promozione, salvaguardia, gestione e pianificazione dei paesaggi europei.

¹¹ Secondo G. SCIULLO, *Il paesaggio fra la convenzione e il Codice*, cit., sono identificabili ben tre definizioni di paesaggio, una generale (art. 131, co 1) e due particolari previste rispettivamente ai co 2 e 5 del medesimo articolo.

¹² G.F. CARTEI, *La nozione di paesaggio nella convenzione europea del 2000e nel codice dei beni culturali del paesaggio*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, Napoli ES, 2008, p. 62 ss.

¹³ Cfr. in tal senso G. SCIULLO, *Il paesaggio fra la convenzione e il Codice*, op. cit., secondo cui i paesaggi della vita quotidiana sono quelli che senza avere caratteri di particolare valore tuttavia raccontano una loro storia o presentano una loro identità.

In sintesi i riferimenti ai bisogni sociali e alla cultura locale implicitamente espressi (o più sommessamente sottesi) alle definizioni normative fin qui considerate, consegnano il paesaggio ad una dimensione di condivisione sociale (nel processo di percezione ed identificazione) che si configura come necessario affinché le popolazioni possano “godere di un paesaggio di qualità e svolgere un ruolo attivo nella sua trasformazione”¹⁴ in un processo osmotico che se da un lato consente di parlare di antropizzazione del paesaggio, dall’altro legittima non meno rilevanti riflessioni in termini di immedesimazione paesaggistica dell’uomo¹⁵.

3. *La tutela e la valorizzazione dei paesaggi rurali. Il vuoto normativo e l’applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale*

Anche sul terzo punto, relativo alla tutela giuridica del paesaggio rurale alcune brevi osservazioni.

Innanzitutto va rilevato, a livello di considerazioni generali, come nell’era della globalizzazione le problematiche della salvaguardia e dello sviluppo dei paesaggi agrari siano estremamente attuali, dal momento che tutelare e valorizzare i territori rurali e promuovere colture eco-sostenibili costituisce una delle misure attraverso cui le comunità locali tentano di reagire ai fenomeni di standardizzazione del contesto sociale e dei mercati, attraverso il recupero delle radici e delle identità territoriali (c.d. glocalizzazione).

Sul piano giuridico è poi facile evidenziare come nonostante sia emersa la necessità di interventi complessivi ed integrati di sviluppo economico-compatibile nelle aree agricole, il paesaggio rurale non trovi una considerazione specifica – a livello di tutela – nell’ambito della normativa statale, che viene invece di norma affidata alla legislazione regionale e agli strumenti di governo del territorio (ai piani urbanistici in particolare)¹⁶.

¹⁴ Secondo G.F. CARTEI, op.cit., p. 78 questa è la prospettiva assunta soprattutto nella Convenzione e non in quella invece nel Codice Urbani, dove il peso attribuito alla collettività locale nel processo di partecipazione preordinato alla individuazione del paesaggio e alle determinazioni delle politiche che lo riguardano è molto meno evidente.

¹⁵ In questo senso si rinvia alle osservazioni di M.R. SPASIANO, *I soggetti della politica ambientale in Italia*, in corso di pubblicazione, che nell’evidenziare la differenziazione tra una concezione ecocentrica ed una antropocentrica di paesaggio rileva come qualsiasi politica ambientale abbia in sé due parametri di riferimento: da un lato, i soggetti degli ordinamenti, titolari di diritti e di doveri connessi all’ambiente, ossia di posizioni giuridiche soggettive aventi natura economica, solidaristica, sociale, ecc.; dall’altro, l’umanità in quanto tale, in senso immanente, titolare del diritto inviolabile dell’ambiente secondo le differenti definizioni al riguardo contenute nei principali Trattati internazionali.

¹⁶ Cfr. in tal senso le osservazioni di E. DEL MASTRO, *La tutela del paesaggio rurale: tendenze evolutive a livello nazionale e comunitario*, cit.; nonché di E. PICOZZA, *La tutela del paesaggio nelle zone agricole tradizionali*, in G. CUGURRA, E. FERRARI, G. PAGLIARI (a cura di) *Urbanistica e paesaggio*, cit., p. 81 ss.

Poche e soprattutto settoriali – come si diceva – sono infatti le leggi che lo Stato dedica specificamente alla tutela del territorio agrario che nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, ad esempio, non trova collocazione se non in relazione ad una specifica disposizione – chiara espressione di una logica puntiforme di tutela episodica – ossia nell’art. 10, peraltro dedicato alla individuazione (dei criteri) dei beni culturali, il quale alla lett. l) del 3 co, definisce come tali anche “le architetture rurali aventi interesse storico od etnoantropologico quali testimonianze dell’economia rurale tradizionale”.

In tale prospettiva, va ricordato peraltro che già in precedenza, il legislatore statale aveva mostrato particolare attenzione alla valorizzazione del patrimonio abitativo rurale, tutelando, da un lato, gli immobili dotati intrinsecamente di un valore storico e artistico attraverso la l. n. 378 del 2003, emanata proprio allo scopo di salvaguardare le tipologie di architettura rurale (quali insediamenti agricoli, edifici o fabbricati rurali) presenti sul territorio nazionale e realizzati tra il XIII ed il XIX secolo; più di recente, invece, disponendo – in via più generale, cioè a prescindere da ogni considerazione relativa al valore storico dell’edificio – agevolazioni fiscali per i redditi derivanti dalla locazione di fabbricati rurali che acquisiscano i requisiti di abitabilità a seguito di lavoro di ristrutturazione (cfr. d.lgs. 29 marzo 2004, n. 99, art. 12)¹⁷.

Le uniche norme di particolare interesse sono forse quelle contenute nel d.lgs. 18 maggio 2001 n. 228, nell’ambito del quale agli artt. 14 e 15 si prevede che le p.a. possano concludere contratti di collaborazione con gli imprenditori agricoli per la promozione delle vocazioni produttive del territorio, la tutela di produzioni di qualità e delle tradizioni alimentari locali, nonché appositi “contratti di promozione” affinché gli imprenditori agricoli si impegnino nell’esercizio dell’attività di impresa “ad assicurare la tutela delle risorse naturali, della biodiversità, del patrimonio culturale e del paesaggio agrario e forestale” (art. 14) oppure a “...promuovere prestazioni a favore della tutela delle vocazioni produttive del territorio” (art. 15).

Le Regioni – come si è detto – avendo una tradizione di piani urbanistici estesi a tutto il territorio hanno recepito per prime le esigenze di presidio e sviluppo delle aree rurali, inserendo disposizioni *ad hoc* nelle rispettive normative regionali sul governo del territorio.

Si consideri ad es. la legge regionale Emilia-Romagna 24 marzo 2000, n. 20

¹⁷ Tale articolo, espressamente dispone che “1. I redditi dei fabbricati situati nelle zone rurali e non utilizzabili ad abitazione alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, che vengono ristrutturati nel rispetto della vigente disciplina edilizia dall’imprenditore agricolo che ne sia proprietario ed acquisiscono i requisiti di abitabilità previsti dalle vigenti norme, se concessi in locazione dall’imprenditore agricolo per almeno cinque anni, ai fini delle imposte sui redditi per il periodo relativo al primo contratto di locazione e, comunque, per non più di nove anni, sono considerati compresi nel reddito dominicale ed agrario dei terreni su cui insistono”.

che dedica l'intero capo IV al territorio rurale. In particolare nell'art. A-18 (allegato) trovano specifica considerazione "gli ambiti agricoli di interesse paesaggistico", caratterizzati "dall'integrazione del sistema ambientale e del relativo patrimonio naturale con l'azione dell'uomo volta alla coltivazione e alla trasformazione del suolo".

Altri esempi significativi più recenti sono rappresentati dalla legge regionale Toscana 3 gennaio 2005, n. 1 che indica tra le finalità da perseguire attraverso gli strumenti della pianificazione territoriale e di governo del territorio (art. 39 ss. del capo III) la tutela e la valorizzazione del territorio rurale ed in particolare del paesaggio rurale e dalla legge regionale Umbria 22 febbraio 2005, n. 11 (capo II "Norme per il territorio agricolo", art. 32) nell'ambito della quale si riconosce la funzione che i terreni agricoli svolgono per il sistema socio-economico, per la difesa dell'ambiente, per l'"integrità del paesaggio e per la conservazione degli aspetti storici e culturali".

Nell'ambito della ricostruzione del quadro normativo di tutela del paesaggio rurale un ultimo cenno va riservato al ruolo giocato in tale ambito dalla Politica agricola comunitaria che – come è noto – ha un ruolo determinante nel sistema degli incentivi all'agricoltura nazionale.

Vero è che la valorizzazione del paesaggio rurale non costituisce un obiettivo primario e diretto della Pac, tuttavia non può non essere rilevato come il sistema degli incentivi che ha come finalità primaria quella di rendere competitivo il settore agricolo da un punto di vista economico, agisca anche indirettamente sulla sua tutela, e ciò soprattutto da quando i fattori di sviluppo economico si associano ad una forte politica ambientale nella quale l'agricoltore assume un ruolo importante nella gestione del territorio e nella salvaguardia e valorizzazione degli spazi rurali¹⁸. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla conversione dei vecchi vigneti in Sicilia (soprattutto nella zona del marsalese) dove, anche grazie ai finanziamenti comunitari, si sono utilizzate moderne tecniche colturali e di vinificazione; ciò ha prodotto una modificazione delle aree rurali, ma ha anche innescato un circolo virtuoso per valorizzare le economie legate al territorio, alle tradizioni e al paesaggio agrario¹⁹.

Da ultimo è doveroso ricordare l'importanza delle iniziative di tutela rimesse ai soggetti privati (operatori del settore riuniti in associazioni, cooperative, consorzi), in attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale che anche in questo settore sembra giocare un ruolo di rilievo. Merita di essere segnalato in tal senso il progetto dei "Presidi Slow food" sviluppatosi a partire dal 1988 con lo scopo di aiutare la sopravvivenza delle piccole produzioni agricole

¹⁸ Sul punto si rinvia all'analisi più approfondita di E. DEL MASTRO, *La tutela del paesaggio rurale: tendenze evolutive a livello nazionale e comunitario*, cit., in particolare p. 8 ss.

¹⁹ In merito alla vicenda cfr. L. COLONNA ROMANO, *Le trasformazioni del paesaggio della viticoltura in Sicilia tra innovazione e valorizzazione*, in *Qualità dell'agricoltura*, cit., p. 32 ss.

ed artigianali di qualità, minacciate dalla grande distribuzione industriale standardizzata. Il diffondersi sul territorio nazionale dei progetti ha rafforzato la consapevolezza dell'importanza di incoraggiare produzioni locali per preservare l'integrità colturale ed ambientale dei territori d'origine e invertire i processi di degrado.

A questo proposito vorrei chiudere questo breve intervento citando un breve passo tratto dalla pubblicazione "Dalla tavola al territorio" di P. Sardo²⁰ che cita l'esempio dei formaggi da alpeggio: "Il ruolo del pastore casaro è fondamentale per preservare il paesaggio montano perché l'uomo oltre a svolgere la 'monticazione' delle mandrie, mantiene i sentieri, controlla il flusso delle sorgenti, impedisce l'esproprio di intere aree di montagna a favore di impianti sportivi e di edificazioni civili; tutto ciò contribuisce a preservare le malghe dall'abbandono al bosco e alle sterpaglie. Naturalmente sarebbe più semplice ed anche più redditizio aprire un bel caseificio collettivo in valle, ma nel giro di pochi anni i processi di inselvaticimento e di corrosione del territorio abbandonato comprometterebbero definitivamente forme colturali e prodotti alimentari tipici del luogo".

**THE NOMINATION OF THE VINYARD LANDSCAPE
OF SOUTHWESTERN PIEMONTE AS "TERRITORY OF WORLD HERITAGE":
SHORT NOTES ON THE PROTECTION OF RURAL LANDSCAPE**

by Roberta Lombardi

Abstract

The nomination from UNESCO of the Piemonte vineyards landscape as "territory of world heritage", is the starting point of this article. From there, the article moves to more general considerations on the notion of "landscape" and the juridic implications of its protection, with particular focus on the issue of the defense and development of rural landscape.

²⁰ P. SARDO, *Dalla tavola al territorio*, in *Qualità dell'agricoltura e del paesaggio*, cit., p. 26 cui adde E. DEL MASTRO, *La tutela del paesaggio rurale: tendenze evolutive a livello nazionale e comunitario*, cit, nota 41.

Il fallimento dell'esperienza della specialità siciliana e le condizioni della sua prosecuzione*

di Simone Pajno

SOMMARIO: 1. Specialità, identità e sviluppo. - 2. Qualche esempio di autoreferenzialità dell'autonomia siciliana. - 3. Come le istituzioni regionali "utilizzano" l'autonomia. - 4. Il problema della irresponsabilità fiscale. - 5. Regioni speciali, autogoverno e Titolo V. - 6. Il senso della specialità, oggi. Il ruolo dalla revisione statutaria.

1. *Specialità, identità e sviluppo*

Le ragioni che hanno dato luogo alle esperienze della specialità nell'ordinamento repubblicano italiano non sono agevolmente riconducibili ad una matrice unitaria. Se nelle Regioni del nord si è fatto leva soprattutto sulla caratteristica della transfrontalierità e – in particolare modo per il Trentino-Alto Adige – sull'esistenza di minoranze etnico-linguistiche particolarmente forti, nel caso della Sicilia e della Sardegna sono state determinanti la considerazione dello stato di arretratezza economica in cui esse versavano, e delle conseguenti rivendicazioni nei confronti dello Stato centrale, nonché della presenza di movimenti separatisti. In sintesi, e riprendendo molto di ciò che è stato detto dai relatori di questo convegno, è facile individuare nella *identità* e nello *sviluppo* le esigenze che sono state tradizionalmente riconosciute alla base dell'esperienza delle specialità in Italia.

Nei primi decenni della storia repubblicana quella della specialità è l'unica esperienza di regionalismo esistente, a causa del forte ritardo con cui – solo a partire dal 1970 – verrà attuato il disegno autonomistico della Costituzione. È in quegli anni, dunque, che tale esperienza manifesta la sua maggiore vitalità e forza propulsiva, rappresentando anche una sorta di "laboratorio" per soluzioni che verranno estese anche ai rapporti tra Stato e Regioni ordinarie. Ciò, peraltro,

* Questo scritto trae spunto, ampliandolo e sviluppandolo, dall'intervento presentato al convegno svoltosi a Sassari sul tema "*Paolo Dettori e la nuova autonomia*", i cui atti sono in corso di pubblicazione a cura di Francesco Soddu.

non è un caso. La specialità nasce e viene costruita attorno all'idea dello Stato unitario: rappresenta un veicolo tramite il quali alcuni territori si differenziano dagli altri vivendo esperienze autonomistiche imperniate sul rapporto singolo con quest'ultimo¹. Ed infatti, a partire dal momento in cui inizia il lungo cammino delle Regioni ordinarie, quelle ad autonomia particolare cominceranno a segnare il passo. Come è noto, perché possano essere trasferite funzioni amministrative a queste ultime, infatti, è necessario fare uso del peculiare strumento delle c.d. "norme di attuazione" degli Statuti speciali, imperniate sul "principio dell'accordo". Esso rappresenta una forma di autonomia particolarmente rilevante, caratterizzata proprio da quella concezione della specialità come "rapporto singolo" con lo Stato. Si tratta, però, di un istituto che ha rappresentato un *boomerang* per le Regioni speciali, ed in particolar modo per quelle politicamente "meno attive" come la Sicilia o la Sardegna. Le Commissioni paritetiche, infatti, non hanno proceduto con la necessaria solerzia, e dunque i trasferimenti in favore delle Regioni speciali hanno sempre dovuto inseguire con molta fatica quelli compiuti con gli strumenti normativi ordinari a beneficio delle altre Regioni. Traspare da quanto accennato una concezione "meramente difensiva" della specialità: si rinuncia alle competenze purché si preservi il "principio dell'accordo".

In questo contesto, la qualificazione della specialità proposta per la Sardegna da Pietro Pinna con la felice espressione «argine all'innovazione istituzionale economica e sociale»² risulta estendibile anche ad altre esperienze, e sembra un modo efficacissimo per evidenziare il senso della specialità nella prassi e nella vita concreta almeno delle due Regioni isolate.

2. *Qualche esempio di autoreferenzialità dell'autonomia siciliana*

Può essere utile, a questo riguardo, menzionare qualche esempio tratto dalle vite istituzionali della Regione siciliana.

ì) Il primo esempio può essere quello della attuazione delle riforme amministrative degli anni novanta.

Come è noto, in quel periodo non sono pochi gli interventi normativi approvati al livello centrale che imprimono un forte processo di trasformazione all'amministrazione pubblica. Si pensi alla legge sul procedimento amministrativo, alla riforma del pubblico impiego, alla separazione tra politica ed amministrazione.

Soprattutto, in quegli anni viene posta in essere una complessiva ristrutturazione dell'amministrazione pubblica imperniata tra l'altro: a) sulla individuazione

¹ P. PINNA, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino, Giappichelli, 2007, 27-28.

² Cfr. la relazione presentata da Pietro Pinna al convegno svoltosi a Sassari sul tema "*Paolo Dettori e la nuova autonomia*", i cui atti sono in corso di pubblicazione a cura di Francesco Soddu.

di procedure di semplificazione amministrativa e di *favor* per gli utenti delle prestazioni amministrative; *b*) sul più grande trasferimento di funzioni e compiti amministrativi a beneficio degli enti territoriali substatali che sia mai stato attuato nella storia della Repubblica; *c*) sulla conseguente “scomposizione” di significative strutture amministrative centrali e sulla loro ricomposizione in periferia. Il “perno” attorno al quale ruota questo vistoso processo di riorganizzazione amministrativa è la c.d. legge Bassanini (l. n. 59 del 1997).

La Regione siciliana adegua solo con difficoltà il proprio ordinamento ai processi di riforma appena menzionati. In alcuni casi sarà necessario attendere parecchi anni per ottenere risultati decisamente deludenti sul piano qualitativo: ossia testi normativi che si limitano a “replicare” nell’ordinamento interno i testi statali, e che – per le parti in cui se ne discostano – lasciano non poco a desiderare. In altri casi l’adeguamento sarà non poco macchinoso, con conseguenti incertezze applicative.

Da menzionare, inoltre, la circostanza secondo la quale il processo di ristrutturazione delle amministrazioni pubbliche innescato dallo Stato, che prevedeva un corposo trasferimento di funzioni nei confronti delle Regioni e da parte di queste agli enti locali, trova in Sicilia un grosso ostacolo a causa della questione delle norme di attuazione, cui si è fatto più sopra riferimento. Per di più, la Regione siciliana è parecchio restia a porre in essere quella valorizzazione delle autonomie locali implicata da tale processo, determinando una situazione definita usualmente di “neocentralismo regionale”³.

ii) Il secondo esempio – di grande importanza – è quello del controllo di costituzionalità sull’esercizio della funzione legislativa, che ruota attorno alla figura (da sempre unica, nell’ordinamento italiano) del Commissario dello Stato.

Un primo nodo da menzionare è il seguente. Quanto all’impugnazione delle leggi siciliane, il Commissario dello Stato non risponde al Governo ma prende le proprie decisioni in autonomia. Si tratta di un soggetto che è a pieno titolo inserito nel circuito istituzionale regionale, e che si trova a dialogare “alla pari” con l’Assemblea regionale ed il Presidente. È quindi credibile l’ipotesi secondo la quale le decisioni concernenti le impugnazioni delle leggi siciliane non vengono adottate in base alle considerazioni che valgono per tutte le altre Regioni, comprese quelle speciali, ma in base a considerazioni che affondano le proprie radici nelle relazioni tra le istituzioni locali⁴. Come è stato osservato, la prassi «lascia

³ Su tutti questi problemi si rinvia alla approfondita trattazione di G. VERDE, *La legislazione regionale siciliana dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in G. Verde, G. Scala, *Legislazione regionale siciliana e controllo di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 2005, 3 ss., spec. 21 ss.

⁴ Quanto appena evidenziato spiega anche l’atteggiamento adottato dall’ARS nei confronti del problema in questione. Dopo la riforma costituzionale del 2001 si pose il problema se il Commissario dello Stato ed il relativo regime del controllo di costituzionalità delle leggi siciliane dovessero considerarsi venuti meno in favore del regime ordinario. L’Assemblea regionale approvò un ordine del giorno – il cui rilievo giuridico è, peraltro, del tutto inesistente – con il quale affermava la

intravedere che il controllo sulla legislazione regionale siciliana è influenzato da valutazioni politiche che coinvolgono le scelte del Commissario dello Stato e i suoi rapporti con il Governo regionale e con l'Assemblea regionale siciliana»⁵.

In secondo luogo, mi limito semplicemente a ricordare che l'esito dell'operato del Commissario – anche in ragione di una ben nota giurisprudenza della Corte costituzionale che dichiara la cessazione della materia del contendere in caso di promulgazione delle leggi siciliane con omissione delle parti impugnate⁶ – è quello di sottrarre l'esercizio della funzione legislativa in Sicilia al controllo in via principale della Corte costituzionale⁷.

iii) Quale terzo esempio vorrei menzionare un problema probabilmente meno evocato di altri, ma a mio avviso caratterizzato anch'esso da una certa importanza.

In Sicilia opera il Consiglio di giustizia amministrativa, che nasce come sezione specializzata del Consiglio di Stato per l'impugnazione avverso le sentenze del Tribunale amministrativo regionale siciliano, ma che, nella normativa subcostituzionale dettata mediante i decreti di attuazione e nella prassi, presenta forti caratteri di separatezza. Il rischio che da questa situazione deriva è che anche in relazione all'operato dell'organo di giustizia amministrativa l'ordinamento siciliano viva forti caratteri di autoreferenzialità, potenzialmente in grado di approfondire il distacco con le dinamiche che caratterizzano il resto dell'ordinamento.

Ciò è vero sia per il versante strutturale, che per quello funzionale.

Quanto al primo, è possibile menzionare la vicenda della nomina dei membri "laici" del Consiglio ad opera del Presidente della Regione, che è stata in più di una occasione oggetto di decisioni della Corte costituzionale. Da ultimo, con la sent. n. 316 del 2004, con la quale i giudici di Palazzo della Consulta hanno ritenuto infondate le questioni proposte avverso gli artt. 4, primo comma, lett. *d*), 6, secondo comma, e 15, primo e secondo comma, del d.lgs. n. 373 del 2003, riguardanti la previsione della composizione mista della sezione giurisdizionale del Consiglio, nonché altri aspetti della componente laica del medesimo. La Corte, dunque, fino ad oggi ha avallato questo peculiare regime di "separatezza e specialità", anche se in base a considerazioni tutt'altro che irresistibili⁸.

perdurante vigenza del sistema di controllo "amicale" imperniato sulla figura del Commissario dello Stato. Purtroppo la Corte costituzionale, con la sent. n. 314 del 2003, accolse tale tesi. Ciò però in base ad un ragionamento giuridico criticabile, ed in effetti fortemente contestato dagli studiosi di diritto costituzionale. Considerazioni critiche sono reperibili, ad esempio, in E. Rossi, *La Sicilia resta un'isola (anche giuridicamente). Il procedimento di controllo delle leggi siciliane resiste alla riforma dell'art. 127 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2003, 3032 ss.

⁵ G. VERDE, *La legislazione regionale siciliana*, cit., 102.

⁶ Tra le altre, si vedano ad esempio le seguenti decisioni della Corte costituzionale: nn. 171, 231, 111, 147, 309, 330, 347, 404 e 410 del 2006.

⁷ Su questo punto può essere sufficiente rinviare alla relazione presentata da Giuseppe Verde al convegno svoltosi a Sassari sul tema "Paolo Dettori e la nuova autonomia", cit.

⁸ Il "cuore" delle censure proposte mediante l'ordinanza di rimessione concerneva l'asserito

Quanto al secondo, è evidente che il tema meriterebbe una approfondita indagine sulla giurisprudenza di questo giudice, al fine di metterla a confronto con quella del Consiglio di Stato, che qui non è possibile nemmeno accennare. Ciò che è possibile, però, è menzionare un esempio, a mio avviso particolarmente significativo, di come la “separatezza” dei giudici di ultima istanza abbia per molto tempo conformato diversamente il corredo giuridico dei siciliani rispetto a quello di tutti gli altri.

La giurisprudenza amministrativa di prima istanza, e buona parte di quella di appello – già prima della riforma del processo amministrativo avvenuta con la legge n. 205 del 2001 – come è noto, giungeva a concedere in sede cautelare provvedimenti non soltanto meramente sospensivi, ma anche ordinatori, propul-

contrasto delle disposizioni di attuazione menzionate nel testo con l'art. 23 dello Statuto speciale, ai sensi del quale «*gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione. Le Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti svolgeranno altresì le funzioni, rispettivamente, consultive e di controllo amministrativo e contabile. I magistrati della Corte dei conti sono nominati, di accordo, dai Governi dello Stato e della Regione. I ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato.*»

La tesi della incostituzionalità delle previsioni normative concernenti la nomina dei membri laici ad opera del Presidente della Regione poteva vantare dalla propria parte le seguenti considerazioni. Essendo il C.g.a. configurato dallo Statuto quale “sezione specializzata per territorio” del Consiglio di Stato, esso dovrebbe essere caratterizzato dalla medesima composizione di quest'ultimo. Non dovrebbe essere consentito alle disposizioni di attuazione, dunque, prevedere una composizione speciale dell'organo includente membri nominati in sede regionale. Né, del resto, in senso opposto sarebbe possibile invocare la facoltà – non da ora riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale alle norme di attuazione – di intervenire anche *praeter statutum*, purché non *contra statutum*. Quest'ultimo caso, infatti, è quello che a mio avviso ricorre nella circostanza qui studiata.

Il modello in cui le previsioni normative in discussione si inseriscono, infatti, è presente nel tessuto statutario, ma per un organo diverso dal C.g.a., ossia per l'Alta Corte per la Regione siciliana. In quel caso, infatti, lo statuto immagina non già una “sezione” territorialmente competente della Corte costituzionale (del resto, come è noto, non ancora esistente nel momento in cui questo atto normativo entra in vigore), bensì un organo “omologo”, a quest'ultima, ma da essa distinto (e per questa ragione, come ben risaputo, non ritenuto compatibile con l'assetto del controllo di costituzionalità delineato dalla Costituzione del 1947). In altre parole, solo nel caso in cui lo Statuto avesse disegnato per la giustizia amministrativa un modello “parallelo” a quello dell'ordinamento generale, le disposizioni di attuazione qui studiate sarebbero da ritenere *praeter statutum*. Avendo scelto la diversa strada della “sezione specializzata per territorio” dell'organo giurisdizionale centrale, l'opzione fatta propria dalle disposizioni di attuazione non pare compatibile con le possibilità costituzionalmente assegnate a questa fonte.

Come si accennava nel testo, tuttavia, i giudici di Palazzo della Consulta non sono stati di questo avviso. Nella sent. n. 316 del 2004, infatti, essi ritengono che il menzionato art. 23 dello Statuto siciliano lasci impregiudicate le decisioni concernenti le modalità organizzative dell'organo, e come tali decisioni siano state adottate dalle norme di attuazione in un modo che «non solo non (sarebbe) estraneo al principio di autonomia regionale, come (...) (dimostrerebbero) le (...) disposizioni dello statuto del Trentino-Alto Adige, ma (rispecchierebbe) i contenuti profondi, poiché storicamente radicati, della concezione autonomistica siciliana».

sivi. Ciò in una serie di circostanze, che con il tempo sono andate delineandosi con sempre maggiore chiarezza, e accomunate dalla insufficienza, ai fini della effettività della tutela giurisdizionale resa in sede cautelare, del provvedimento tradizionale della sola sospensione. Al riguardo è possibile far menzione, oltre che dell'impugnazione del silenzio-inadempimento, non solo di quei casi in cui il ricorrente vanta un interesse di tipo pretensivo, ma anche di quelli in cui in giudizio viene dedotta la sussistenza di un interesse oppositivo del privato, il quale però per ottenere integrale tutela della propria posizione giuridica soggettiva aspira anche ad un *facere* dell'amministrazione. Un caso per certi versi "paradigmatico" in cui la giurisprudenza amministrativa concedeva provvedimenti cautelari di tipo propulsivo era quello dei provvedimenti negativi incidenti sulla partecipazione a prove concorsuali o ad esami: in queste circostanze la soluzione adottata era quella della "ammissione con riserva" alle prove.

Questo (variegato) indirizzo caratterizzava, come accennato, la maggior parte della giurisprudenza di primo grado e buona parte di quella di appello. In Sicilia – e qui andiamo al punto che interessa specificamente il tema di questo convegno – dinanzi ad un Tribunale amministrativo regionale la cui sezione catanese largheggiava nella concessione di provvedimenti cautelari "propulsivi", stava come giudice di appello il Consiglio di giustizia amministrativa, e non il Consiglio di Stato il quale, seppur con maggior timidezza rispetto ai giudici di primo grado, aveva mostrato di essere sensibile alle esigenze cui tale indirizzo cercava di offrire una risposta. Il C.g.a., invece, si attestava su posizioni fortemente restrittive: ciò che ha dato luogo ad una lunga serie di casi in cui la concessione in primo grado di una misura ordinatoria è stata sconfessata in sede di appello.

L'esito era dunque quello di una sensibile differenza nel trattamento giurisprudenziale degli interessi legittimi da un lato di chi si trovava a dover ricorrere agli organi di giustizia amministrativa esistenti in Sicilia e dall'altro tutti gli altri. I secondi potevano godere di strumenti cautelari attenti all'effettività della tutela giurisdizionale sostanzialmente negati, invece, ai primi⁹.

⁹ La vicenda ebbe una significativa ribalta anche dinanzi i giudici di Palazzo della Consulta. Il T.A.R. di Catania, infatti, sollevò una questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, nella parte in cui tale norma «non prevede(va) espressamente il potere del giudice amministrativo di sospendere, con ordinanze cautelari propulsive, i provvedimenti negativi e il silenzio-rifiuto dell'amministrazione». La Corte costituzionale – con una decisione formalmente ineccepibile – dichiarò inammissibile però la questione menzionata, poiché, nel prospettarla, il giudice rimettente aveva esplicitamente ritenuto possibile una interpretazione della disposizione oggetto della questione di costituzionalità tale da consentire i provvedimenti cautelari del tipo di quelli più sopra evocati, affermando di aderire alla interpretazione restrittiva, e considerata non compatibile con le norme costituzionali invocate a parametro, soltanto in considerazione della circostanza secondo la quale «la costante interpretazione restrittiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, che costituisce nei suoi confronti "diritto vivente", vanificherebbe l'esigenza costituzionale di assicurare effettiva tutela agli interessi legittimi pretensivi anche nella fase

3. *Come le istituzioni regionali "utilizzano" l'autonomia*

Solo se si volge lo sguardo al modo in cui, in concreto, la Regione siciliana ha fatto uso delle prerogative che lo Statuto le ha consegnato, la crisi della specialità si manifesta però in tutta la sua evidenza.

Il versante della funzione legislativa, innanzi tutto. La Regione siciliana percepisce la propria potestà normativa esclusiva come un "corpo" del tutto separato dall'ordinamento generale, nel quale essa si autodetermina cercando di prescindere il più possibile da sollecitazioni o vincoli che provengano dall'ordinamento generale. Tale approccio è del tutto evidente nel modo in cui le istituzioni isolane ritengono debbano "funzionare" i limiti a tale potestà esclusiva, e tra queste soprattutto le c.d. "norme di grande riforma economico-sociale" poste in essere dallo Stato.

Tali norme di grande riforma, infatti, si limiterebbero ad "obbligare" la Regione siciliana ad adeguare il proprio ordinamento, non riuscendo però ad operare "per forza propria", abrogando le leggi regionali previgenti in contrasto con esse. Ciò in base alla tesi – fatta propria dalla prima dottrina costituzionalistica che ebbe modo di occuparsi del tema – secondo la quale, l'affidamento di alcune materie alla competenza esclusiva regionale (così chiamata perché «esclude ogni competenza statale sulla materia che ne forma oggetto»¹⁰), produrrebbe un duplice effetto:

a) l'*effetto preclusivo*, secondo il quale «nessuna legge o regolamento potranno essere più emanati per l'avvenire da parte dello Stato su quella determinata materia»¹¹;

b) l'*effetto ghighiottina*, secondo il quale le leggi statali vigenti prima dell'entrata in vigore dello Statuto nelle suddette materie mantengono il loro vigore sino alla approvazione delle corrispondenti leggi regionali, «ma non possono più essere modificate o abrogate»¹².

Da ciò una ulteriore conclusione, così sintetizzabile:

c) nel territorio regionale la volontà dello Stato «si esprime esclusivamente attraverso l'organo legislativo della Regione»¹³.

cautelare». Dinanzi ad una simile prospettazione della questione, la Corte ha avuto buon gioco nell'osservare come essa non appariva «volta a rimuovere un dubbio di legittimità costituzionale, che il remittente ha concretamente mostrato di non nutrire affatto e di poter risolvere in via interpretativa», quanto piuttosto «finalizzata a proteggere l'emananda pronuncia definitiva dall'alea di una impugnazione e di un eventuale annullamento da parte del giudice d'appello». Da qui, dunque, la decisione di inammissibilità.

¹⁰ P. VIRGA, *La Regione*, Milano, Giuffrè, 1949, 75.

¹¹ P. VIRGA, *La Regione*, cit., 76.

¹² P. VIRGA, *La Regione*, cit., 76.

¹³ G. LA BARBERA, *Lo Statuto della Regione siciliana*, Palermo, Pezzino, 1953, 86.

Su questi temi, in generale, cfr. la ricostruzione critica di G. VERDE, *Considerazioni conclusive. Risultati della ricerca*, in G. VERDE, G. SCALA, *Legislazione regionale siciliana*, cit., 268 ss.

Tale impostazione – che, come è del tutto evidente, consegna alle istituzioni regionali le “chiavi” dei loro rapporti con l’ordinamento centrale – è stata sconfessata dalla Corte costituzionale. I giudici di Palazzo della Consulta, infatti, hanno affermato che la sopravvenienza di norme di grande riforma economico sociale produce la abrogazione delle norme regionali preesistenti, se contrastanti con le prime, ove ricorra una accertata e diretta incompatibilità¹⁴.

Nonostante ciò, Presidente ed Assemblea regionale rimangono aggrappati alla ricostruzione “separatista” sopra accennata, anche attraverso di atti di esercizio delle funzioni. In tal modo, però, l’esito è disastroso per l’Isola. Come è stato affermato, infatti, così «si concretizza l’idea di una specialità distorta, che non produce alcun beneficio per la comunità regionale, in quanto l’unico effetto che essa determina è quello di impedire che la società siciliana e le istituzioni regionali siano partecipi dei processi di modernizzazione già presenti nell’ordinamento»¹⁵.

È peraltro opportuno sottolineare come la potestà esclusiva non venga utilizzata dalla Regione per perseguire politiche magari “aggressive”, ma comunque guidate da un disegno¹⁶. La legislazione siciliana è infatti soprattutto una legislazione di spesa in favore di determinate categorie di soggetti o, addirittura, di soggetti determinati¹⁷.

¹⁴ L’alternativa, naturalmente, non può che essere quella dell’incostituzionalità sopravvenuta, ove il contrasto non si traduca in quella diretta incompatibilità accennata nel testo. Particolarmente indicativa, al riguardo, è la sent. n. 153 del 1995 (ove però si legge anche un richiamo all’art. 10 della legge n. 62 del 1953 probabilmente fuori luogo). In tema, cfr., tra gli altri, L. LORELLO, *L’autonomia speciale della Regione siciliana a confronto con il nuovo sistema di rapporti tra il livello centrale e quello locale*, in *Rassegna amministrativa siciliana*, 1999, 232 ss.; Id., *La potestà legislativa esclusiva della Regione Sicilia ed il limite delle norme fondamentali di riforma economico sociale. I recenti sviluppi nella giurisprudenza costituzionale*, in G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde (a cura di), *Il Parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, Giappichelli, 2000, 376 ss.

¹⁵ G. VERDE, *Considerazioni conclusive. Risultati della ricerca*, cit., 270.

¹⁶ Come avveniva, invece, nei primissimi anni dell’esperienza siciliana. Si pensi, ad esempio, alla previsione della possibilità, per le società di nuova costituzione nella Regione, «aventi come oggetto la costituzione e l’esercizio di nuovi impianti industriali e le iniziative armatoriali nella Regione stessa», di escludere la nominatività dei titoli azionari, stabilita con la legge regionale 8 luglio 1948, n. 32 (*Norme riguardanti le azioni delle società di nuova costituzione nella Regione*). L’esempio, peraltro, venne seguito anche dalle altre Regioni speciali. Si vedano, al riguardo, la legge della Regione Sardegna 12 aprile 1957, n. 10 (*Facoltà di emettere azioni al portatore per le nuove industrie sarde*); la legge della Regione Trentino-Alto Adige 8 agosto 1959, n. 10 (*Autorizzazione alla emissione di azioni al portatore nella Regione Trentino – Alto Adige*); la delibera legislativa della Regione Valle d’Aosta 6 ottobre 1960 (*Autorizzazione alla emissione di azioni al portatore nella Regione autonoma della Valle d’Aosta*), dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sent. n. 66 del 1961.

¹⁷ Una analisi approfondita dell’esercizio della funzione legislativa in Sicilia è presente in G. VERDE, *La legislazione regionale siciliana*, cit., 97 ss. In questa sede è possibile menzionare, a titolo puramente esemplificativo, disposizioni legislative quale quella contenuta nell’art. 43 della legge regionale n. 21 del 2001, volta a «consentire l’erogazione a favore dei coniugi Giuseppe Calanni Fraccono e Maria Liuzzo Scorpo» di un contributo *una tantum*, o quella reperibile nel successivo art.

Questa ingente politica di distribuzione di denaro pubblico, inoltre, è compiuta in modo sostanzialmente irresponsabile da parte della Regione siciliana. Le risorse finanziarie che essa utilizza, infatti, non sono "proprie", ossia frutto di una propria autonomia impositiva, in relazione alla quale sarebbe chiamata a rispondere politicamente. Sono, invece, frutto di trasferimenti da parte di altri enti. Lo Stato, innanzi tutto, nel passato anche per il tramite di strumenti *ad hoc*, come la Cassa per il mezzogiorno. Negli anni più recenti – diminuito il "fiume" dei trasferimenti statali – l'Unione europea.

4. *Il problema della irresponsabilità fiscale*

Il quadro che si è provato a comporre consegna una visione certo non incoraggiante dell'esperienza siciliana della specialità. Il regime speciale non è stato utilizzato per perseguire politiche imperniate su una visione complessiva della società regionale. Non è stato utilizzato per adeguare il più possibile il concreto svolgimento delle funzioni pubbliche alle peculiari esigenze della realtà siciliana. Non è stato utilizzato per innescare e governare processi di modernizzazione politica ed economica che avrebbero potuto favorire un rilancio di tale realtà. Non è stato utilizzato, infine, per tentare di adeguare le politiche pubbliche alle esigenze dei cittadini.

Simbolo di tutto ciò è lo stato miserando in cui versa l'attività legislativa dell'ARS. Nessuna progettazione del futuro, nessuna scelta politica di sistema volta ad orientare lo sviluppo dell'ordinamento regionale. Solo spartizione di risorse a pioggia e creazione di un sistema amministrativo pletorico ed inefficiente volto più a distribuire reddito che ad assicurare servizi ai cittadini¹⁸.

Tutto ciò è stato realizzato mediante l'utilizzazione di enormi quantità di risorse frutto di trasferimenti da parte di altri soggetti politici, o, comunque, non reperite dalla Regione siciliana mediante una propria autonomia impositiva. Il nodo è essenziale, dal momento che l'assenza di una reale autonomia impositiva non determina il prodursi di meccanismi volti a sanzionare la responsabilità politica connessa all'utilizzo delle risorse. Il cittadino siciliano paga allo Stato somme di denaro che però poi vengono utilizzate dalla Regione. L'ente che riscuote è diverso da quello che spende. In tal modo è difficile connettere una responsabilità politica alle scelte di quest'ultimo, perché sarà il primo ad addossarsi il compito (politicamente) sgradevole di reperire risorse mediante la leva fiscale.

44 del medesimo atto normativo, che contiene la previsione di un contributo in favore della «ditta Salvatore Lauricella».

¹⁸ Su quest'ultimo aspetto è di grande interesse – anche se si tratta di una analisi ormai datata – R. D'AMICO, *Burocrazia e ente regione. L'apparato amministrativo della Regione siciliana*, Bologna, il Mulino, 1978.

Per di più la gestione di tali risorse è compiuta dalla Regione in un regime di sostanziale *separatezza* rispetto allo Stato. Esercita la propria potestà normativa – nella quale sono veicolate le scelte di spesa – per il tramite della competenza esclusiva, interpretata nel modo “distorto” cui più sopra si è fatto cenno. Opera, inoltre, in un contesto in cui i controlli sono svolti da soggetti inseriti nel circuito istituzionale locale (Commissario dello Stato, Consiglio di giustizia amministrativa), sovente “bypassando” il controllo della Corte costituzionale (per le ragioni che ho provato ad accennare più sopra).

In sintesi, è possibile sostenere che la specialità siciliana, per come è stata vissuta ed attuata, non rappresenta altro che un sistema di privilegio per le istituzioni e la classe politica regionale¹⁹, che in tal modo è posta in condizioni di utilizzare enormi quantità di denaro pubblico proveniente da altri soggetti (Stato, UE), senza partecipare ai processi di modernizzazione che si producono nell’ordinamento generale e sottraendosi, almeno in parte, agli ordinari controlli giurisdizionali, nonché ad una efficace sanzione della responsabilità politica.

5. *Regioni speciali, autogoverno e Titolo V*

A seguito della riforma costituzionale del 2001, peraltro, la recessività dell’esperienza della specialità si aggrava non poco. Alla primazia dello Stato succede un sistema imperniato su quello che è stato definito il “pluralismo istituzionale paritario”²⁰ tra gli enti che compongono la Repubblica. In altre parole: lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province ed i Comuni sono oggi enti di pari dignità costituzionale, che si differenziano solo da un punto di vista funzionale²¹. Le diverse dimensioni territoriali dei vari enti li rendono adatti a svolgere compiti differenti. Per di più, quella “direzione preferenziale” che premiava lo Stato a svantaggio degli altri enti in nome dell’interesse nazionale oggi si è addirittura invertita, in base al principio di sussidiarietà, secondo il quale a parità di condizioni (se, cioè, gli enti sono tutti ugualmente adatti a svolgere una determinata funzione) nella allocazione delle funzioni amministrative deve essere preferito il livello territorialmente meno comprensivo, in quanto in esso i cittadini partecipano in modo più significativo alle deliberazioni pubbliche rispetto a

¹⁹ Così G. VERDE, *Considerazioni conclusive*, cit., 261 ss.

²⁰ M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1273, spec. 1274 ss.

²¹ Deve essere però precisato che la ricostruzione accennata nel testo, sebbene condivisa da molti studiosi, trova anche qualche critico in dottrina: cfr., ad es., A. ANZON, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2002, 212-213; R. Bifulco, *Art. 5*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Milano, Utet giuridica-Wolters Kluwer Italia Giuridica, 2006, 132 ss., spec. 145-146.

quanto accada nei livelli di governo maggiormente comprensivi. La ragione è meramente numerica. Il peso esercitato da ciascun cittadino nell'ambito delle procedure democratiche di deliberazione pubblica mediante i propri diritti di partecipazione politica è maggiore, infatti, ove essi si svolgano in ambiti ristretti rispetto all'eventualità in cui si svolgano in ambiti più ampi²².

In quest'ottica, è possibile affermare che il *favor* per l'ente di minori dimensioni sotteso alla logica della sussidiarietà (ed anche della residualità regionale, sul piano della funzione legislativa), rappresenti un migliore inveramento del principio democratico rispetto al sistema precedente alla riforma del 2001.

La applicabilità di tale riforma alle Regioni speciali è però molto problematica.

Una disposizione della richiamata legge costituzionale – il suo ben noto art. 10 – prevede che essa si applichi alle Regioni ad autonomia differenziata nelle parti in cui comporta forme di autonomia più ampie rispetto al regime statutario.

Per le ragioni appena accennate, il “pluralismo istituzionale paritario” ed il principio di sussidiarietà rappresentano, nel complesso, un regime di maggior favore per l'autonomia regionale, intesa come *condizione di autogoverno* delle comunità regionali. Per questo motivo essi – a mio modo di vedere – non possono non applicarsi anche nell'ambito delle Regioni speciali²³.

²² Non si tratta certo di un approccio alla teoria democratica dotato di grande originalità. Le ragioni che lo sostengono, infatti, sono note alla riflessione della filosofia politica almeno a partire da Rousseau. Si veda, al riguardo, J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale o principi del diritto politico*, trad. it. reperibile in Id., *Scritti politici*, 2, Bari, Laterza, 1971, 79 ss., spec. 129 ss.

Su questo punto cfr., inoltre, soprattutto R.A. DAHL, E.R. TUFTS, *Size and Democracy*, Stanford, Stanford University Press, 1973, 6, nonché 44, ove però viene presentato anche un argomento in virtù del quale «one might expect participation to increase with the size of system». Questo argomento tuttavia – essendo imperniato sulla considerazione “statistica” secondo la quale *probabilmente* i sistemi politici più ampi tendono ad essere maggiormente in equilibrio rispetto a quelli più piccoli, rendendo in tal modo politicamente più “importante” il singolo voto – non sembra utilizzabile nell'ambito del diritto costituzionale.

Al riguardo – e rinviando ad altra sede uno studio più approfondito di questo punto di vista – è peraltro possibile evidenziare l'esistenza di buone ragioni per sostenere (almeno in certe condizioni) conclusioni radicalmente divergenti: e cioè che in un meccanismo imperniato su logiche di tipo maggioritarie l'approssimarsi all'autogoverno non cresce con l'equilibrio. Tutto all'opposto. Poiché al crescere dell'equilibrio i “delusi” dalla decisione maggioritaria sono sempre di più si deve viceversa concludere che l'approssimarsi all'autogoverno *cresce* al diminuire dell'equilibrio. Ove invece si voglia mutare sistema di riferimento, e provare a prendere in considerazione le dinamiche delle deliberazioni pubbliche adottate in un parlamentarismo costruito sulla falsariga del modello kelseniano, è agevole evidenziare che l'approssimarsi all'autogoverno non dipende affatto dall'equilibrio, poiché ciascun partito politico in parlamento eserciterà una forza incidente sulla decisione finale che dipende proporzionalmente dal suo “peso”. Di talché la decisione finale, che può essere rappresentata con l'immagine di una “somma vettoriale” delle forze in campo, le rispecchia fedelmente quali esse siano e quale sia la loro (reciproca) consistenza.

²³ Argomento compiutamente questo punto di vista nel mio *L'“adeguamento automatico” degli statuti speciali*, in www.federalismi.it, n. 23/2008.

Purtroppo, la Corte costituzionale ha adottato una posizione contraria a quanto appena esposto, intendendo la clausola di “maggiore autonomia” come riferita non già alla “Regione ordinamento”, e dunque alla collettività in essa stanziata, bensì alla “Regione ente”: ciò che comporta l'impossibilità di percorrere sino in fondo la strada tracciata dalla legge cost. n. 3 del 2001 quando essa porti ad un incremento dei compiti spettanti agli enti locali a scapito di quelli spettanti all'ente Regione. Su queste premesse la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che – per le funzioni che le Regioni speciali esercitano in base al proprio Statuto – non valgono né il pluralismo istituzionale paritario né il principio di sussidiarietà²⁴.

6. *Il senso della specialità, oggi. Il ruolo dalla revisione statutaria*

Rispetto al quadro fin qui delineato, come si collocano le tradizionali “regioni giustificatrici” della specialità? Nel contesto accennato, *sviluppo* e *identità* riescono ancora a veicolare il senso della Regioni speciali?

Quanto allo *sviluppo* il discorso è evidentemente complesso, e mi rendo conto di muovermi su un terreno che non mi compete. È però possibile ritenere che esperienze come quella siciliana mostrano come il sistema di finanziamenti

²⁴ Le sentenze che rilevano, a questo riguardo, sono soprattutto la n. 236 del 2004 e la n. 370 del 2006. Alcuni elementi in controtendenza con queste decisioni, invece, sono desumibili dalla sentenza n. 328 del 2006. In questa decisione, infatti, si legge che «*la più ampia autonomia riconosciuta dalle norme del titolo V della parte seconda della Costituzione alle regioni ad autonomia ordinaria nelle indicate materie di competenza residuale e/o concorrente, rispetto a quella attribuita alla Provincia [autonomia di Trento] dalle norme statutarie nelle corrispondenti materie, è confortata dalla considerazione che (...) ai sensi dell'art. 118 della Costituzione, le funzioni amministrative, attribuite ai Comuni, possono essere conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato “sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza” solo “per assicurarne l'esercizio unitario”.*»

Da tale passo pare lecito desumere che, secondo la Corte, il principio di sussidiarietà applicato alle relazioni “infraregionali” *contribuisce a comporre il quadro di “maggiore autonomia” che caratterizza le Regioni ordinarie rispetto a quelle speciali* a seguito della riforma del 2001. Si tratta di una affermazione di notevole importanza. Tale affermazione è infatti spiegabile soltanto riferendo la (maggiore) autonomia all'ordinamento regionale, e non all'ente Regione, conformemente alle tesi qui sostenute.

Anche la lettura della sent. n. 397 del 2006 può essere utile sul punto. In essa, infatti, lo “statuto giuridico” della sostituzione nei confronti degli enti territoriali subregionali nell'ambito delle Regioni speciali è configurato dalla sent. n. 397 in modo del tutto sovrapponibile a quanto accade in quelle di diritto comune. E ciò in base ad argomentazioni anch'esse del tutto sovrapponibili, impennate sul pluralismo istituzionale paritario e sul (connesso) principio di sussidiarietà (endoregionale). A partire, dunque, dalla applicazione dell'art. 114 Cost. nel contesto della Regione speciale considerata.

In altre parole, a leggere questa decisione, parrebbe che nulla separa il diritto costituzionale delle Regioni ordinarie da quelle delle Regioni speciali in relazione al trattamento ed allo statuto giuridico degli enti territoriali subregionali in esse esistenti. Come si vede, si tratta di una ricostruzione non certo compatibile con quanto affermato dalla precedente sent. n. 370 del 2006, ed invece *molto più vicina alla proposta ricostruttiva avanzata in questa sede.*

“a pioggia” – per di più gestito in regime di (almeno parziale) “separatezza” dal punto di vista giuridico e di sostanziale irresponsabilità dal punto di vista politico – non riesce ad innescare alcun processo produttivo, anzi probabilmente perfino ne ostacola la nascita, deresponsabilizzando i soggetti che ne dovrebbero essere i protagonisti²⁵. Né, del resto, il fronte delle competenze legislative ed amministrative riesce oggi ad offrire alle Regioni speciali – a causa dei motivi più sopra illustrati – una valida ragione per preferire (fatta eccezione per alcune specifiche competenze normative) il regime statutario a quello costituzionale.

Una veloce analisi dei ricorsi presentati dalle Regioni speciali dinanzi la Corte costituzionale consente di mettere alla prova, nella prassi, questa ultima tesi, andando al di là del mero livello politico, nel cui ambito la rivendicazione della specialità non è mai mancata, ed anzi, se possibile, si è negli ultimi anni persino rafforzata. Una considerazione complessiva delle questioni proposte in via principale avverso norme contenute in leggi dello Stato, infatti, evidenzia come i parametri reperiti nell'ambito del Titolo V della Costituzione siano invocati con grande frequenza da questo tipo di Regioni, seppur di solito congiuntamente a parametri statuari. E se la giurisprudenza costituzionale, in una prima fase, aveva mostrato un certo rigore nel richiedere, a pena di inammissibilità, la subordinazione della questione imperniata su un tipo di parametri a quella imperniata su un altro tipo di parametri, negli ultimi tempi pare aver “ammorbidito” il proprio indirizzo, giungendo talvolta anzi ad offrire soluzioni di questioni di costituzionalità in base a norme della legge cost. n. 3 del 2001 senza motivare in alcun modo circa la loro “preferibilità” per le Regioni speciali e dunque circa la loro applicabilità a queste ultime ai sensi della clausola di adeguamento automatico contenuta nell'art. 10 della legge costituzionale citata²⁶.

In relazione alla possibilità per gli statuti speciali di rappresentare un veicolo per *identità* particolari delle relative Regioni, la questione è più complessa, e ad alcuni dei temi che essa interseca è possibile in questa sede soltanto accennare.

Concordo con Pietro Pinna²⁷ quando vede nella peculiare identità culturale della comunità regionale la ragione che oggi è in grado di sostenere l'autonomia

²⁵ Sono numerosi i contributi che evidenziano la necessità di meccanismi di responsabilità fiscale al fine di migliorare l'efficacia e l'efficienza della spesa pubblica. O quelli che addirittura imputano ad un sistema di finanza quasi non autonomo né responsabile le colpe principali della perdurante arretratezza economica del meridione. A questo riguardo si vedano – pur se inserite in un contesto di stampo “ultraliberista” che non mi sento di condividere – le interessanti analisi di P. Falasca, C. Lottieri, *Come il federalismo fiscale può salvare il Mezzogiorno*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.

²⁶ Cfr., ad es., le sentt. n. 398 e 399 del 2006.

Sui temi da ultimo accennati nel testo sia consentito rinviare a A. Borzi, S. Pajno, *La giurisprudenza costituzionale di interesse delle Regioni e degli enti locali – Rassegna delle decisioni dell'anno 2006*, in www.federalismi.it, 89 ss.

²⁷ Si veda, ancora, la relazione presentata al citato convegno sul tema *Paolo Dettori e la nuova autonomia*.

speciale, e nell'autonomia speciale il mezzo capace di veicolare uno sviluppo dell'identità culturale. Ciò, però, ad alcune condizioni.

a) La prima è prendere atto della circostanza secondo la quale le peculiarità dell'identità regionale si inseriscono – come lo stesso Pietro Pinna ha efficacemente messo in evidenza nella sua relazione – in un contesto pluralistico “esplosivo”, caratterizzato da soggettività polverizzate delle quali l'ordinamento costituzionale generale deve farsi carico di ricercare le condizioni della pacifica convivenza.

Tutto ciò, naturalmente, si riproduce anche nell'ambito della Regione speciale. La conclusione che, a mio modo di vedere, è possibile trarre da questa premessa è la seguente. L'affermazione della speciale identità regionale non può condurre alla inclusione nello statuto speciale di principi sostantivi in grado di incidere sulle condizioni della convivenza generale stabilite dalle fonti costituzionali “ordinarie” e sempre in grado di prevalere su queste ultime, alle quali deve essere invece lasciata “l'ultima parola” sulle condizioni generali della convivenza.

La medesima tesi, nell'ambito dello studio delle fonti del diritto, suona così: la riforma dello Statuto speciale posta in essere con la procedura prevista dalla legge costituzionale n. 2 del 2001 non può prevalere, mancando nel suo *iter* di formazione il referendum nazionale, su successive leggi costituzionali tipiche.

In sintesi, si può ritenere che mediante le richiamate disposizioni della legge cost. n. 2 del 2001 sia stata istituita una ulteriore fonte del diritto, subordinata alle fonti di rango costituzionale ma sovraordinata rispetto al livello primario, e ciò in virtù di un procedimento che – rispetto a quello della legge formale ordinaria – si presenta sì aggravato, ma in “misura” inferiore a quello che caratterizza le leggi costituzionali, e per di più in relazione ad un passaggio procedurale particolarmente qualificante quale il *referendum* nazionale.

Non è però la “bruta” preminenza del momento di unificazione politica che si produce al livello statale rispetto a quello regionale che giustifica la preferenza della legge costituzionale. Anzi, come si è avuto modo di porre in evidenza, sono reperibili nel sistema indizi in grado di far invertire quella condizione di preminenza di cui godeva l'indirizzo politico statale rispetto a quello prodotto al livello regionale. È invece la circostanza secondo la quale le scelte che lo Statuto speciale è destinato a compiere riguardano l'ordinamento generale almeno quanto quello regionale. Esse, infatti, sono in grado di incidere sul senso della vita associata, sui meccanismi solidaristici tra le diverse collettività stanziate sul territorio nazionale, sui processi di unificazione della collettività ultraregionale. Per questa ragione non può essere negata la preminenza assiologica della fonte che è in grado di coinvolgere il corpo elettorale nazionale, e dunque la sua superiorità gerarchica rispetto alla fonte che non lo è²⁸.

²⁸ Tale tesi può vantare a proprio sostegno anche un argomento testuale. Le disposizioni della legge cost. n. 2 del 2001, infatti, non si spingono ad affermare che la revisione statutaria avverrà

La fonte di revisione statutaria, dunque, non è una legge costituzionale, ma una fonte ad essa subordinata, caratterizzata da un procedimento disciplinato (anche) mediante la tecnica del rinvio all'art. 138, ed abilitata a disporre in contrasto con norme di rango costituzionale, realizzando così un fenomeno di “decostituzionalizzazione” in senso tecnico accostabile alla “delegificazione” disciplinata dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988²⁹.

b) La seconda condizione è la seguente. Che – proprio perché le peculiarità dell'identità regionale si inseriscono in un contesto di pluralismo “esplosivo”, al quale si aggiungono come ulteriore variabile – esse non possono essere “fotografate”, ma vanno “vissute”. Anche in questo caso concordo con quanto affermato nella relazione di Pinna. Se si parte dalla premessa accennata, secondo la quale l'identità speciale è una delle tante variabili che caratterizzano il multiforme gioco combinatorio del pluralismo di oggi, essa non potrà essere “ritratta”³⁰ staticamente, andando alla ricerca di una sua presunta sostanza storico-culturale. Dovrà, viceversa, essere “agita” nelle forme della deliberazione pubblica. Per questa ragione, la specialità come veicolo di autonomia ha un senso solo ove pensata come via per irrobustire gli strumenti autogoverno delle comunità presenti nel territorio regionale. Solo in questo modo sarà possibile fare interagire produttivamente l'identità della Regione speciale con le altre variabili del pluralismo contemporaneo.

Tutto ciò, però, oggi incontra uno scoglio non da poco. Come è noto, e come ho accennato più sopra, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha posto ostacoli significativi al pieno esplicarsi del principio che oggi, nell'ordina-

mediante leggi costituzionali non sottoponibili a *referendum* nazionale: si limitano, invece, a disporre che per le modificazioni dello Statuto «si applica il procedimento stabilito dalla Costituzione per le leggi costituzionali», con l'ulteriore precisazione della sottrazione al *referendum*. In altre parole, la legge cost. n. 2 del 2001 si guarda bene dall'attribuire alla fonte regolata il *nomen iuris* di “legge costituzionale”, limitandosi a rinviare all'art. 138 Cost. per la individuazione del relativo procedimento per quanto in essa non espressamente previsto.

Inoltre, in tal modo si riesce anche a recuperare il senso dell'art. 116 Cost., il quale mantiene l'abilitazione alla legge costituzionale “vera e propria” a definire la posizione costituzionale complessiva delle Regioni speciali.

²⁹ Una argomentazione più approfondita di questa proposta interpretativa è reperibile in S. Pajno, *La revisione degli statuti speciali nel sistema delle fonti*, in O. Chessa, P. Pinna, *La riforma della Regione speciale: dalla legge statutaria al nuovo statuto speciale*, Torino, Giappichelli, 2008, 3 ss. Aderisce a questa ricostruzione anche M. Cecchetti, *Attualità e prospettive della “specialità” regionale alla luce del “regionalismo differenziato” come principio di sistema*, in www.federalismi.it, n. 23/2008, 17.

Contra P. Pinna, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, cit., 127 ss.

Un posizione più articolata, invece, è reperibile in O. Chessa, *La specialità regionale tra leggi di revisione della Costituzione e altre leggi costituzionali*, in S. Pajno, G. Verde (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto. II. Le fonti delle autonomie territoriali*, in corso di pubblicazione.

³⁰ L'espressione è anch'essa di P. Pinna, che la utilizza nella sua relazione contenuta al citato convegno sassarese.

mento costituzionale generale, rappresenta la forma più avanzata raggiunta dal principio democratico e da quello autonomista, ossia il principio di sussidiarietà.

Lasciando da canto la questione della condivisibilità o meno del percorso argomentativo che ha condotto la giurisprudenza costituzionale a questo approdo, il risultato, dunque, è che per adeguare l'ordinamento delle Regioni speciali al regime che ormai caratterizza i rapporti tra istituzioni pubbliche, e tra cittadini ed istituzioni pubbliche nel resto del Paese, e per consentire all'autonomia speciale di essere davvero il veicolo di quella speciale identità che vorrebbe avere alla propria base, l'unica via è la riforma dello Statuto, che quindi si presenta, oggi, come un passaggio obbligato per dotare le comunità politiche delle Regioni speciali di quella medesima "dignità istituzionale" che caratterizza quelle delle Regioni ordinarie. E per dare nuova linfa alla specialità nel contesto del pluralismo istituzionale paritario³¹.

THE FAILURE OF SPECIAL REGIONALISM

by Simone Pajno

Abstract

The aim of this essay is to briefly deal with the role of the category of regions usually called "Regioni Speciali". In section 2 I study the reasons at the ground of "special regionalism". Section 3 describes the most important features of the "real life" of the *Regioni speciali*, and of *Regione siciliana* in particular. This kind of Regions never enjoyed the special treatment one could infer from the constitutional text. Section 4 will hold the importance of fiscal federalism.

In section 5 I attempt to offer a comprehensive reading of the shape that l. cost. 3/2001 gave to the Italian system. The main idea is that the constitutional reform determined the fall of the State's superiority. The key-words I use to explain this point of view are "*pluralismo istituzionale paritario*" (that can be translated as "equal institutional pluralism") and "*sussidiarietà*" (subsidiarity). Of course, subsidiarity is a well-known concept in political and legal studies. The thesis I try to draw is that in this context the role of the "*statute speciali*" is significantly different from before. They now have to offer the tools to make the democracy in "*Regioni speciali*" more profound. They have not to be used to build boundaries between the general legal order and the regional one.

³¹ Un'ultima precisazione può forse essere utile in chiusura di questo breve scritto. Il contesto del pluralismo istituzionale paritario consente elementi di differenziazione che interessino singole Regioni. Ciò è mostrato inequivocabilmente dall'art. 116, terzo comma, Cost. Dello strumento disciplinato da questa disposizione costituzionale possono far uso, già oggi, le Regioni speciali, in virtù della clausola di adeguamento automatico (in questo senso, tra gli altri, M. Cecchetti, *Attualità e prospettive*, cit., part. la nt. 8 per indicazioni bibliografiche sul punto). Dunque, in questo contesto, "rapporti singoli" con lo Stato sono ammessi, anche se in relazione a settori materiali specifici, e comunque nel quadro dei principi di sistema offerti dal Titolo V della Costituzione, ed in particolare nel contesto del pluralismo istituzionale paritario retto dal principio di sussidiarietà.

La “svolta convenzionalista” del positivismo giuridico contemporaneo: una breve ricostruzione critica

di Aldo Schiavello

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Tre concezioni della normatività del diritto. - 2.1. Il modello del bandito. - 2.2. Il modello della morale. - 2.3. Il modello dell'autonomia. - 3. La genesi della svolta convenzionalista. - 3.1. La concezione originaria dell'obbligo giuridico proposta ne *Il concetto di diritto*. - 3.2. I limiti della *practice theory of norms*. - 4. La svolta convenzionalista di Hart nel *Poscritto*. - 5. La “svolta convenzionalista” presa sul serio (e i suoi limiti).

1. *Premessa*

In questo saggio si analizza la cosiddetta svolta convenzionalista del positivismo giuridico soltanto in relazione al tema dell'obbligo politico e delle normatività del diritto¹. Pur non potendo argomentare al riguardo, ritengo che questa sia la prospettiva più interessante da cui guardare al convenzionalismo giuridico, nonché quella che consente di comprendere meglio la genesi della svolta convenzionalista del positivismo giuridico contemporaneo.

Il tema dell'obbligo politico è un classico della filosofia giuridica e politica. È a partire dal *Critone* di Platone che la questione è stata impostata nei termini che saranno seguiti dalla riflessione filosofica successiva ed è sempre nel medesimo dialogo socratico che è possibile rinvenire, in forma embrionale, le principali giustificazioni che verranno avanzate, di volta in volta, a sostegno dell'ob-

¹ In questa sede le espressioni ‘obbligo politico’, ‘obbligo giuridico’, ‘normatività del diritto’ e simili sono utilizzate in modo intercambiabile. In Italia, a cavallo tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso, si è sviluppato un interessante dibattito circa l'opportunità di distinguere l'obbligo politico dall'obbligo giuridico. Favorevoli alla distinzione erano Uberto ScarPELLI e Alessandro Passerin D'Entrèves, contrario era invece Norberto Bobbio. Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 127-134; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970, pp. 67-86; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pp. 110-117; ID., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra* (ed. or. 1961), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 233-244. Per una ricostruzione del dibattito, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, Roma-Bari, seconda edizione riveduta 1990, pp. 963-975.

bligio politico. Seguendo A. John Simmons, è possibile distribuire le teorie dell'obbligo giuridico in quattro gruppi².

La distinzione principale è quella tra teorie "comunitariste" e teorie "individualiste". Le prime – tra i cui sostenitori si possono annoverare Platone, Aristotele, Hegel e Wittgenstein – ritengono che l'identità individuale dipenda in larga misura dall'appartenenza ad una comunità sociale e politica; per tali teorie, l'appartenenza ad una comunità non è il frutto di una scelta e l'obbligo politico non è che una implicazione di tale appartenenza. Le teorie individualiste negano la dimensione eminentemente politica degli esseri umani; l'ambito politico è soltanto un aspetto – contingente e non essenziale – della vita umana.

Una ulteriore distinzione, interna alle teorie individualiste, è quella tra teorie volontariste e teorie anti-volontariste. Le prime riconducono l'insorgere dell'obbligo politico ad un atto volontario dell'individuo; ad esempio, secondo John Locke è il consenso, espresso o tacito, prestato dagli individui all'autorità del sovrano a produrre l'obbligo di obbedienza. Le teorie anti-volontariste non ritengono che sia centrale, al fine della giustificazione dell'obbligo politico, la scelta degli individui ma le caratteristiche contingenti dell'assetto sociale all'interno del quale essi si trovano a trascorrere l'esistenza. A differenza di ciò che si potrebbe pensare ad una lettura superficiale, le teorie che fondano l'obbligo politico su un contratto ipotetico, come ad esempio la giustizia come equità di John Rawls, possono essere inserite in questo gruppo. Esse infatti, mettendo in primo piano non il consenso, reale o ipotetico, di individui in carne ed ossa, ma il consenso presunto di individui pienamente razionali in una ipotetica situazione iniziale, riconducono l'obbligo giuridico alla presenza di istituzioni giuste.

Come anticipato, l'angolo visuale da cui qui si guarda alla questione della normatività del diritto è quello, circoscritto, del positivismo giuridico contemporaneo (in particolare quello hartiano e post-hartiano), caratterizzato dalla cosiddetta "svolta convenzionalista". Il merito di questa versione del positivismo giuridico è, innanzitutto, quello di non avere trascurato il tema dell'obbligo giuridico³; in secondo luogo, quello di avere tentato di proporre una spiegazione

² A.J. SIMMONS, *Obligation, political*, in E. CRAIG (General Editor), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London & New York, 1998, Volume 7, pp. 76-80.

³ Spesso i giuspositivisti ritengono che il positivismo giuridico avanzi soltanto una tesi concettuale, e precisamente la tesi che per rispondere alla domanda "che cos'è il diritto?" bisogna guardare esclusivamente a fatti sociali. Michael Hartney ad esempio sostiene che «il positivismo giuridico è semplicemente una teoria su ciò che è diritto e niente di più: solo le regole che derivano da fonti sociali sono regole giuridiche. *Il positivismo giuridico non è una teoria linguistica, né una teoria morale o una teoria circa gli obblighi morali del giudice. Alcuni teorici del diritto possono essere positivisti giuridici perché sono scettici morali o utilitaristi o autoritari in politica o perché ritengono che tutte le leggi siano comandi, ma nessuna di queste teorie è parte del positivismo giuridico*» [M. HARTNEY, *Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation*, "Ratio Juris", 7, 1994, pp. 44-55, la citazione è a p. 48, corsivo aggiunto].

dell'obbligatorietà del diritto almeno in parte originale rispetto alle spiegazioni elaborate in precedenza; in terzo luogo, quello di avere tentato di distinguere l'obbligo giuridico rispettivamente dall'obbligo morale e dalla coazione.

2. Tre concezioni della normatività del diritto

In generale, il discorso sulla normatività del diritto ha a che fare con la capacità del diritto di essere una ragione giustificativa per l'azione⁴. Il termine 'ragione' è un termine ambiguo⁵ in quanto significa sia 'giustificazione' sia 'spiegazione'. Distinguere tra questi due significati è molto complicato e non intendo dilungarmi su tale questione⁶. È sufficiente osservare che vi è un evidente collegamento tra la distinzione *giustificazione/spiegazione* e quella tra *punto di vista interno/punto di vista esterno*⁷. Una ragione è una giustificazione per coloro che la accettano come una buona ragione, una ragione valida, per credere o per fare qualcosa⁸. Una ragione giustifica dunque credenze e comportamenti per coloro che adottano, rispetto ad essa, una prospettiva interna. La medesima ragione riveste invece il ruolo di semplice spiegazione di credenze e comportamenti altrui per coloro che si pongono, rispetto ad essa, da una prospettiva esterna.

Il discorso sulla normatività del diritto riguarda la capacità del diritto di essere una ragione giustificativa dell'azione.

⁴ Il discorso sulla normatività del diritto è impostato in questo modo a partire da J. RAZ, *Practical Reason and Norms (with a new postscript)*, Oxford University Press, Oxford, 1990 (ed. or., Hutchinson, London, 1975).

⁵ Accolgo qui la distinzione tra "omonimia", che denota quel fenomeno linguistico per il quale una stessa parola sopporta significati tanto diversi l'uno dall'altro da apparire irrelati (ad esempio: 'tara' come ciò che si deve detrarre dal peso lordo per avere il peso netto e 'tara' come malattia ereditaria) ed "ambiguità", che invece è un fenomeno linguistico che presuppone un certo grado di correlazione tra i diversi significati espressi dallo stesso vocabolo. Cfr. M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica. Seconda edizione*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 73-74. Contra, cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 360-366.

⁶ Su tale distinzione, cfr. C.S. NINO, *Legal Norms and Reasons for Action*, "Rechtstheorie", 15, 1984, pp. 489-502, in particolare pp. 489-490; J. RAZ, *Reasons: explanatory and normative*, in C. SANDIS (edited by), *New Essays in the Explanation of Action*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2009, pp. 184-202, in particolare pp. 186-189.

⁷ Su questa distinzione, si veda almeno H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961; 1994²), trad. it. M. Cattaneo, Torino, Einaudi, 2002, pp. 68-70, 105-108, 120-130, 136-139, 289-290. Per una ricostruzione di questa distinzione che tenga conto delle molteplici implicazioni ad essa riconducibili cfr. E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 33-45. Infine, per una indagine sui presupposti filosofico-generalisti di questa distinzione si veda eventualmente A. SCHIAVELLO, *Internal point of view: Dworkin a confronto con Hart*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 177-197.

⁸ Cfr. ad esempio T. SCANLON, *What We Owe to Each Other*, The Belknap Press, of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1998, p. 17.

Il diritto è dunque una ragione giustificativa dell'azione?

Le possibili risposte affermative a questa domanda sono riconducibili a tre alternative⁹: a) la normatività del diritto dipende dalla coazione (“modello del bandito”); b) la normatività del diritto dipende da ragioni morali (“modello della morale”); c) la normatività del diritto è indipendente sia dalla coazione sia da ragioni morali e deve essere ricondotta a quelle che adesso possiamo accontentarci di denominare, genericamente, “ragioni giuridiche” (“modello dell'autonomia”).

2.1. *Il modello del bandito*

Il modello del bandito si ataglia a tutte le concezioni del diritto che possono essere legittimamente considerate versioni dell'imperativismo. Tale modello risulta particolarmente adeguato per esemplificare le caratteristiche salienti dell'imperativismo difeso da autori quali, tra gli altri, Jeremy Bentham, John Austin e August Thon¹⁰.

Herbert Hart tratteggia questo modello nel modo seguente:

Si tratta [della situazione] illustrata dall'esempio del bandito che dice all'impiegato di banca: “Consegnami il denaro o sparo”. La sua caratteristica differenziale, che induce a parlare del bandito come di qualcuno che *ordina* e non *chiede* soltanto, e tanto meno supplica l'impiegato di consegnargli il denaro, consiste in ciò, che per garantire l'adempimento dei desideri da lui espressi, chi parla minaccia di fare qualcosa che una persona normale considererebbe dannoso o poco piacevole, e rende l'atto di conservare il denaro un tipo di condotta sostanzialmente meno preferibile per l'impiegato¹¹.

Un presupposto imprescindibile dell'efficacia di un comando è che gli individui coinvolti – vale a dire, chi impartisce il comando e chi lo riceve – siano individui razionali. Questo significa essenzialmente che emittente e ricevente posseggano due capacità.

La prima è una adeguata competenza linguistica e comunicativa. Chi impartisce un comando deve essere in grado di esprimere linguisticamente i suoi stati psicologici e, in particolare, deve essere in grado di comunicare sia il suo desiderio che colui che riceve l'ordine ponga in essere un certo comportamento sia la sua volontà di nuocere in caso di rifiuto. Il destinatario del comando deve

⁹ La distinzione tra queste tre opzioni è suggerita, ad esempio, da J.C. BAYÓN, *Deber jurídico*, in E. GARZÓN VALDÉS, F.J. LAPORTA (ed.), *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 313-314.

¹⁰ Le differenze tra le concezioni del diritto difese da questi autori sono almeno altrettanto rilevanti delle somiglianze che qui vengono evidenziate. Su questo, cfr. P. CHIASSONI, *L'utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2005, e ivi, in particolare, i capp. II e III.

¹¹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 24.

essere capace di comprendere che l'emittente desidera che egli ponga in essere un determinato comportamento e che ha l'intenzione e la capacità di indurlo a porre in essere il comportamento desiderato.

La seconda capacità richiesta all'emittente ed al ricevente è quella di sviluppare ragionamenti, inferenze logiche. Più precisamente, le parti coinvolte devono essere in grado di compiere un ragionamento pratico, un ragionamento cioè che consenta di stabilire come bisogna comportarsi in una situazione data. Uno schema del ragionamento pratico rilevante in frangenti del genere è il seguente:

- voglio conseguire lo scopo X;
- se non farò A, non conseguirò X;
- ∴ devo fare A.

Nell'esempio del bandito, il ragionamento che compie il cassiere è all'incirca il seguente:

- non voglio essere ucciso (voglio rimanere in vita);
- se non consegnerò il denaro, verrò ucciso;
- ∴ devo consegnare il denaro.

Le prospettive giusfilosofiche che adottano il modello del bandito per spiegare la normatività del diritto ritengono che ciò che rende obbligatorio il comportamento prescritto dalle norme giuridiche sia, in ultima istanza, l'esistenza di sanzioni che si applicano nel caso di trasgressioni. Le sanzioni, che sono un elemento delle prescrizioni giuridiche, rappresentano una motivazione ed una giustificazione del fatto che i destinatari delle prescrizioni adempiano a quanto richiesto, così come la pistola puntata alla tempia motiva e giustifica il cassiere a consegnare i soldi al rapinatore.

2.2. *Il modello della morale*

L'intuizione che individua nella coazione l'aspetto saliente del diritto è controbilanciata dalla percezione di un collegamento molto stretto tra diritto e morale, tra obbligo giuridico ed obbligo morale. Come nota sempre Hart, vi sono almeno tre indizi che spingono a ricondurre il diritto alla morale¹².

Il primo è che diritto e morale condividono la terminologia: si parla di obblighi, doveri e diritti sia in ambito morale sia in ambito giuridico.

Il secondo indizio è che tutti gli ordinamenti giuridici "riproducono la sostanza di certe fondamentali esigenze morali". Tutti gli ordinamenti giuridici, ad esempio, contengono norme che vietano l'omicidio e l'uso indiscriminato della violenza.

Il terzo indizio è rappresentato dall'esistenza di una nozione, quella di giu-

¹² Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 9-17, 98-108; 182-246. Per una ricostruzione approfondita delle tesi di Hart sui rapporti tra diritto, giustizia e morale, cfr. M. RICCIARDI, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, ETS, Pisa, 2008, pp. 221-263.

stizia, che sembra fare da *trait d'union* tra il diritto da un lato e la morale dall'altro. Questa affermazione può essere confermata da una analisi della terminologia utilizzata: i giudici sono chiamati a fare "giustizia secondo diritto"; delle leggi si può dire che siano giuste o ingiuste e così via.

Il legame molto stretto tra diritto e morale conduce alcuni autori a spiegare la normatività del diritto e l'obbligo giuridico a partire dall'obbligo morale. L'obbligo giuridico viene dunque appiattito sull'obbligo morale: ciò che chiamiamo "obbligo giuridico" non è altro che un tipo particolare di obbligo morale.

Secondo questa impostazione il diritto è normativo se, e nella misura in cui, è possibile rinvenire, all'apice della scala costituita dalle ragioni per agire, genuine ragioni morali che prescrivono di fare ciò che è richiesto dal diritto. Soltanto le ragioni morali, dunque, sarebbero genuine ragioni per agire, mentre le ragioni giuridiche sarebbero, nella migliore delle ipotesi, soltanto ragioni *prima facie* in attesa di essere confermate o meno da parte delle ragioni "ultime", vale a dire da parte delle ragioni morali.

È interessante individuare le principali differenze tra il modello del bandito e il modello della morale.

Le situazioni del tipo di quelle esemplificate dal modello del bandito non sono in grado di produrre obblighi genuini; in breve, non sarebbe del tutto appropriato dire che il cassiere minacciato da un rapinatore armato aveva l'obbligo di consegnare a quest'ultimo il denaro. Più consono sarebbe presentare la situazione dicendo che il cassiere è stato costretto o obbligato a consegnare il denaro al rapinatore. In altri casi noi siamo invece disposti ad esprimerci in termini di obbligo. Ciò è certamente vero quando ci troviamo nell'ambito della morale (ma è vero – almeno secondo Hart che, pure, rifiuta di appiattare l'obbligo giuridico sull'obbligo morale – anche quando ci troviamo in ambito giuridico). Espressioni come "Tizio ha l'obbligo di prendersi cura dei vecchi genitori" o "Caio ha l'obbligo di arruolarsi per difendere il suo paese" sono assolutamente corrette. La diversa terminologia che accompagna la situazione del bandito e quella dell'obbligo morale è indice di importanti differenze tra le due situazioni. Qui mi limito ad individuare le due principali.

Nelle situazioni esemplificate dal modello del bandito è centrale l'elemento psicologico. L'affermazione che il cassiere è stato costretto a consegnare il denaro al rapinatore presuppone che il cassiere ritenesse di poter essere ucciso qualora non avesse ottemperato al comando e che il motivo o la ragione per cui ha fatto quello che il rapinatore gli chiedeva fosse proprio di sfuggire a questa conseguenza spiacevole. La credenza ed il motivo (o la ragione) appena esplicitati hanno chiaramente a che fare con la sfera psicologica di chi è soggetto al comando. La sfera psicologica perde invece di centralità nel caso dell'obbligo morale. L'obbligo di Tizio di prendersi cura dei vecchi genitori è indipendente dal fatto che Tizio creda che incorrerà in qualche conseguenza spiacevole qualora non ottemperi al suo obbligo. Che il cassiere creda di essere ucciso se non consegna il denaro al rapinatore è condizione necessaria e sufficiente per affer-

mare che il cassiere è obbligato a consegnare il denaro al rapinatore; che Tizio creda di poter subire una conseguenza spiacevole – ad esempio, essere oggetto di riprovazione da parte dei parenti – se non si occupa degli anziani genitori non è condizione né necessaria né sufficiente dell'esistenza del suo obbligo.

La seconda differenza tra il modello del bandito ed il modello della morale riguarda l'aspetto predittivo, che è centrale nel primo caso e non nel secondo. Chi afferma che il cassiere è obbligato a consegnare i soldi al rapinatore, presuppone che qualora il cassiere non asseconi la richiesta del rapinatore incorrerà in una sanzione (essere ucciso, ad esempio). Nel modello della morale, invece, la probabilità che il non ottemperare ad un proprio obbligo sia seguito da una sanzione non è decisiva per predicare la sussistenza dell'obbligo in questione. L'obbligo di Tizio di prendersi cura degli anziani genitori sussiste anche se è altamente improbabile che qualora egli non lo faccia incorrerà in una sanzione. Quindi, in relazione al modello della morale (e a differenza del modello del bandito) non è contraddittorio affermare “Tizio ha l'obbligo di badare agli anziani genitori, ma non c'è alcuna probabilità che i suoi parenti lo criticino qualora non lo faccia”, né è ridondante affermare “Tizio ha l'obbligo di badare agli anziani genitori, ed è molto probabile che qualora non lo faccia sarà criticato dai suoi parenti”¹³.

2.3. *Il modello dell'autonomia*

Il modello dell'autonomia cerca di sfuggire a questi opposti riduzionismi. L'idea di fondo condivisa dai sostenitori di questa prospettiva anti-riduzionista della normatività del diritto può essere compendiata in poche righe: esistono genuine ragioni giuridiche in grado di giustificare – alla stregua di ragioni di altra natura quali, ad esempio, ragioni morali o prudenziali – azioni e comportamenti. Tali ragioni sono “genuine” nel senso che non possono essere ricondotte a ragioni di tipo diverso e, specificamente, alle ragioni morali. Si tratta dunque di ragioni “tutto considerato” e non di mere “ragioni *prima facie*”.

Il convenzionalismo giuridico è una concezione della normatività del diritto che può essere ricondotta a questo terzo modello.

In questo articolo seguirò lo schema seguente: (a) proporrò una ricostruzione delle ragioni che hanno portato alla svolta convenzionalista del positivismo giuridico contemporaneo; (b) presenterò i tratti salienti della concezione convenzionalista dell'obbligo giuridico avanzata da Hart nel *Poscritto*; (c) evidenzierò i limiti di tale concezione.

¹³ Così B. CELANO, *Introduzione alla teoria del diritto di H.L.A. Hart. Dispense del corso di Teoria generale del diritto*, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo, a.a. 2001-2002 (<http://www.unipa.it/~dps/docenti/celano/Dispense/INHA0102.doc>), 2002, p. 38.

3. *La genesi della svolta convenzionalista*

3.1. *La concezione originaria dell'obbligo giuridico proposta ne Il concetto di diritto*

I presupposti della svolta convenzionalista del positivismo giuridico contemporaneo vanno ricercati nella *practice theory of norms* di Hart o, più precisamente, nei limiti della concezione generale dell'obbligo che può essere ricavata dalla analisi hartiana delle regole sociali.

Secondo Hart, l'esistenza di una regola sociale è, una condizione necessaria ma non sufficiente affinché un determinato comportamento venga configurato in termini di obbligo: se una persona ha l'obbligo di fare qualcosa, allora sarà sempre possibile rinvenire una regola sociale che fondi (o, meglio, che contribuisca a fondare) tale obbligo; tuttavia, non ogni regola sociale è indice dell'esistenza di un obbligo. Hart evidenzia tre condizioni che, unitamente all'individuazione di una regola, consentono di ricostruire un determinato comportamento in termini di obbligo.

La prima è che vi sia una "persistente generale richiesta di conformità" al modello di condotta prescritto dalle regole ed una "grande pressione sociale" su coloro il cui comportamento configuri una deviazione da tale modello.

La seconda condizione è che le regole «sostenute da questa seria pressione veng[al]no considerate importanti perché sono ritenute necessarie per il mantenimento della vita sociale o di qualche caratteristica di questa altamente apprezzata»¹⁴. Per dirla con Neil MacCormick, «gli obblighi dipendono, almeno in parte, dal grado di rilevanza delle norme»¹⁵.

La terza, infine, è che il comportamento che configura l'adempimento di un obbligo implichi un sacrificio o una rinuncia e, di conseguenza, vi sia una "permanente possibilità di conflitto" tra l'obbligo da un lato e l'interesse personale dall'altro.

Peter Hacker disarticola la teoria hartiana dell'obbligo in otto condizioni¹⁶.

La prima condizione è che la regola sociale richieda a coloro che sono ad essa soggetti di comportarsi (o di astenersi dal comportarsi) in un certo modo in determinate circostanze.

La seconda condizione è che la maggior parte dei membri del gruppo ritengano che la regola sociale in questione sia importante per il mantenimento della vita sociale o di qualche caratteristica di questa altamente apprezzata.

¹⁴ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 104.

¹⁵ N. MACCORMICK, *Diritto, morale e positivismo giuridico*, ora in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione* (1986), trad. e cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 157-179, la citazione è a p. 166.

¹⁶ P.M.S. HACKER, *Hart's Philosophy of Law*, in P.M.S. HACKER, J. Raz (ed.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, 1977, pp. 1-25.

La terza condizione è l'esistenza di un conflitto potenziale tra la condotta richiesta dalla regola sociale e i desideri di coloro che sono soggetti alla regola.

La quarta condizione è l'esistenza di una conformità generalizzata da parte del membri del gruppo nei confronti di quanto prescritto dalla regola. In altri termini, la regola deve essere tendenzialmente efficace.

La quinta condizione è che le deviazioni dalla regola siano seguite da serie reazioni critiche tali da rendere il comportamento deviante meno conveniente.

La sesta condizione prevede che le eventuali deviazioni dalla regola siano considerate come una buona ragione per una reazione critica.

La settima condizione prevede che tale reazione critica sia generalmente considerata legittima; in altri termini, di solito la critica per la deviazione dalla regola non è seguita da una contro-critica.

Infine, l'ottava condizione è che nel criticare i comportamenti devianti si faccia largo uso del linguaggio normativo.

Quello che è importante sottolineare è che all'apice del processo di giustificazione del comportamento c'è una regola sociale. Per dirla con María Cristina Redondo: «il fatto che la maggioranza delle norme di un sistema debbano essere applicate perché così viene imposto da altre norme presuppone il fatto che le norme ultime, che prescrivono l'applicazione di altre norme, devono essere applicate in virtù di una pratica. *In altre parole, da questa prospettiva positivista, un tratto distintivo di ogni sistema giuridico esistente è costituito dal fatto che le norme che lo compongono devono essere applicate solo perché, in ultima istanza, riposano su regole sociali*¹⁷.

Sullo sfondo di questa impostazione si scorge la tesi che giustificare un'azione significa usare una norma e che usare una norma significa accettarla come modello di condotta. A questa tesi bisogna aggiungere un corollario: l'accettazione di una norma è un atto mentale o interno e, in quanto tale, non rilevante ai fini della giustificazione di un determinato comportamento. Per dirla con Hart, «[i] sentimenti non sono né necessari né sufficienti per l'esistenza di norme obbligatorie»¹⁸. Quindi, una norma giuridica può essere accettata per ragioni prudenziali o morali, così come una norma morale può essere accettata per ragioni morali, per ragioni prudenziali o per ragioni di semplice conformismo. Ciò che conta, al fine di giustificare un'azione, è la natura della norma che si adotta come modello di condotta: se si tratta di una norma giuridica, allora ci troviamo di fronte ad un obbligo giuridico; se, invece, si tratta di una norma morale, allora ci troviamo di fronte ad un obbligo morale.

Questa impostazione è ribadita con molta chiarezza da Hart anche nel saggio *Legal Duty and Obligation*¹⁹. In quella sede Hart osserva che affermare che

¹⁷ M.C. REDONDO, *Sulla rilevanza pratica del diritto*, "Ragion Pratica", 13, 1999, pp. 203-218, la citazione è a p. 209, corsivo aggiunto.

¹⁸ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 69.

¹⁹ H.L.A. HART, *Legal Duty and Obligation*, in *Id. Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 127-161.

un individuo ha un obbligo giuridico di agire in un certo modo significa sostenere che l'azione in questione gli può essere legittimamente richiesta a partire da una regola giuridica. Quindi, se un giudice decide che un individuo ha l'obbligo di fare qualcosa, ad esempio a partire da una legge del Parlamento, questo sarà un enunciato di obbligo in senso pieno (*committed*) dal momento che il giudice nel profferirlo, accetta insieme agli altri giudici la regola di riconoscimento del sistema. Il fatto che una norma sia stata approvata dal Parlamento rappresenta per un giudice che accetta, insieme ai suoi colleghi, la regola di riconoscimento, una ragione giuridica autoritativa (*authoritative legal reason*).

3.2. *I limiti della practice theory of norms*

Questa impostazione viene sfidata con argomenti convincenti da Dworkin intorno agli anni '70 del secolo scorso²⁰.

Secondo Dworkin, l'errore fondamentale di Hart sarebbe quello di ritenere che l'esistenza di un obbligo presupponga necessariamente l'esistenza di una regola sociale. Un vegetariano, ad esempio, potrebbe affermare che esista un dovere di non uccidere alcun essere vivente pur in assenza di una regola sociale che prescriva effettivamente un modello di condotta di questo tipo.

Ciò che questo esempio si propone di mostrare è che la fonte degli obblighi non sono le regole sociali, ma le regole morali, le regole della moralità critica degli individui, regole che, non necessariamente, sono *anche* regole sociali. Se questo è vero, ne segue che gli unici obblighi genuini (obblighi "tutto considerato") sono obblighi morali e che, dunque, non è possibile distinguere, a dispetto di quel che afferma Hart, gli obblighi giuridici dagli obblighi morali in senso proprio. Per dirla con Carlos Nino: «...una norma giuridica può giocare un ruolo giustificativo nel ragionamento pratico dei giudici solo in quanto venga accettata in virtù dell'accettazione di un giudizio morale che fornisce legittimità a una determinata autorità e di un giudizio descrittivo delle prescrizioni di questa autorità...»²¹.

Contro questa obiezione si potrebbe concedere che in alcuni casi, come ad esempio quello del vegetariano, la *practice theory of norms*, che instaura un rapporto inscindibile tra l'esistenza di un obbligo e l'esistenza di una regola sociale, non sia appropriata, e tuttavia continuare a sostenerla in relazione a quei casi in cui all'interno di una comunità c'è un accordo generalizzato sull'esistenza di un obbligo determinato.

²⁰ Cfr. almeno R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977 [Trad. par. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 126-140].

²¹ C.S. NINO, *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, "Ragion Pratica", 1, 1993, pp. 32-37, la citazione è a p. 35.

Questa eventuale replica tuttavia non è efficace in quanto non tiene conto dell'importanza di distinguere due situazioni qualitativamente differenti.

La prima situazione include i casi in cui il fatto che all'interno di una comunità vi sia un accordo generalizzato sull'esistenza di un certo obbligo è accidentale. In relazione a questi casi, Dworkin parla di "moralità coincidente" (*concurrent morality*): l'accordo non rientra tra le ragioni essenziali dell'esistenza dell'obbligo in questione. Si immagini, ad esempio, che tutti i membri di una comunità siano vegetariani e che, dunque, in quella comunità sia possibile riscontrare l'esistenza di una regola sociale che vieti di uccidere esseri viventi per scopi alimentari. L'esistenza di questa regola sociale non è in grado di fondare l'obbligo, che ciascun membro della comunità ritiene di avere, di non uccidere esseri viventi. Verosimilmente, infatti, un vegetariano è convinto di non dovere uccidere esseri viventi anche qualora nessuno condivida questa sua credenza morale. In relazione a casi di questo tipo, l'interazione tra l'obbligo da un lato e l'esistenza di una regola sociale dall'altro è alquanto lasca: il fatto che tutti i membri del gruppo accettino una determinata regola non è la ragione, né una tra le ragioni, dell'accettazione di quella regola da parte di ciascuno. In conclusione, nei casi in cui l'esistenza di una regola sociale è accidentale, la fonte dell'obbligo non è la regola sociale, che potrebbe anche non esserci, ma le convinzioni morali – la moralità critica²² – di ciascun individuo.

La seconda situazione comprende i casi in cui l'accordo generalizzato sull'esistenza di un certo obbligo è collegato in qualche modo all'esistenza di un problema di coordinazione. In relazione a questi casi, Dworkin parla di "moralità convenzionale" (*conventional morality*): risolvere un problema di coordinazione presuppone un accordo, in senso ampio, tra coloro che si trovano implicati in tale problema e, di conseguenza, l'accordo (che può consistere nell'accettazione di una regola sociale) diviene una condizione almeno necessaria dell'esistenza di un obbligo.

Il sintagma 'problemi di coordinazione' può essere inteso in senso lato o in senso stretto.

Nella prima accezione esso individua tutte le situazioni in cui c'è una interazione di qualsiasi tipo tra le azioni degli individui. In questi casi, le scelte di un individuo dipendono, in parte, da ciò che egli si aspetta che faranno gli altri, sapendo che gli altri cercheranno a loro volta di indovinare ciò che farà lui²³. In questo senso, quasi tutte le azioni sociali producono una situazione di interazione strategica.

²² La morale critica individua l'insieme dei precetti morali di ciascun individuo, a partire dai quali è possibile criticare la moralità di una determinata società (sia essa la società di appartenenza dell'individuo o un'altra società).

²³ Un caso paradigmatico di interazione strategica è il calcio di rigore. Il calcio di rigore, come metafora di qualcos'altro, ricorre spesso in letteratura. Due esempi celebri, che, peraltro, spiegano

Nella seconda accezione, il sintagma ‘problemi di coordinazione’ individua una specie particolare di interazione strategica in cui: a) ciascun agente trae un vantaggio maggiore dalla cooperazione che dalla non cooperazione; b) ciascun agente preferisce alcune azioni se, e solo se, anche gli altri agenti preferiscono quelle azioni; c) vi siano almeno due combinazioni di azioni che gli agenti mettono sullo stesso piano come soluzione del problema di coordinazione (vi siano, in altri termini, almeno due “equilibri di coordinazione”).

La soluzione di un problema di coordinazione di questo tipo richiede che vi sia qualcosa che spinga tutti gli agenti nella direzione indicata da uno soltanto dei possibili equilibri di coordinazione. In altri termini, quel che serve è qualcosa che attribuisca ad uno soltanto dei possibili equilibri di coordinazione la salienza (*salience*) necessaria ad essere preferito da tutti gli agenti.

Seguendo la ormai classica analisi di David Lewis, possiamo chiamare “convenzione” una tra le soluzioni possibili di un problema di coordinazione: «una regolarità R nel comportamento dei membri di una popolazione P quando essi sono agenti in una situazione ricorrente S è una *convenzione* se e solo se, in ogni caso di S tra i membri di P, (1) ciascuno si conforma ad R; (2) ciascuno si aspetta che anche gli altri si conformeranno ad R; (3) ciascuno preferisce conformarsi ad R a condizione che anche gli altri vi si conformino, stante che S sia un problema di coordinazione e la conformità uniforme ad R sia un appropriato equilibrio di coordinazione in S»²⁴.

bene la nozione di “interazione strategica”, si trovano in *Prima del calcio di rigore*, romanzo di Peter Handke e nel racconto di Osvaldo Soriano *Il rigore più lungo del mondo*. Josef Bloch, ex-portiere di una squadra di calcio ed alienato omicida protagonista del romanzo di Handke, fa questa considerazione prima che venga calciato un rigore nel corso della partita la cui descrizione conclude il romanzo: «Il portiere si domanda in quale angolo l'altro tirerà. [...] Se conosce il tiratore, sa quale angolo si sceglie di solito. Può darsi però che anche l'incaricato del calcio di rigore calcoli che il portiere ci pensa. Quindi il portiere pensa che oggi, per una volta, il pallone arriverà nell'altro angolo. Ma se il tiratore continuasse a pensare insieme al portiere e decidesse quindi di tirare nel solito angolo? E così via, e così via» [P. HANDKE, *Prima del calcio di rigore* (1970), trad. it. B. Bianchi, Feltrinelli, Milano, 1981, p. 146]. Soriano narra di un rigore che deciderà la partita decisiva tra due squadre argentine di infima categoria. A seguito di vicende dal sapore tipicamente sudamericano, viene deciso che il rigore, originariamente parato dall'improbabile portiere *el Gato Díaz*, debba essere calciato di nuovo, la settimana successiva. È dunque il rigore più lungo del mondo, intorno al quale, per una settimana, ruota la vita di una umanità varia e caciaronna. Soriano ricostruisce il momento cruciale della settimana di passione di *el Gato* nel modo seguente: «Sul far della sera tornarono in paese, aprirono il circolo e si misero a giocare a carte. Díaz rimase tutta la sera senza parlare, gettando all'indietro i capelli bianchi e duri finché dopo mangiato s'infilò lo stuzzicadenti in bocca e disse: – Costante li tira a destra. – Sempre, – disse il presidente della squadra. – Ma lui sa che io so. – Allora siamo fottuti. – Sì, ma io so che lui sa, – disse *el Gato*. – Allora buttati subito a sinistra, – disse uno di quelli che erano seduti a tavola. – No. Lui sa che io so che lui sa, – disse *el Gato Díaz*, e si alzò per andare a dormire» [O. SORIANO, *Il rigore più lungo del mondo*, in Id., *Fútbol. Storie di calcio*, trad. it. G. Felici e A. Morino, Einaudi, Torino, 2006, pp. 34-41, la citazione è a p. 37].

²⁴ D. LEWIS, *Convention. A Philosophical Study*, Basil Blackwell, Oxford, 1969, p. 42.

In taluni casi, una regola sociale potrebbe essere considerata come una convenzione *à la* Lewis. Ad esempio, una regola sociale che prescriva di guidare sul ciglio destro della carreggiata (o, indifferentemente, su quello sinistro) è ciò che serve per coordinare il traffico. In relazione a casi di questo tipo, che rientrano in quella che Dworkin chiama "moralità convenzionale", la *practice theory* sembra mantenere una certa plausibilità: dopotutto, che cosa è che "obbliga" a guidare sul lato destro se non l'esistenza di una regola sociale che dà la salienza necessaria a questa prassi?

Una difesa compiuta della *practice theory* non può arrestarsi a questo punto, ma prevede che si mostri che la regola di riconoscimento è una regola convenzionale nell'accezione di Lewis.

Il convenzionalismo giuridico può essere considerato come l'esito di una difesa della *practice theory* che segue il percorso qui tratteggiato.

4. *La svolta convenzionalista di Hart nel Poscritto*

L'idea che Hart, nel *Poscritto*, abbia compiuto una svolta convenzionalista è stata avanzata per la prima volta da Leslie Green²⁵. Hart, infatti, pur concedendo a Dworkin che la *practice theory* non è accettabile come teoria generale dell'obbligo, sostiene che essa continua ad essere una teoria plausibile in relazione alle regole convenzionali. Il fatto che Hart in quella sede affermi che la regola di riconoscimento è una regola convenzionale induce Green ed altri, a parlare di "svolta convenzionalista".

I passaggi del *Poscritto* che sono rilevanti al fine di caratterizzare come convenzionalista la concezione hartiana dell'obbligo giuridico si trovano nel terzo paragrafo, intitolato *The Nature of Rules (La natura delle norme)*, e nel quarto paragrafo, intitolato *Principles and the Rule of Recognition (Principi e norma di riconoscimento)*.

Nel terzo paragrafo, Hart, dopo avere concesso a Dworkin che l'ambito di estensione della sua teoria dell'obbligo debba essere ristretto, sostiene tuttavia che essa si applichi nei confronti delle regole convenzionali ed aggiunge che la regola di riconoscimento è una regola convenzionale. Hart propone la seguente definizione di regola convenzionale:

Le regole sono pratiche sociali convenzionali se la generale conformità ad esse di un gruppo è *parte delle* ragioni per le quali i membri individuali del gruppo le accettano...²⁶.

²⁵ L. GREEN, *Positivism and Conventionalism*, "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", 1999, pp. 35-52.

²⁶ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 327, traduzione italiana modificata, corsivo aggiunto.

Qui Hart punta chiaramente l'attenzione sul collegamento, sull'interazione, tra i comportamenti di coloro che sono soggetti alla regola sociale: una condizione almeno necessaria affinché una regola sia una ragione per agire per ciascun individuo è che tale regola sia considerata una ragione per agire anche dagli altri membri del gruppo. Questa condizione – che Bruno Celano chiama “condizione di dipendenza” – individua l'aspetto più spiccatamente convenzionalista della teoria del diritto di Hart²⁷. La condizione di dipendenza può essere intesa in senso forte o in senso debole. Se si sostiene che l'unica ragione che un individuo ha per considerare una regola sociale come un modello di condotta è che anche gli altri membri del gruppo la considerano come tale, allora la condizione di dipendenza è intesa in senso forte; se invece si sostiene che la generale conformità dei membri del gruppo è soltanto una delle ragioni per l'accettazione di una regola, allora la condizione di dipendenza è intesa in senso debole.

Una concezione genuinamente convenzionalista dell'obbligo giuridico deve adottare la versione forte della condizione di dipendenza. Il convenzionalismo giuridico può rappresentare una concezione dell'obbligo giuridico alternativa rispetto al modello del bandito e al modello della morale solo a condizione di instaurare un legame molto stretto tra l'obbligatorietà del diritto e la funzione di quest'ultimo di risolvere problemi di coordinazione. In breve, a tal fine una prospettiva convenzionalista deve impegnarsi a sostenere due tesi disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti.

La prima tesi consiste nell'individuare la funzione principale del diritto nel risolvere problemi di interazione strategica e/o di coordinazione. Questa tesi, tuttavia, da sola non consente di affermare che il diritto offra ragioni per l'azione genuine. Alcuni autori infatti condividono la tesi secondo cui il diritto consenta di risolvere problemi di coordinazione, ma negano che ciò implichi l'esistenza di genuine ragioni giuridiche per l'azione.

La seconda tesi impone di individuare un collegamento necessario tra la capacità del diritto di risolvere problemi di coordinazione e l'esistenza di un obbligo “tutto considerato” di obbedienza alle prescrizioni giuridiche. In generale, l'esistenza di un obbligo giuridico genuino implica che un comportamento conforme a quanto prescritto da una norma giuridica venga ritenuto, per ciò stesso, giustificato. Il convenzionalismo giuridico può essere considerato una spiegazione dell'obbligo giuridico alternativa sia al modello del bandito sia al modello della morale a condizione di offrire una spiegazione convincente del perché il fatto che il diritto risolva problemi di coordinazione implichi un obbligo assoluto di obbedienza.

Il fatto che Hart consideri la “generale conformità” nei confronti di una regola convenzionale solo “parte delle” ragioni per accettarla, mostra che egli

²⁷ B. CELANO, *La regola di riconoscimento è una convenzione?*, “Ragion Pratica”, 21, 2003, pp. 347-360.

accoglie la condizione di dipendenza intesa in senso debole; ciò comporta, anche alla luce di quanto detto nel capitolo precedente, che la sua teoria dell'obbligo non possa essere considerata una alternativa al modello del bandito e al modello della morale. Già a questo punto è dunque possibile comprendere la preoccupazione di Hart, ampiamente documentata²⁸, che qualsiasi modifica egli avesse apportato alla versione originaria della teoria dell'obbligo l'avrebbe costretto a rinunciare all'autonomia dell'obbligo giuridico.

Questa preoccupazione induce Hart a ribadire l'impostazione difesa originariamente. In breve, secondo Hart, non è corretto attribuire una superiorità gerarchica a nessuna tra le ragioni per accettare una regola convenzionale, ulteriori rispetto all'accettazione degli altri partecipanti:

È chiaro che una società può avere delle regole accettate dai suoi componenti che sono moralmente inique, come quelle che proibiscono a persone di un certo colore l'uso di alcuni servizi pubblici [...]. Certamente, anche il presupposto più debole per l'esistenza di una regola sociale, consistente nel fatto che i partecipanti debbano *credere* che vi sono buoni motivi morali per conformarsi ad essa, è in sé eccessiva quale condizione generale per l'esistenza di regole sociali. Infatti talune regole possono essere accettate semplicemente per riguardo alla tradizione o per il desiderio di identificazione con gli altri o per l'idea che la società conosca meglio i vantaggi per gli individui. [...] Naturalmente una regola convenzionale può sia essere di fatto, sia essere creduta moralmente valida e giustificata. Ma quando sorge la questione per quale motivo coloro che hanno accettato le regole convenzionali come guida del loro comportamento e come standard di critica abbiano fatto questo, io non vedo ragione per scegliere tra le varie risposte che vengono date [...] la credenza in una giustificazione morale delle regole come l'unica risposta possibile o adeguata²⁹.

Per Hart, dunque, le ragioni che possono indurre ad accettare una regola sociale sono molteplici, per molti versi insondabili e tutte sullo stesso piano. Al riguardo, l'unica differenza apprezzabile tra l'edizione originaria e il *Poscritto* è che in questo scritto postumo Hart esplicita con maggiore chiarezza l'idea che, nel caso delle regole sociali, l'accettazione da parte degli altri membri del gruppo è una ragione necessaria per l'esistenza di un obbligo. Ciò rende questa ragione diversa da tutte le altre e giustifica la caratterizzazione della concezione dell'obbligo giuridico di Hart come convenzionalista, sia pure in senso debole. In linea di principio, taluni partecipanti, quelli maggiormente conformisti, potrebbero considerare l'accettazione di una regola sociale da parte degli altri come una ragione non solo necessaria ma anche sufficiente per porre in essere il compor-

²⁸ Cfr. N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 335.

²⁹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 329-330, traduzione italiana modificata, corsivo nell'originale.

tamento prescritto dalla regola. Questa eventualità, tuttavia, non cambia di molto le cose; certamente, non consente di considerare la concezione dell'obbligo giuridico di Hart come una alternativa radicale al modello della morale.

Per concludere citerò un ultimo passaggio del *Poscritto* in cui Hart chiarisce ulteriormente il modo in cui la condizione di dipendenza si applica alla regola di riconoscimento.

In che senso la regola di riconoscimento è una regola convenzionale? La risposta di Hart a questa domanda è la seguente:

Certamente nel mio libro la regola di riconoscimento è trattata come fondata su una forma convenzionale di consenso giudiziale. Che essa abbia tale fondamento appare del tutto chiaro almeno nel diritto inglese ed americano; infatti certamente le ragioni di un giudice inglese per considerare la legislazione del Parlamento (o di un giudice americano per considerare la Costituzione) come una fonte di diritto avente la supremazia sulle altre fonti, *comprendono* il fatto che i giudici suoi colleghi concordano in questo, come hanno fatto i loro predecessori³⁰.

Per concludere con un quadro di carattere generale, è possibile compendiare il convenzionalismo giuridico hartiano in tre tesi: a) il diritto coincide con i comportamenti e gli atteggiamenti convergenti dei partecipanti e dei giudici in particolare (tesi ontologica); b) il diritto, di conseguenza, è un «fatto accertabile attraverso l'uso di un metodo affidabile di verifica»³¹ (tesi metodologica); c) la normatività del diritto – il fatto, cioè, che il diritto sia una ragione per l'azione – si fonda, in parte, sulla condizione di dipendenza. Ciascuna di queste tesi solleva una serie di questioni che qui non mette conto affrontare. Quel che è importante ribadire è che la natura convenzionale della regola di riconoscimento non è sufficientemente forte da fondare una teoria dell'obbligo giuridico ascrivibile al modello dell'autonomia.

5. *La “svolta convenzionalista” presa sul serio (e i suoi limiti)*

È possibile isolare due caratteristiche salienti di una concezione dell'obbligo giuridico genuinamente convenzionalista.

La prima è l'individuazione della funzione peculiare del diritto nella risoluzione di problemi di coordinazione, prevalentemente intesi in senso stretto. Un problema di coordinazione tipico è, come si è detto, un caso di interazione strategica in cui a) a tutti gli individui coinvolti conviene cooperare piuttosto che

³⁰ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 327, traduzione italiana modificata, corsivo aggiunto.

³¹ J. COLEMAN, *Positivism giuridico “negativo” e positivism giuridico “positivo”* (1982), ora in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivism giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giapichelli, Torino, 2005, pp. 260-285, la citazione è a p. 268.

non cooperare; b) la preferenza accordata da un agente ad una azione piuttosto che ad un'altra dipende dal fatto che anche gli altri agenti preferiscono la medesima azione (non sfugge il collegamento tra questa caratteristica e la condizione di dipendenza), c) esistono almeno due possibili combinazioni di azioni che gli agenti pongono sostanzialmente sullo stesso piano come soluzione del problema di coordinazione.

La seconda caratteristica è il collegamento necessario tra l'obbligo giuridico e la capacità del diritto di risolvere problemi di coordinazione. Questa caratteristica implica l'accoglimento della condizione di dipendenza intesa in senso forte: l'unica ragione (o, comunque, la ragione essenziale) per considerare una norma giuridica come un modello di condotta è il fatto che anche gli altri consociati la considerano tale.

Si tratta di caratteristiche esigenti e, difatti, in letteratura, le concezioni dell'obbligo giuridico in grado di soddisfarle sono molto poche. Qui mi limito a presentare una breve analisi critica delle due versioni più interessanti, elaborate rispettivamente da Chaim Gans e Gerald Postema³². Le concezioni dell'obbligo giuridico proposte da questi due autori, pur condividendo gli assunti di fondo, sono molto diverse tra loro.

Gans prospetta una concezione dell'obbligo giuridico fondata sulla nozione di autorità coordinativa. Si tratta di una analisi di ampio respiro, che si applica anche al diritto nella misura in cui il diritto è una autorità coordinativa. Riguardo in particolare al diritto, la tesi centrale sostenuta da Gans è che «...le esigenze della coordinazione [...] rendono obbligatorie le azioni prescritte da norme giuridiche a dispetto di alcune almeno delle ragioni per l'azione di tipo diverso»³³.

Il modello dell'obbligo giuridico delineato da Postema scaturisce in modo più diretto dal dibattito sulla *practice theory of norms* di cui si è riferito nei paragrafi precedenti ed è un tentativo di mettere al riparo il convenzionalismo giuridico dalle critiche di Dworkin. «L'intuizione fondamentale [della teoria del diritto di Hart]», osserva Postema, «è che il diritto poggia, in ultima istanza, su una consuetudine o convenzione peculiare e complessa». «Questa nozione di convenzione», egli aggiunge, «se intesa nel modo giusto consente di conciliare la tesi che il diritto è un fatto sociale e la tesi che esso è in grado di produrre obblighi genuini [...], in quanto una convenzione è sia un fatto sociale sia un insieme di ragioni per l'azione»³⁴. Secondo Postema, i problemi di coordinazione nel diritto si presentano a tre diversi livelli. Il primo livello individua quei problemi di coordinazione la cui esistenza è indipendente dal diritto e che il diritto

³² C. GANS, *The Normativity of Law and its Co-ordinative Function*, "Israel Law Review", vol. 16, no. 3, 1981, pp. 333-349; G.J. POSTEMA, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*.

³³ C. GANS, ult. cit., p. 335.

³⁴ G.J. POSTEMA, ult. cit., p. 166.

ha il compito di risolvere in modo autoritativo; gli altri due livelli individuano i problemi di coordinazione che si manifestano nel contesto di interpretazione/applicazione del diritto e che riguardano, rispettivamente, funzionari e cittadini (secondo livello) o soltanto funzionari (terzo livello).

Nonostante le differenze, entrambe le concezioni dell'obbligo giuridico qui introdotte sono affette da gravi difetti che, minandone in modo decisivo la plausibilità, inducono a respingere definitivamente una spiegazione dell'obbligo giuridico in chiave genuinamente convenzionalista.

L'operazione riduzionistica in base alla quale si attribuisce al diritto il compito esclusivo (o di gran lunga preminente) di risolvere problemi di coordinazione è già a prima vista sospetta; una analisi più approfondita di questa possibilità, condotta a partire dalle versioni dell'obbligo giuridico proposte rispettivamente da Gans e da Postema, suffraga il sospetto iniziale. A tacer d'altro, la difficoltà palese che entrambi gli autori riscontrano ad isolare le valutazioni giuridiche (riconducibili alla funzione del diritto di risolvere problemi di coordinazione) dalle valutazioni morali (che vertono sulla giustizia o giustezza del contenuto delle norme) è un indizio cruciale dell'implausibilità di questa operazione riduzionistica.

Gans sottolinea che l'autorità coordinativa viene scelta, e deve essere scelta, anche per le proprie caratteristiche di eccellenza; per dirla con Raz, una autorità è legittima se è lecito presumere che sia più probabile fare la cosa giusta seguendo le sue direttive piuttosto che agendo di testa propria. Tuttavia, se le cose stanno così, le soluzioni del problema che l'autorità è chiamata a dirimere non sono equivalenti e, in definitiva, il problema non è un problema di coordinazione in senso stretto. Per fare un esempio, per noi non è indifferente se il diritto consenta alle donne di abortire oppure no; non ci accontentiamo che il diritto ci dia una direttiva chiara, ma vogliamo che ci dia anche la direttiva (che noi riteniamo essere) giusta.

Postema ammette che il diritto è una ragione per l'azione dei cittadini nella misura in cui o risolve problemi di coordinazione (di primo livello) o incorpora e difende principi e valori morali da loro accolti. È dunque lo stesso Postema a riconoscere che, nel caso dei cittadini, l'obbligo giuridico non è autonomo dall'obbligo morale. Riguardo all'obbligo dei funzionari di rispettare le convenzioni interpretative di secondo e terzo livello, se è vero che, da un lato, Postema rimarca, a partire da una determinata concezione della responsabilità politica dei giudici, che tale obbligo prescinde dal contenuto delle convenzioni esistenti e si presenta quindi come indipendente da un obbligo morale che potrebbe consistere, ad esempio, nell'adottare l'interpretazione del diritto ritenuta giusta sulla base di determinati parametri morali, dall'altro, egli si trova costretto a ritagliare uno spazio alla morale concedendo che le valutazioni di tipo morale possono influire *ex ante*, prima cioè che si consolidi una convenzione interpretativa, ad indirizzare la scelta verso una delle possibili interpretazioni di

una disposizione e, *ex post*, nella misura in cui sia la stessa convenzione interpretativa a riconoscere l'esercizio di discrezionalità all'interprete. Lo spazio, alquanto ampio, che Postema assegna alle valutazioni morali in ambito giuridico stride palesemente con la tesi che la funzione principale del diritto sia quella di risolvere problemi di coordinazione in senso stretto. Il fatto poi che Postema negli anni abbia indebolito questa tesi³⁵ è un indizio, insieme agli altri, della sua scarsa plausibilità.

Sembra dunque che le opzioni a disposizione del convenzionalismo giuridico siano due ed entrambe, alla fine dei conti, insoddisfacenti. La prima opzione – proposta da Hart – consiste nel difendere una versione “debole” del convenzionalismo. Questa strategia è perdente in quanto non consente di proporre una concezione della normatività del diritto realmente alternativa al modello della morale. La seconda opzione – presentata, in versioni differenti, da Gans e Postema – evita di edulcorare il convenzionalismo e, così facendo, ottiene il risultato di delineare un modello coerente di obbligo giuridico in chiave convenzionalista ma al prezzo di distorcere la realtà.

CONTEMPORARY LEGAL POSITIVISM'S “CONVENTIONALIST TURN”: A CRITICAL OUTLINE

by Aldo Schiavello

Key Words: *Legal Positivism; Normativity; Legal Obligation; Conventionalism.*

Abstract

The target of this paper is to analyze legal positivism's conventionalist turn with regard to the topic of legal obligation and legal normativity. The conclusions aims to shed light on some deep limits of this kind of legal positivism. In short, conventionalism has two options, both of them unsatisfying. The first one – chosen, among others, by Herbert Hart – proposes a “weak” version of conventionalism; this strategy is losing in so far as does not allow to distinguish legal obligation from moral obligation. The second option – sketched out by authors like Chaim Gans and Gerald Postema – supports a “strong” version of conventionalism which offers a coherent model of legal obligation but at cost of misrepresenting the law.

³⁵ Cfr. G.J. POSTEMA, “Protestant” *Interpretation and Social Practices*, “Law and Philosophy”, volume 6, no. 3, 1987, pp. 283-319, in particolare pp. 311 e ss.; Id., *Bentham on the Public Character of Law*, “Utilitas”, 1, 1989, pp. 41-61, in particolare pp. 50-56; Id., *Melody and Law's Mindfulness of Time*, “Ratio Juris”, vol. 17, no. 2, 2004, pp. 203-226; Id., *Salience Reasoning*, “Topoi”, 27, 2008, pp. 41-55.

Il fondo di solidarietà nazionale dal 1947 ad oggi. Aspetti finanziari e giuridici

di Salvatore Di Gregorio

SOMMARIO: Premessa. - 1. Le risorse della solidarietà nazionale: il quadro generale. - 1.1. Le prime leggi di assegnazione del fondo di solidarietà nazionale dal 1947 al 1960. - 1.2. Il parametro del gettito della imposta di fabbricazione dal 1960 al 1988. - 1.3. Le assegnazioni per gli anni 1989-90 e la sospensione del contributo. - 1.4 La ripresa delle assegnazioni. - 2. Gli impieghi. - 2.1. Il primo piano degli interventi. - 2.2. I successivi piani per l'impiego dei fondi, fino al 1971. - 2.3. Le leggi successive fino alla sospensione del contributo. - 2.4. La ripresa della programmazione dei fondi della solidarietà nazionale negli anni 2000. - 2.5. Le nuove procedure di adozione del piano. - 3. L'intervento della Corte costituzionale. - 4. La riflessione sull'art. 38 nei lavori della commissione Brancasi. - 4.1. L'art. 38 e la perequazione nel nuovo titolo V. - 4.2. Articolo 38, misure fiscali regionali e aiuti di Stato. - 4.3. Il quadro di riferimento oggi.

Premessa

In una sentenza del 1987 sulla quale ci si soffermerà in dettaglio più avanti, la Corte Costituzionale, richiamando i lavori della Consulta regionale del 1945, qualifica l'articolo 38 dello Statuto¹ come uno strumento elaborato e pensato “*con l'intento di realizzare una forma di controllo costituzionale sulla perequazione delle spese pubbliche*”². Il contributo che lo Stato annualmente è tenuto a versare alla Regione a titolo di solidarietà nazionale deve tendere a *bilanciare* il differenziale di reddito tra la Sicilia e la media nazionale; le risorse assegnate alla Regione sono impiegate, sulla base di appositi piani economici *nella esecuzione*

¹ Art. 38 Statuto:

Lo Stato verserà annualmente alla Regione, a titolo di solidarietà nazionale, una somma da impiegarsi, in base ad un piano economico, nell'esecuzione di lavori pubblici.

Questa somma tenderà a bilanciare il minore ammontare dei redditi di lavoro nella Regione in confronto alla media nazionale.

Si procederà ad una revisione quinquennale della detta assegnazione con riferimento alle variazioni dei dati assunti per il precedente computo.

² Corte costituzionale, sentenza 31 marzo 1987, n. 87.

di lavori pubblici. L'ammontare del contributo è sottoposto a revisione quinquennale *con riferimento alla variazione dei dati assunti per il precedente computo*. Rispetto alle finalità ed alla disciplina che ne ha tratteggiato lo Statuto, qual è il bilancio che si può trarre da oltre sessant'anni di applicazione dell'istituto della solidarietà nazionale? Quante risorse ha mobilitato? Che tipo di interventi ha attivato? Come è cambiata la sua applicazione e la sua stessa percezione nel tempo per effetto anche delle pronunce della Corte Costituzionale? E, infine, quali le sue prospettive ai tempi del federalismo? Un quadro di questioni piuttosto articolate da ricostruire rispetto alle quali si cercherà di dare, nelle note che seguono, alcuni dati di riferimento essenziali.

1. *Le risorse della solidarietà nazionale: il quadro generale*

Nella tabella riportata in appendice vengono indicate le normative nazionali che hanno disposto nel tempo l'assegnazione del contributo di solidarietà nazionale, i periodi di riferimento ed i relativi ammontari (o i criteri di determinazione); nella stessa appendice viene altresì riportato l'importo delle somme dovute dalla Regione allo Stato a titolo di *avvalimento* degli uffici periferici dello Stato ai sensi dell'art. 3 del decreto legislativo 12 aprile 1948, n. 507, fissato dalle stesse leggi che hanno disposto il contributo di solidarietà nazionale fino al 1990. Ma vediamo in dettaglio quante risorse sono state trasferite a titolo di solidarietà nazionale e come la normativa che ha disposto e quantificato il contributo si è strutturata nel tempo.

1.1. *Le prime leggi di assegnazione del fondo di solidarietà nazionale dal 1947 al 1960*

La prima legge statale che assegna il contributo di solidarietà nazionale è la legge 2 agosto 1952, n. 1091 che quantifica l'ammontare per il quinquennio 1947-1952 in complessivi 55 miliardi di lire. Seguono a questa, per il periodo che va fino al giugno del 1960, due altre leggi³ che dispongono l'assegnazione del fondo di solidarietà nazionale (in seguito f.s.n.), nelle quali la determinazione del contributo viene operata senza la indicazione di specifici criteri per la sua quantificazione: gli importi sono determinati in misura fissa a copertura dell'intero periodo di riferimento dell'assegnazione. Negli atti parlamentari riguardanti la discussione di tali provvedimenti ricorrono spesso notazioni critiche a tale

³ Legge 9 agosto 1954 n. 634 che quantifica il contributo per il periodo 1952-1955 in complessivi 45 miliardi di lire; legge 21 marzo 1957, n. 176, che quantifica il contributo per il periodo 1955-1960 in complessivi 37,5 miliardi di lire.

modello sulla base della considerazione che la *rigidità quinquennale dell'importo* non fosse rispondente alla lettera ed allo spirito dell'art. 38 dello Statuto, con la conseguente sollecitazione ad introdurre adeguati parametri cui ancorare la quantificazione del contributo.

1.2. *Il parametro del gettito della imposta di fabbricazione dal 1960 al 1988*

La legge 27 giugno 1962, n. 886 quantifica il contributo per l'annualità luglio 1960-giugno 1961 nell'importo fisso di 15 miliardi di lire mentre, con riferimento al periodo luglio 1961-giugno 1966, introduce il parametro del gettito della imposta di fabbricazione riscosso in Sicilia in ciascun esercizio, fissando l'ammontare annuo del contributo nella misura dell'80% di tale gettito. Stessa percentuale dell'80% viene fissata per il quinquennio luglio 1966-dicembre 1971 con la legge 6 marzo 1968, n. 192. Le successive leggi (per i dettagli e gli importi si veda la tabella riportata in appendice) fino alla legge 28 febbraio 1990, n. 38 che determina il contributo per il solo 1988, manterranno il riferimento all'imposta di fabbricazione, modificandone la percentuale con variazioni che oscillano dall'80% al 95% del gettito annuo. In questa fase l'ammontare del contributo di solidarietà nazionale è soggetto a variazione annua in correlazione con l'andamento del gettito dell'imposta di riferimento, secondo le percentuali fissate dalle diverse disposizioni. Per dare un ordine di grandezza degli importi del contributo, si consideri che nella seconda metà degli anni sessanta (con riferimento ad una quota stabilita dell'80% del gettito dell'imposta) si parte da importi che superano i trenta miliardi di lire annui e si arriva ad oltre quaranta miliardi nel 1967; alla metà degli anni 80, con riferimento alla percentuale del 90% del gettito dell'imposta, le risorse assegnate sono dell'ordine di 600 miliardi di lire annui (stimandosi una crescita anno su anno, tra l'8% ed il 9%) per arrivare ad importi superiori ai 1.000 miliardi (fino a 1.400 miliardi iscritti in bilancio, con riferimento alla quota del 95% dell'imposta di fabbricazione; quota che, tuttavia, per il 1986 e 1987 verrà ridotta all'86%). In via generale tuttavia è il caso di osservare che il criterio di agganciare la commisurazione del contributo al gettito di un tributo (in questo caso l'imposta di fabbricazione) non presenta una specifica valenza perequativa, mentre presenta una indubbia valenza anticiclica (maggiore gettito e maggiori assegnazioni nelle fasi di crescita, minore gettito e minori assegnazioni nelle fasi di stagnazione).

1.3. *Le assegnazioni per gli anni 1989-90 e la sospensione del contributo.*

Con la legge 18 gennaio 1993, n. 68 che dispone il contributo per gli anni 1989 e 1990, si torna a quantificare in cifra fissa il contributo di solidarietà

nazionale (1.400 miliardi di lire per il 1989 e 210 miliardi per il 1990) abbandonandosi, per altro, il riferimento quinquennale nella commisurazione dello stesso di norma utilizzato fin ad allora. A questa ultima legge che assegna il contributo di solidarietà nazionale per il 1990, non ne seguiranno altre fino al 2000. Dieci anni di vuoto di quello che la stessa Corte Costituzionale aveva definito come *adempimento di un obbligo costituzionale* a carico dello Stato⁴.

1.4. *La ripresa delle assegnazioni*

Con la legge 23 dicembre 1999, n. 488-finanziaria 2000 riprendono le assegnazioni prevedendosi che, a saldo di quanto dovuto dallo Stato a titolo di solidarietà nazionale dal 1991 al 2000, venissero corrisposti alla Regione due limiti di impegno quindicennali dell'importo, uno di 56 miliardi di lire a decorrere dal 2001 e uno di 94 miliardi di lire a decorrere dal 2002 che la Regione, con apposite norme inserite nelle finanziarie regionali del 2000 e del 2001, ha provveduto ad attualizzare, contabilizzando in bilancio risorse per 548 miliardi di lire per il 2000 e 921 miliardi per il 2001. Dopo la chiusura del pregresso relativo agli anni 90, le assegnazioni disposte per gli anni a partire dal 2001 fino al 2008, sono quelle riportate nella tabella riportata in appendice. Si tratta di normative che, rispetto alle precedenti, recano importanti novità. Fatta eccezione per la legge 27 dicembre 2002, n. 289-finanziaria 2003, che quantifica il contributo per ciascuna delle annualità del quinquennio 2001-2005, le altre sono disposizioni che quantificano il contributo solo per uno o due esercizi finanziari; si torna a quantificare il contributo in misura fissa senza riferimenti a parametri di commisurazione dello stesso e le modalità di assegnazione delle somme prevedono generalmente la corresponsione di limiti di impegno pluriennali ai quali si accompagna l'autorizzazione alla Regione ad effettuare sul mercato operazioni finanziarie di attualizzazione del credito, facoltà di cui la Regione si è avvalsa in alcuni casi (si veda la tabella riportata in appendice). Ma la novità che più di altre merita di essere sottolineata riguarda il fatto che tali normative, a partire dal 2001, recano specifiche clausole riguardanti finalità e modalità di utilizzo delle assegnazioni. La prima di queste clausole, che ricorre in tutte le normative adottate in tale periodo, prevede che la erogazione dei contributi sia *subordinata alla redazione di un piano economico degli investimenti che la Regione siciliana è tenuta a realizzare, finalizzato all'aumento del rapporto tra PIL regionale e PIL nazionale*. Riguardata sotto un profilo giuridico formale, trattandosi di una disposizione recata da una norma ordinaria, essa è certamente inidonea a modificare od anche, più semplicemente, ad integrare l'ambito di utilizzazione del

⁴ Corte costituzionale, sentenza 27 luglio 1992, n. 369.

f.s.n. rispetto a quanto non sia già previsto dalla disciplina statutaria: non può aggiungere nulla e può essere letta solo come specificazione delle modalità di utilizzo delle risorse che rimangono quelle indicate dai commi 1 e 2 dell'art. 38 dello Statuto. Di tutt'altra natura è invece la previsione contenuta nell'art. 1 c. 833 della legge 27 dicembre 2006, n. 296-finanziaria 2007. La norma nel disporre la integrazione del contributo 2008 già quantificato con il d.l. 30 settembre 2005, n. 203 e la quantificazione di quello per il 2009, va oltre la formula della finalizzazione del piano economico di utilizzo dei fondi all'obiettivo generale dell'incremento del rapporto PIL regionale/PIL nazionale, introducendo alcune priorità specifiche alle quali il piano stesso deve essere finalizzato: il risanamento ambientale dei luoghi di insediamento degli stabilimenti petroliferi e gli investimenti infrastrutturali. In questo caso si tratta di comprendere se tali indicazioni, per quanto possano ritenersi in senso generale coerenti con le finalità statutarie di utilizzo dei fondi, siano da considerarsi anche idonee ad introdurre uno specifico ulteriore vincolo alla costruzione del piano economico degli investimenti; in altri termini si tratta di capire se è sufficiente che la Regione, nel predisporre il proprio piano di utilizzo dei fondi assegnati per le finalità dell'art. 38, si attenga ai soli vincoli riconducibili alla disposizione statutaria ovvero possono darsi ulteriori vincoli rappresentati dalle priorità che in questo caso vengono fissate dalla norma nazionale. In via di principio, la questione sembra risolvibile nel senso di dovere riconoscere che nella programmazione degli interventi i soli limiti che la Regione incontra sono quelli della loro rispondenza alle prescrizioni dell'art. 38 dello Statuto: vincoli diversi od anche priorità di intervento al di fuori di tale riferimento, non sembrano conciliarsi con l'ambito di autonomia riconosciuto alla Regione nel programmare e realizzare gli interventi. Sta di fatto che nel caso specifico le cose sono andate in maniera diversa: la relazione che accompagna il piano di utilizzo delle assegnazioni operate ai sensi della citata legge 296/2006 esplicita che *Per la costruzione del piano economico degli investimenti si sono tenute in debito conto le finalità di merito imposte dalla legge...*⁵ accedendo ad un riconoscimento formale della valenza vincolativa delle prescrizioni della norma nazionale sulla competenza della Regione a programmare l'impiego delle risorse che, in via di principio, suscita più di una perplessità.

2. *Gli impieghi*

Questo nel complesso il quadro delle risorse assegnate alla Regione a titolo di solidarietà nazionale. Ma come sono stati impiegati tali fondi? Sotto questo

⁵ Delibera Giunta regionale n. 223 del 30 settembre 2008 "Piano economico degli investimenti dei fondi assegnati alla regione siciliana per le finalità dell'art. 38 dello Statuto" – Articolo 1, comma 833, legge 27 dicembre 2006, n. 296.

profilo, il quadro si presenta piuttosto articolato ed è davvero problematico ricostruirlo nei limiti di queste note. Nel tempo sono mutati indirizzi, priorità e criteri nell'utilizzo delle risorse e si è venuta delineando una decisa linea evolutiva riguardo alla tipologia degli interventi finanziati con le risorse dell'art. 38. Vediamo comunque i contenuti essenziali delle normative che hanno disposto l'impiego dei fondi della solidarietà nazionale.

2.1. Il primo piano degli interventi

Ancor prima che venisse adottata la prima legge nazionale di assegnazione di fondi ex art. 38, che è del 1952, con richiamo esplicito alla previsione statutaria, la Regione aveva iscritto nel bilancio di previsione 1949-50, la somma di 30 miliardi di lire a titolo di solidarietà nazionale e nel 1951 aveva varato una legge (la legge regionale 16 gennaio 1951, n. 5) che disponeva la utilizzazione delle risorse iscritte in bilancio a titolo di solidarietà nazionale. Con la stessa legge, art. 11, veniva previsto che la gestione del fondo di solidarietà nazionale fosse mantenuta separata da quella relativa al bilancio ordinario: condizione che permarrà fino alla riforma della contabilità regionale del 1977. Con la legge regionale 21 aprile 1953, n. 30, verrà iscritta in Bilancio l'ulteriore somma di 25 miliardi di lire (a completamento dell'assegnazione di 55 miliardi di lire per il quinquennio 1947-1952 operata appunto con la legge 1091/1952) e varato il piano di utilizzo dei fondi della solidarietà nazionale. Edilizia scolastica e popolare (21,374 miliardi di lire), viabilità (12 miliardi di lire) e realizzazione acquedotti (8,02 miliardi di lire) ne rappresentano le finalità principali; a queste si affiancano gli interventi per opere di rimboschimento, la costituzione o potenziamento di zone industriali, la realizzazione di porti pescherecci, di impianti ed attrezzature per la valorizzazione di prodotti agricoli. Il modello di intervento prevede che mentre la legge individua le finalità ed opera la corrispondente ripartizione delle risorse, si rinvia alla competenza della Giunta di governo per la definizione dei *programmi di dettaglio delle opere* che sono approvati su proposta degli assessori competenti per le singole categorie di opere cui si riferiscono i programmi stessi. Per quanto riguarda le modalità di gestione delle risorse, la legge autorizza il Governo ad utilizzare le economie ed i recuperi eventuali sulle assegnazioni operate, per destinarle comunque ad altre opere inserite nel piano.

2.2. I successivi piani per l'impiego dei fondi, fino al 1971

A questa prima programmazione relativa al periodo 1947/52, seguono le ulteriori normative che dispongono l'impiego dei fondi dal 1953 fino al 1971. Si tratta di leggi che adottano i piani di impiego per l'intero periodo di riferimento

delle assegnazioni statali e ne dispongono la integrale destinazione agli ambiti di intervento individuati dalle stesse norme. La prima di queste leggi è la legge regionale 12 febbraio 1955, n. 12, con la quale viene adottato il Piano di impiego delle risorse del f.s.n. per il periodo 1952-55, ripartendo i 45 miliardi assegnati alla Regione per il corrispondente periodo.

Agli ambiti di intervento già oggetto della precedente programmazione (Viabilità, Edilizia popolare, Interventi di rimboschimento, Costituzione o potenziamento di zone industriali, Impianti ed attrezzature per la valorizzazione di prodotti agricoli), si affiancano ulteriori finalità riguardanti *nuove costruzioni alberghiere e di villaggi turistici, la costruzione ed attrezzatura delle centrali idroelettriche del Platani e di Grottaferrata*. Oltre il 50% delle disponibilità finanziarie della nuova programmazione (23 miliardi su 45) viene destinato alla viabilità ivi compresa la trasformazione delle trazzere in rotabili mentre 9 miliardi vanno all'edilizia popolare. La legge destina ulteriori 5 miliardi di lire per il completamento del programma delle opere previste nella precedente programmazione 1947/52. Segue la legge regionale 18 aprile 1958, n. 12, che adotta il Piano di impiego del fondo per il periodo 1955-60 con una dotazione finanziaria di 75 miliardi di lire assegnati con la legge. 21 marzo 1957 n. 176. Nel piano degli interventi, la legge provvede a destinare sia le nuove assegnazioni che le economie e sopravvenienze derivanti dalla gestione del fondo. Le quote più rilevanti di finanziamento riguardano ancora la viabilità (17,45 miliardi di lire), le opere irrigue (9,5 miliardi di lire), le opere pubbliche di bonifica (10,8 miliardi di lire), l'incremento della produzione di energia elettrica (8 miliardi di lire per la esecuzione di opere ed impianti di produzione, trasporto e distribuzione di energia elettrica, affidando la esecuzione delle opere in concessione all'E.S.E.); quindi le opere di rimboschimento (5,5 miliardi di lire) e gli interventi per le zone industriali, i porti, l'agricoltura e la pesca (10 miliardi di lire); uno stanziamento importante viene destinato al potenziamento delle Università siciliane (3,8 miliardi di lire). Economie e sopravvenienze derivanti dalla gestione del fondo sono destinate ad incrementare le dotazioni relative alle altre finalità del piano stesso (fino a 4,9 miliardi di lire per l'incremento della produzione di energia elettrica, fino a 2,5 miliardi per le opere irrigue) ovvero a finalità aggiuntive tra le quali si segnala la previsione di 500 milioni di lire per *istruzione professionale*. Sotto il profilo della procedura di adozione del programma delle opere, a modifica del modello precedentemente adottato con la l. r. 5/1951, la proposta delle opere da eseguire è ora attribuita alla competenza del Presidente della Regione (era dei singoli assessori nel modello precedente) di concerto con gli Assessori alle cui attribuzioni si riferiscono le opere medesime e con l'Assessore al bilancio mentre all'approvazione del piano delle opere provvede sempre la Giunta di governo.

Analogo modello di intervento caratterizza anche la successiva legge regionale 27 febbraio 1965, n. 4, che adotta il piano di impiego delle risorse per il periodo 1960-66: viene programmata la destinazione della intera assegnazione

del contributo e delle economie realizzate sui programmi precedenti, con la indicazione del riparto delle risorse tra i diversi settori di intervento. Le risorse ripartite (compresi 3,55 miliardi di lire di sopravvenienze dei bilanci del fondo degli esercizi precedenti) ammontano a 215 miliardi di lire di cui 175,5 miliardi stanziati per il solo esercizio finanziario 1965 con la indicazione del piano di riparto tra i settori di intervento⁶.

Il settore dell'Agricoltura (bonifica, viabilità rurale, attuazione dei piani zonal di sviluppo dell'ESA) è quello che fa registrare in questa fase le assegnazioni più consistenti: 75 miliardi di lire. Al settore dell'industria vanno complessivamente 49 miliardi di lire; di questi, 35 miliardi di lire sono destinate ad iniziative industriali promosse dalla SOFIS e dall'EMS anche in concorso con l'IRI, l'ENI e società collegate. Le opere viarie assorbono ancora una quota importante di risorse (49 miliardi di lire) con un ampio dettaglio delle singole opere da finanziare, direttamente indicate nella legge. In tale ambito, le assegnazioni più consistenti riguardano le autostrade (18 miliardi di lire per la Messina-Catania, 12 miliardi per la Messina-Palermo-Mazzara del Vallo, 10,321 miliardi per la Palermo-Catania e 3 miliardi alla Siracusa-Gela-Mazzara del Vallo); il resto va alle strade a scorrimento veloce Gela-Caltanissetta, Porto Empedocle-Agrigento-Caltanissetta, Pozzallo-Ragusa-Catania, Palermo-Agrigento; all'allacciamento di Enna e Caltanissetta con l'autostrada Palermo-Catania. Alle tre Università siciliane sono assegnati 6 miliardi di lire per opere ed attrezzature e 4 miliardi agli istituti professionali ed i centri di addestramento professionale.

Per la realizzazione degli interventi, la legge prevede la istituzione di un Comitato interassessoriale presieduto dal Presidente della Regione e composto dagli Assessori per lo sviluppo economico, per l'agricoltura, per l'industria, per i lavori pubblici e per il turismo, con una duplice finalità: formulare direttive per la ripartizione territoriale delle spese ed i criteri di priorità degli interventi da effettuarsi nei vari settori e operare il coordinamento dei programmi di dettaglio degli interventi, con gli interventi dello Stato, della Cassa del Mezzogiorno, degli Enti pubblici o a partecipazione pubblica operanti nel territorio regionale.

Segue la legge regionale 28 dicembre 1970, n. 48, che adotta il piano di

⁶ Settori di intervento e risorse assegnate legge regionale 4/1965

Agricoltura	75 miliardi di lire
Industria	49 miliardi di lire
Opere viarie	49 miliardi di lire
Opere portuali	4 miliardi di lire
Opere di urbanizzazione	10 miliardi di lire
Opere ed attrezzature fisse ospedaliere	5 miliardi di lire
Opere di attuazione di piani di zone di interesse turistico	10 miliardi di lire
Scuola	10 miliardi di lire
Ricerche idriche	3 miliardi di lire
TOTALE	215 miliardi di lire

impiego delle risorse assegnate alla Regione per il periodo 1966-71 (legge 6 marzo 1968, n. 162), le economie realizzate su impegni precedenti, le sopravvenienze attive della gestione del fondo, per un importo complessivo di 183,2 miliardi di lire ripartendo la relativa spesa negli esercizi finanziari dal 1969 al 1974⁷.

L'agricoltura assorbe oltre il 50% dell'intera programmazione con interventi concentrati in tre voci: i piani di sviluppo zonale dell'ESA (50 miliardi di lire), viabilità rurale (30 miliardi di lire) e rimboschimenti (12 miliardi di lire). Ai lavori pubblici vanno 48,5 miliardi di lire destinati in parte ad opere di competenza degli enti locali: oltre alla viabilità provinciale e comunale, impianti di pubblica illuminazione, asili, acquedotti, verde pubblico, mercati comunali, mattatoi... L'elemento di novità di questa programmazione è tuttavia costituita dagli interventi nel settore del turismo e della cultura. Alla valorizzazione del patrimonio archeologico sono destinati 5 miliardi di lire; 4,7 miliardi di lire alle attività artistiche e culturali ed in particolare al il riammodernamento e restauro di numerosi teatri (Massimo, Politeama e Biondo di Palermo; Bellini e Coppola di Catania; Pirandello di Agrigento; Margherita di Caltanissetta; Teatro comunale di Siracusa; Garibaldi di Enna; Bellini di Acireale; Teatro comunale di Adrano; Mandanici di Barcellona; Garibaldi di Caltagirone; Teatri comunali di Noto e di Marsala; Teatro Garibaldi di Piazza Armerina) ed un miliardo per il completamento dell'Auditorium di Taormina; 5 miliardi sono destinati alla valorizzazione del patrimonio idro-termale; 4,5 miliardi al potenziamento degli impianti sportivi. Il finanziamento per la pubblica istruzione è ripartito alle tre università siciliane per la realizzazione di centri residenziali per gli universitari. Gli interventi in materia di lavoro prevedono la costruzione (in concorso anche con altri enti o con la Cassa per il mezzogiorno) di due edifici e le attrezzature didattiche per attività di qualificazione e specializzazione professionale dei lavoratori. Completano il programma, gli interventi nelle zone industriali regionali (5 miliardi di lire), il completamento della diga sul fiume Morello (2 miliardi di lire) e la edilizia ospedaliera ed ambulatoriale (6 miliardi di lire). La norma innova ancora sulle procedure di adozione dei programmi di dettaglio delle opere. Per la realizzazione degli interventi, viene prevista la formulazione di apposite direttive dell'Assessore dello sviluppo economico contenenti le norme per coordinare gli interventi finanziati con i fondi della solidarietà nazionale *con gli altri interventi*

⁷ Settori di intervento e risorse assegnate legge regionale 48/1970

Agricoltura	92 miliardi di lire
Industria	7 miliardi di lire
Sanità	6 miliardi di lire
Turismo	21,7 miliardi di lire
Pubblica istruzione	6 miliardi di lire
Lavoro	2 miliardi di lire
lavori Pubblici	48,5 miliardi di lire
TOTALE	183,2 miliardi di lire

pubblici; le direttive sono sottoposte alla approvazione della Giunta di Governo; entro due mesi dalla loro approvazione, la Giunta di Governo approva anche *i programmi di dettaglio delle opere* predisposti da ciascun assessore per il proprio ambito di competenza. La medesima procedura viene estesa anche alle eventuali modifiche ed integrazioni necessarie per attuare i programmi già approvati per l'impiego delle precedenti assegnazioni.

2.3. *Le leggi successive fino alla sospensione del contributo*

Quelle che seguiranno dopo la prima metà degli anni settanta e fino alla sospensione del contributo di solidarietà nazionale con la legge di attribuzione delle somme per il 1990, saranno normative strutturate in maniera diversa. Non più leggi che programmano la destinazione della intera dotazione del fondo per il periodo di riferimento delle relative assegnazioni statali, ma leggi che di volta in volta disporranno l'impiego di quote più o meno consistenti delle disponibilità del fondo di solidarietà nazionale (talvolta anche per un solo esercizio finanziario); in altri casi le disponibilità del fondo sono utilizzate a copertura di singole disposizioni di spesa (ovviamente ritenute compatibili con le finalità dell'art. 38 dello statuto) inserite in leggi diverse che non riguardano in maniera specifica il piano di impiego del f.s.n. Diventa così più complessa la stessa possibilità di ricostruire un quadro di riferimento unitario degli interventi e la stessa possibilità di ricondurre gli stessi, alla nozione unitaria del piano economico di utilizzazione delle risorse previsto dall'art. 38 dello Statuto. Due leggi adottate nel 1974 dispongono l'impiego parziale del f.s.n. per il quinquennio 1972-76, per 27,3 miliardi di lire per il solo esercizio finanziario 1974 (legge regionale 9 maggio 1974, n. 11) e per 64,45 miliardi di lire (legge regionale 31 dicembre 1974, n. 62) per l'esercizio finanziario 1975 destinando le somme prevalentemente ad opere di bonifica e sistemazione idraulico-forestale, viabilità e trasformazione di trazzere ed alla realizzazione di edifici da destinare ad uffici periferici dell'Amministrazione dell'agricoltura. La stessa l. r. 12 maggio 1975, n. 18 che tenderà invece a dare un quadro unitario agli interventi adottando un "Piano regionale di interventi per il periodo 1975-80" si limita in realtà ad indicare i settori di intervento (difesa del suolo, sviluppo produttivo, valorizzazione patrimonio naturale, storico artistico, attrezzature culturali e sportive, credito commerciale e artigiano....) rinviando per la loro attuazione e per l'effettivo utilizzo delle risorse *a successive leggi della Regione*. Questo piano avrà una dotazione di risorse rilevante che la legge quantifica in 981 miliardi di lire (di cui 561 a carico del f.s.n. e 420 mediante autorizzazione a ricorrere ad un mutuo) ma non ne viene definita la relativa ripartizione affidata, come detto, a successive disposizioni normative. Avverrà infatti che con tali fondi sarà finanziata (e successivamente rifinanziata) la legge sul turismo (legge regionale 12 giugno 1976, n. 78) per un

importo di 140 miliardi di lire per il biennio 1976-1977. Per quanto riguarda le finalità, la novità che, a partire dalla metà degli anni settanta, va segnalata riguarda il peso sempre più rilevante che vanno assumendo gli interventi e i trasferimenti diretti di risorse agli enti locali per opere di loro competenza (contributi a comuni e province per la sistemazione e ammodernamento di strade e reti fognarie di loro competenza, manutenzione di acquedotti comunali, il fondo per la progettazione degli enti locali). Indirizzo che nel corso degli anni 80 assumerà connotazioni ancora più vistose con la scelta (a tutt'oggi pressoché regolarmente confermata) di porre a carico dei fondi ex art. 38 dello Statuto le assegnazioni per le spese per investimenti relative alle funzioni amministrative trasferite ai comuni ed alle province. Si tratta di importi consistenti che in quegli anni assorbono quote molto rilevanti della intera disponibilità del f.s.n. La legge regionale 2 gennaio 1981, n. 1 su una programmazione complessiva di risorse di 270 miliardi di lire, ne destina 160 ai comuni per spese per investimenti connessi alle funzioni trasferite; per le stesse finalità sono trasferiti ai comuni 530 miliardi di lire per ciascuno degli anni 1985 e 1986; alle province per le spese per investimenti connessi allo svolgimento delle funzioni amministrative attribuite loro con la 6 marzo 1986, n. 9, sono trasferite somme nel 1987 e nel 1988 per un importo rispettivamente di 450 e 650 miliardi di lire. Si tratta di un mutamento di prospettiva importante; il trasferimento di risorse, per importi così rilevanti, agli enti locali che ne dispongono l'utilizzo nell'ambito delle loro finalizzazioni di bilancio (sia pure con il vincolo contabile della spesa da destinare ad investimenti) non consente più di ricostruire neppure formalmente l'idea del piano economico unitario di impiego del fondo di solidarietà nazionale.

2.4. La ripresa della programmazione dei fondi della solidarietà nazionale negli anni 2000

Le normative regionali adottate dopo la ripresa delle assegnazioni statali operate a partire dal 2000 (con la quantificazione del saldo per il periodo 1991-2000 e le successive assegnazioni fino al 2008, per il cui dettaglio si veda la tabella riportata) faranno registrare ulteriori importanti novità con riferimento sia alle procedure che alle finalità di impiego del f.s.n. Con le leggi regionali 3 dicembre 2003, n. 20 e 5 novembre 2004, n. 15 vengono direttamente destinati fondi per un ammontare complessivo di circa 665 milioni di euro. L'intero ammontare delle risorse viene ripartito per finalità di spesa in conto capitale ad incremento od in sostituzione di stanziamenti di capitoli del bilancio regionale⁸. La gamma degli interventi finanziati spazia dalle acquisizioni di partecipazioni

⁸ Per il dettaglio degli interventi si veda Tab. E allegata alla l.r. 20/2003 e tab. E allegata alla l.r. 15/2004.

azionarie, alla costituzione di società di capitali, ai contributi a società partecipate, ai contributi in conto interessi a privati per attività produttive in diversi settori, alle partecipazioni a fondi rischi, al finanziamento dei corsi di formazione professionale, agli acquisti di mobili ed arredi. Scelte che consolidano ed anzi accentuano un duplice mutamento di prospettiva nella filosofia di impiego dei fondi, che va al di là di una pure possibile lettura storico evolutiva della previsione statutaria. In primo luogo un indirizzo che vede l'impiego dei fondi caratterizzarsi in senso sempre più organico e strutturale rispetto alle finalità generali della Regione e delle sue ordinarie politiche di bilancio e sempre meno come *fonte di finanziamento di specifici programmi di intervento aggiuntivi*⁹; interventi la cui natura corrisponde sempre meno al referente letterale del comma primo dell'art. 38 che parla di *esecuzione di lavori pubblici* e sempre più alla nozione (che ha una connotazione contabilistica) molto più ampia e generica di spesa in conto capitale.

2.5. *Le nuove procedure di adozione del piano*

Ma con la l. r. 20/2003 si innova anche per quello che riguarda le competenze di Governo ed Assemblea nella predisposizione dei piani di impiego dei fondi. Rispetto al modello che si era consolidato nel tempo sia pure con alcune varianti (la legge individua le finalità e ripartisce le risorse ed il Governo predisporre ed attua il programma delle opere da realizzare) si innova radicalmente introducendo la previsione per cui la programmazione degli interventi ed il riparto dei fondi vengono adottati dalla Giunta di governo e trasmessi alla Assemblea (alla Commissione Bilancio in particolare) solo per il parere. Si tratta di una novità importante che ha refluenze non solo per quello che riguarda il profilo dei rapporti Assemblea-Governo ma, considerata la natura giuridica dell'atto che individua le finalità e destina le risorse (che non è più la legge ma la deliberazione della Giunta regionale), anche per quanto riguarda la natura del controllo riguardante la corretta utilizzazione dei fondi secondo i parametri di costituzionalità dettati dall'art. 38 dello Statuto. Un primo importante Piano economico degli investimenti dei fondi dell'art. 38, viene adottato dalla Giunta regionale nel 2004¹⁰ e destina risorse per 200 miliardi di euro per il 2004 ed altrettanti per il 2005 (la somma complessiva di 400 miliardi corrisponde alla attualizzazione delle assegnazioni operate con la legge 289/2002 relative al periodo 2001-2005). A questo piano, seguono fino al 2008 (l'ultimo Piano econo-

⁹ Relazione conclusiva gruppo di lavoro per la definizione dei rapporti finanziari Stato-Regione Siciliana (Commissione Brancasi).

¹⁰ Delibera Giunta regionale n. 371 dell'11 novembre 2004 "Piano economico degli investimenti dei fondi assegnati alla regione siciliana per le finalità dell'art. 38 dello Statuto".

mico è stato adottato dalla Giunta di governo nel settembre 2008) una serie di atti di programmazione che riguardano sia le nuove assegnazioni che l'utilizzo delle economie sulla gestione del fondo oltre che una serie di rimodulazioni delle finalità delle une e delle altre. Un intreccio di atti che rende problematica la ricostruzione dell'effettiva dimensione finanziaria complessiva degli interventi¹¹.

Per quello che riguarda l'impiego delle risorse, l'impostazione che si segue nei piani non è dissimile rispetto a quanto detto a proposito delle due leggi per ultimo citate (leggi regionali 20/2003 e 15/2004): è ammessa ogni tipologia di intervento classificato in bilancio come spesa in conto capitale, i cui destinatari non sono solo enti pubblici e possono riguardare interventi non necessariamente collegati a *finalità produttive*. Le risorse sono *spalmate* in un numero rilevante di finalità: in alcuni casi si tratta di nuovi interventi, in altri casi del finanziamento di specifiche finalità e capitoli di bilancio. Gli importi più rilevanti riguardano ancora i trasferimenti in conto capitale agli enti locali, la salvaguardia del patrimonio forestale, l'edilizia popolare, l'edilizia scolastica, gli interventi di risanamento ambientale e per il sostegno delle attività produttive (integrazione fondi rischi, realizzazione distretti produttivi), la valorizzazione dei beni culturali; a questi si affiancano stanziamenti per l'emergenza idrica, per l'emergenza rifiuti, per la realizzazione di caserme dei carabinieri, per gli edifici di culto, per i musei diocesani, per la realizzazione del sistema informativo regionale, per piattaforme telematiche, acquisto mobili ed arredi, per l'acquisto dei treni minuetto, per garantire l'equilibrio economico-gestionale degli ATO, per la trasformazione degli enti fiera regionali in soggetti giuridici privati e decine di altre voci per importi più o meno consistenti. I piani economici degli interventi adottati dalla giunta di governo sono inviati al Ministero dell'economia corredati da una relazione che, con esplicito richiamo alle indicazioni delle norme nazionali di assegnazione dei fondi, contiene la valutazione sull'impatto economico degli investimenti e sull'obiettivo di riequilibrio del rapporto PIL regionale/PIL nazionale perseguito.

¹¹ Per dare comunque un ordine di grandezza delle risorse programmate nelle ultime annualità, si riporta nella tabella che segue (fonte Ragioneria generale della Regione) il totale per ciascuno degli anni dal 2003 al 2008 (anno di adozione dell'ultimo piano) delle somme iscritte nella spesa come "Nuove risorse" (di contro, le disponibilità effettive invece devono tenere conto dell'ammontare delle economie che vengono annualmente riprodotte per le medesime finalità ovvero rimodulate nelle finalità).

Totale "Nuove risorse 2003-2008"	
2003	872.423.518,44
2004	200.000.000,00
2005	200.000.000,00
2006	238.000.000,00
2007	35.000.000,00
2008	35.000.000,00
Totale 1.580.423.518,44	

3. *L'intervento della Corte Costituzionale*

La vicenda dello Statuto regionale e la sua evoluzione nel tempo, è stata segnata nel suo complesso dal ruolo determinante svolto dalla giurisprudenza costituzionale: in questo senso l'art. 38 non fa eccezione. Nel 1982 la Regione Siciliana impugnò innanzi alla Corte Costituzionale una legge dello Stato (l'art. 1 della legge 26 novembre 1982, n. 11 di conversione del decreto legge 26 novembre 1982, n. 677) con la quale le somme dovute alla Sicilia per l'anno 1981 a titolo di solidarietà nazionale, già quantificate per ciascun anno del quinquennio 1977-1981 nella misura del 90% del gettito dell'imposta di fabbricazione (vedi tabella riportata in appendice), venivano ridotte dell'importo di 25 miliardi di lire. Nel ricorso la Regione sosteneva che la riduzione operata rispetto alla quantificazione già disposta per il quinquennio di riferimento, dalla apposita legge, costituisse violazione dell'art. 38 dello Statuto. Nel pronunciarsi su tale ricorso¹² e nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, la Corte opera una ricostruzione generale dell'istituto della solidarietà nazionale fornendone una lettura che ne segnerà in maniera determinante l'applicazione successiva. Nel motivare la decisione la Corte pur riconoscendo che l'erogazione del contributo di solidarietà nazionale costituisce adempimento di un obbligo costituzionale, sostiene tuttavia che tale obbligo *“non è vincolato quanto al suo ammontare ed alle modalità di erogazione, ad alcuna garanzia costituzionale”* ed aggiunge che anche se il terzo comma dell'art. 38 prevede che la revisione quinquennale dell'ammontare del contributo deve avere a riferimento la variazione dei dati assunti per il precedente computo *“sia l'adozione del dato base per il calcolo che il suo controllo, sono rimessi ad un apprezzamento dello stato (come si desume dal termine riferimento ai predetti dati) consistente in una valutazione non meramente ricognitiva e vincolante della modificazione degli elementi originari o di quelli relativi al precedente computo...”*. Appare evidente come l'argomentazione della Corte abbia sostanzialmente aperto la strada nel tempo ad una sostanziale riconsiderazione dell'istituto della solidarietà nazionale, lasciato alla completa discrezionalità del legislatore statale su modalità, tempi ed importi erogati, come mostra, in maniera eloquente, la tabella delle assegnazioni riportata. Ma il giudizio affronta altre due questioni sollevate dalla Regione e considerate entrambe infondate dalla Corte. La prima riguarda la tesi (alquanto ardita per la verità) sostenuta dalla Regione secondo la quale di fatto nel tempo *“si sarebbe instaurato, per prassi, l'obbligo dell'intesa tra stato e regione nella determinazione del contributo...”* il che dovrebbe indurre a qualificare la norma di quantificazione del contributo quinquennale una... *“vera e propria normativa di attuazione dello Statuto, che*

¹² Corte cost. n. 87/1987.

dunque non si sarebbe potuta sottrarre al procedimento previsto dall'art. 43 dello statuto medesimo." La ipotesi prospettata dalla Regione viene rigettata dalla Corte in base alla evidenza che la disposizione impugnata appartiene alla normativa ordinaria (così come tutte le leggi precedenti di quantificazione del contributo) e come tale *"non è provvista di alcuna qualificazione particolare che comporti, nella determinazione del contributo, l'osservanza del procedimento previsto dall'art. 43 dello Statuto"* escludendosi quindi ogni forma di partecipazione della Regione nel procedimento di adozione della stessa. L'altra questione sollevata dalla Regione riguarda la presunta violazione dell'art. 19 dello Statuto (si tratta della disposizione che disciplina i termini per l'approvazione del bilancio e per lo svolgimento dell'esercizio finanziario); in questo caso si sostiene che la riduzione operata nelle assegnazioni delle somme alla Regione essendo intervenuta quando il procedimento di formazione del bilancio per quell'anno si era già perfezionato ed il relativo equilibrio (con la iscrizione in entrata delle risorse successivamente decurtate) raggiunto, *si viene ad incidere sulla gestione dello strumento contabile*" producendosi una violazione dell'art. 19 dello Statuto. Anche per tale profilo, la censura viene respinta non attribuendo la Corte alcun rilievo *alla vicenda cronologica in cui la norma stessa si collocava ed era destinata a produrre effetti...*"

Nel 1992 la Corte Costituzionale ritorna sul tema¹³. Oggetto del giudizio (promosso sempre dalla Regione) questa volta è la legge finanziaria del 1992 (legge 31 dicembre 1991, n. 415) ed in particolare l'articolo 2 comma 2 e il fondo speciale di conto capitale (tab. B della finanziaria stessa) per la parte che quantifica gli accantonamenti di bilancio da utilizzarsi per il contributo di solidarietà nazionale per gli anni 1992 (200 miliardi), 1993 (300 miliardi) 1994 (500 miliardi). Gli importi riportati nella tabella rappresentano una *rimodulazione* delle somme accantonate con la finanziaria precedente, per gli anni 1992 e 1993, per la medesima finalità e ne riducono gli importi ad un quinto rispetto alle precedenti previsioni (in termini assoluti si tratta di qualcosa come 1200 miliardi di lire in meno per ciascun anno). Nelle motivazioni del ricorso la Regione pur riconoscendo che spetta allo Stato il potere determinativo del contributo, questione che aveva costituito oggetto della precedente pronuncia, sostiene tuttavia che per la norma ora impugnata non potevano evocarsi le considerazioni svolte con la sentenza n. 87 del 1987, poiché in quel caso la decurtazione del contributo (pari a 25 miliardi di lire) era tale comunque da non compromettere la finalità dell'intervento mentre nel caso in esame il taglio operato è di tale rilevanza da essere suscettibile di *"snaturare l'intervento di solidarietà fino a compromettere le finalità perseguite dalla norma statutaria"*. In sostanza, la Regione assume che proprio la rilevanza dei *tagli* operati rispetto alle precedenti previsioni *de-*

¹³ Corte cost. n. 369/1992.

terminando una inversione di tendenza nel flusso degli stanziamenti rappresenti l'elemento nuovo nel giudizio poiché compromette la possibilità della norma di perseguire effettivamente le sue finalità. Dunque anche se il potere determinativo dello Stato sul contributo non è in discussione, sostiene la Regione, il suo esercizio deve considerarsi legittimo solo "... *se si muoverà, quanto meno, in ragionevole accordo con le finalità dell'art. 38*" poiché esso "... *nasce gravato da limiti interni desumibili dall'art. 38 dello Statuto regionale, nella parte in cui fa riferimento al bilanciamento del minore ammontare dei redditi di lavoro nella Regione in confronto alla media nazionale...*" Si aggiunge inoltre che oggetto della previsione statutaria non è tanto la erogazione annuale quanto *l'assegnazione quinquennale del contributo* con la conseguenza che *"la modifica del contributo operata non alla scadenza del quinquennio, ma nel corso di esso, implica lesione della sfera patrimoniale della Regione"*¹⁴. Nel rigettare, anche in questo caso il ricorso, la Corte Costituzionale non si limita a dichiarare applicabile anche al caso in esame la precedente giurisprudenza sul punto, ribadendo che *l'erogazione del contributo è adempimento di un obbligo costituzionale, ma non è vincolata, quanto al suo ammontare ed alle modalità di erogazione, ad alcuna garanzia costituzionale*, ma integra la motivazione con ulteriori considerazioni di ordine più generale sull'autonomia finanziaria regionale. Il punto di partenza del ragionamento della Consulta è nell'assunto per cui *"La Costituzione e gli Statuti speciali non definiscono l'autonomia finanziaria regionale in termini quantitativi: deve dunque riconoscersi che vi è discrezionalità del legislatore statale nella determinazione dei trasferimenti all'interno dei vincoli di finanza pubblica"*. Qual è la cornice entro cui va esercitata tale discrezionalità? Quella di assicurare *"la corrispondenza tra bisogni regionali e mezzi finanziari per farvi fronte... garantendo alle regioni il normale espletamento delle funzioni, operando sempre una valutazione comparativa delle esigenze generali."* Posto tale assunto, la Corte colloca la riduzione delle assegnazioni alla Sicilia nel quadro di una legge finanziaria (quella del 1992) caratterizzata dalla *"urgenza di arginare l'espansione del deficit pubblico, coerentemente con gli impegni assunti dall'Italia in sede comunitaria: vi sono limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone... ed è inevitabile che l'indirizzo generale della politica economico-finanziaria si rifletta sulla finanza regionale e, segnatamente, sui contributi destinati alle regioni a statuto speciale sulla base di quella valutazione comparativa delle esigenze generali riservata al legislatore statale"*. Determinante nella valutazione della Corte è in tal senso la considerazione della natura *aggiuntiva* del contributo di solidarietà nazionale

¹⁴ In questo senso i motivi del ricorso della Regione (si veda il punto 5.1 dei Ritenuto in fatto, sentenza n. 369/1992).

rispetto al finanziamento delle funzioni ordinarie per cui conclude che *“la disposizione impugnata non altera la complessiva rispondenza fra i bisogni fondamentali della Regione e i mezzi finanziari per farvi fronte, dal momento che il contributo di solidarietà ha carattere aggiuntivo rispetto alle entrate assicurate in via ordinaria alla regione.* Quello su cui la Corte conviene è invece la necessità che venga rispettata la disposizione statutaria che pone un preciso riferimento temporale per la adozione della legge che dispone il contributo (il quinquennio) ma osserva al riguardo che gli accantonamenti di bilancio operati con la finanziaria (che hanno per coerenza contabile con il bilancio di previsione, proiezione solo triennale) che sono oggetto della impugnativa, non possono essere scambiati per la legge che assegna il contributo che costituisce rispetto ad essi atto autonomo e dovrà essere adottata distintamente e nel rispetto del requisito temporale previsto dall'art. 38; gli accantonamenti in finanziaria rappresentano solo il meccanismo che dovrà assicurare in toto od in concorso con altre fonti, la copertura finanziaria della legge quando questa verrà adottata. L'aspetto paradossale della disputa sugli importi e le successive rimodulazioni degli accantonamenti di bilancio, sia detto per inciso, è nel fatto che comunque, come evidenziato in precedenza, quelle leggi che dovevano disporre il contributo, nonostante il fatto che la Consulta ne avesse ribadito il carattere obbligatorio, per tutti gli anni 90 non vennero adottate e dunque quegli accantonamenti, adeguati o meno che fossero, rimasero nelle tabelle del bilancio o presero altre direzioni.

Sulla vicenda dell'art. 38 vi è da registrare anche un intervento del Commissario dello Stato per la Regione Siciliana che nel 1979 impugna una norma approvata dall'ARS che pone a carico del fondo di solidarietà nazionale interventi di *riparazione e ricostruzione di fabbricati di proprietà privata, di qualsiasi natura, danneggiati o distrutti dagli eventi sismici* (si tratta di interventi nei comuni della provincia di Messina colpiti da eventi sismici nel 1967 e successivamente nel 1977 e 1978) non ritenendo che questi fossero riconducibili alle finalità previste dall'art. 38 dello Statuto. Nell'argomentare l'impugnativa, il Commissario dello Stato riconosce che sull'art. 38 si è venuta a determinare, attraverso una interpretazione storico-evolutiva che ha tenuto conto delle mutate condizioni socio-economiche dell'isola, una prassi che ha portato a ricomprendere negli interventi consentiti dalla norma statutaria anche *interventi di carattere produttivo*, caratteristica che tuttavia non veniva riconosciuta all'intervento in questione. Anche la Corte dei conti in quel periodo aveva formulato una serie di osservazioni circa la rispondenza delle modalità di impiego dei fondi alle finalità statutarie; questione sulla quale la impugnativa stessa sottolinea la opportunità di un *chiarimento da parte del Supremo organo Costituzionale*. Chiarimento che non ci sarà poiché sulla questione la Corte Costituzionale non avrà modo di pronunciarsi e dichiarerà cessata la materia del contendere a seguito dell'abrogazione, con una successiva legge, della norma impugnata.

4. *La riflessione sull'art. 38 nei lavori della Commissione Brancasi*

Nell'ambito dei lavori della Commissione Brancasi (gruppo di lavoro costituito nel 1997 da rappresentanti dello Stato e della Regione incaricato di condurre uno studio propedeutico alla quantificazione e definizione di tutte le partite di contenzioso finanziario intercorrenti tra lo Stato e la Regione, presieduto dal prof. Antonio Brancasi) venne affrontato anche il problema del contenzioso sull'art. 38 dello Statuto¹⁵. La Commissione svolse i suoi lavori tra il 1997 ed il 1998 e quindi in una fase nella quale già da qualche anno non veniva più erogato il f.s.n. alla Regione (fermo al contributo per il 1991). La conclusione fu nel senso che pur dovendosi riconoscere che fosse indubbio il diritto della Regione alle assegnazioni a titolo di solidarietà nazionale per le annualità non erogate, considerato che la quantificazione del medesimo (alla luce della giurisprudenza costituzionale prima richiamata) era rimessa alla *più ampia discrezionalità del legislatore statale...*, la Commissione non aveva la possibilità di operare una stima di tale credito e dunque la partita non poteva essere considerata nella contabilità delle compensazioni tra stato e regione che la Commissione era chiamata ad operare. Nel documento conclusivo dei lavori della Commissione venne tuttavia prospettata ed argomentata (sia pure riportando l'esplicito avviso contrario della delegazione regionale sul punto) una ipotesi di revisione radicale della filosofia dell'art. 38 e della sua stessa funzione, sostanzialmente collocandone l'intervento dentro l'obiettivo più generale di pervenire ad un assetto finanziario che garantisse alla Regione le risorse necessarie per finanziare tutte le funzioni di sua competenza, quelle già trasferite e quelle ancora esercitate dallo Stato ma di competenza della Regione. In questo quadro, l'art. 38 avrebbe potuto rappresentare un canale, il solo previsto dallo Statuto, atto a garantire quei trasferimenti a carico del bilancio dello Stato, in grado di assicurare l'equilibrio tra funzioni e relativi oneri, che l'assetto attuale non viene ritenuto in grado di garantire. Visto in tale ottica, il differenziale di reddito tra la Sicilia e la media nazionale, oggetto dell'intervento perequativo dell'art. 38, si poteva leggere come indice della minore capacità contributiva dell'isola *da cui conseguono minori entrate per la Regione* e dunque un deficit nella capacità di finanziamento delle sue finalità generali. In linea con tale ragionamento venne avanzata la ipotesi secondo la quale, in questo caso, l'indice sul quale commisurare l'ammontare del f.s.n. poteva essere rappresentato *dalla differenza tra le entrate tributarie della Regione e quelle che essa avrebbe percepito qualora il reddito medio dei suoi contribuenti fosse stato uguale al reddito medio nazionale*. In sostanza una ipotesi per la quale la cosiddetta perequazione si sarebbe dovuta *riconvertire* da elemento di finanza aggiuntiva e straordinaria in componente

¹⁵ Relazione conclusiva gruppo di lavoro per la definizione dei rapporti finanziari Stato-Regione siciliana (commissione Brancasi).

della finanza ordinaria. A sostegno della tesi *revisionista* veniva posta una doppia argomentazione; anzitutto la considerazione che proprio la configurazione dell'art. 38 come *forma di finanziamento aggiuntivo non destinato a fronteggiare il costo delle funzioni ordinarie*, era alla base di quell'orientamento della Corte Costituzionale che, pur riconoscendo l'obbligo di natura costituzionale alla erogazione del contributo, aveva negato ogni tipo di vincolo per il legislatore statale nella quantificazione dello stesso, non operando, per tale forma di finanziamento, il vincolo della *corrispondenza tra bisogni regionali e mezzi finanziari per farvi fronte...* vincolo questo sì ammesso, in via di principio, dalla Consulta; in secondo luogo, veniva osservato, il tipo di evoluzione prospettata prendeva atto di un indirizzo che in quella fase era già evidente (ed il documento conclusivo dei lavori della Commissione non manca di rimarcarlo) che sostanzialmente tendeva a ricondurre alle finalità generali della Regione ed alle sue ordinarie politiche di bilancio l'utilizzo delle risorse del f.s.n: indirizzo che, come detto, si accentuerà poi negli anni a seguire. Tuttavia, posta in questi termini, la questione rimase comunque confinata nell'ambito delle indicazioni di quel documento e questo non solo perché registrò la opposizione espressa dai rappresentanti regionali in quel gruppo di lavoro che definirono *una forzatura* l'ipotesi di *utilizzare lo strumento della solidarietà nazionale per integrare le risorse regionali destinate a finanziare le ordinarie funzioni amministrative*, ma anche perché quella prospettazione rappresenta una evidente disarmonia con l'impostazione successivamente adottata dalla riforma costituzionale del 2001 che si muove invece nella direzione di mantenere su piani nettamente distinti il finanziamento delle funzioni e le risorse aggiuntive con finalità perequative.

4.1. *L'art. 38 e la perequazione nel nuovo titolo V*

Ed in effetti l'art. 119 della Costituzione si muove proprio nel senso di operare una netta distinzione tra finanziamento delle funzioni e risorse aggiuntive prendendo in considerazione, in relazione a tale distinzione, due differenti nozioni di perequazione collegate appunto, una al problema del finanziamento delle funzioni (terzo comma dell'art. 119) e l'altra (quinto comma dell'art. 119) agli obbiettivi di riequilibrio e sviluppo economico... e comunque *per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle funzioni* destinando a tali finalità appunto *risorse aggiuntive* a carico del bilancio dello Stato. Tralasciando in questo contesto il problema del finanziamento delle funzioni (questione, per altro, piuttosto complessa e tutt'altro che risolta), nel nostro ragionamento sull'art. 38 è dunque la nozione di perequazione di cui al comma quinto che dobbiamo prendere in considerazione. In che rapporto sono disciplina costituzionale e disciplina statutaria? Può senz'altro dirsi che, in via di principio, si tratta di due modelli di interventi *perequativi* che si muovono su un terreno di complementarie-

tà. Anzitutto perché si tratta di interventi che si rivolgono a destinatari differenti: mentre l'art. 38 assegna risorse aggiuntive esclusivamente alla Regione come istituzione, il quinto comma dell'art. 119 parla di risorse aggiuntive ed interventi a favore di *determinati comuni, province, città metropolitane e regioni*. Si consideri poi che quella del quinto comma dell'art. 119 è una disposizione costituzionale che comunque non mette a regime un sistema di interventi che abbia beneficiari predeterminati, ma rimette al legislatore ordinario la valutazione di volta in volta del ricorrere dei presupposti, delle condizioni o della opportunità per attivare determinate misure od assegnazioni di risorse e di individuare i beneficiari di quegli specifici provvedimenti (appunto determinati comuni, province... etc); di contro, l'articolo 38 dello Statuto configura un intervento finanziario annuale costituzionalmente garantito in favore della Regione Siciliana (sia pure con quella discrezionalità sulla quantificazione, in capo al legislatore statale di cui si è detto) dove è proprio il dato strutturale e di continuità a rappresentare l'elemento di peculiarità in quanto finalizzato a *realizzare una azione sistematica in senso livellatore*¹⁶. Sotto un ulteriore profilo vi è da osservare che, rispetto al modello perequativo che è proprio dell'art. 38 dello Statuto (il riequilibrio del differenziale di reddito della Sicilia rispetto alla media nazionale), quello del nuovo testo costituzionale è un concetto di intervento perequativo che spazia su una gamma molto più ampia di presupposti che, assieme all'obiettivo della promozione dello sviluppo e della rimozione degli squilibri economici e sociali, pone il tema fondamentale della garanzia dell'*effettivo esercizio dei diritti della persona*; si va cioè oltre l'idea meramente economicista della solidarietà che c'è nello Statuto e che c'era anche nel vecchio testo dell'art. 119 della Costituzione e si riconosce, in particolare, che la gamma dei servizi sociali e della promozione dei diritti della persona accedono a questa specifica tutela costituzionale e vengono inquadrati in queste politiche; diritti la cui tutela si colloca al di sopra di qualsiasi nozione di autonomia e che, per la loro valenza generale, non possono che essere garantiti dall'intervento dello Stato in tutto il territorio nazionale. Interventi che dunque, a differenza da quelli attivabili con le risorse della solidarietà nazionale, non sono confinati alle sole spese per investimenti o alle sole spese in conto capitale, ma si estendono ad ambiti e tipologie preclusi a questi. Tuttavia per quanto non sovrapponibili sul piano formale, le due tipologie di interventi *condividono* un comune quadro di riferimento ed in particolare il peculiare ruolo assegnato al legislatore statale nel delineare di volta in volta risorse e beneficiari della perequazione del quinto comma dell'art. 119 della Costituzione, per un verso, e quantificazione delle assegnazioni alla Sicilia dei fondi della solidarietà nazionale per l'altro verso: riguardata dall'angolo visuale della Sicilia, si tratta di una condizione alla quale,

¹⁶ Citata sentenza n. 87/1987.

neanche molto velatamente, si annette un forte potenziale di *cannibalizzazione* della specificità statutaria.

4.2. *Articolo 38, misure fiscali regionali e aiuti di Stato*

Le modalità di funzionamento dei principi costituzionali della solidarietà nazionale in favore delle regioni svantaggiate rivestono, come è noto, un ruolo determinante in quella giurisprudenza della Corte di giustizia europea nella quale sono state enunciate le condizioni giuridico-costituzionali e finanziarie che rendono possibile qualificare come interventi di carattere generale e non già come aiuti di stato, le misure adottate dalle regioni, di riduzione di aliquote fiscali su imposte fissate dalla legislazione nazionale ed applicate in tutto il territorio di un paese¹⁷. La novità fondamentale introdotta dalla Corte di giustizia con tali pronunce è nell'enunciato per cui non è sostenibile in via di principio (come invece storicamente sostenuto dalla Commissione) che una misura il cui beneficio sia riservato alle imprese ubicate in talune regioni sia, per ciò solo, selettiva e dunque da considerare aiuto di Stato; a determinate condizioni, per la Corte di giustizia, il territorio nel quale esercita la sua competenza l'entità infrastatale che ha adottato il provvedimento, e non già il territorio nazionale nella sua totalità, rappresenta il contesto rilevante per accertare se un provvedimento adottato da tale entità sia da qualificare come aiuto di stato o come misura di carattere generale¹⁸. A determinate condizioni appunto. Quali sono queste condizioni?¹⁹. Intanto che l'ente che adotta la misura sia dotato di poteri sufficientemente autonomi di rango costituzionale nell'esercizio di tale prerogativa e goda di uno statuto politico-amministrativo distinto da quello del governo centrale (autonomia istituzionale); che la decisione venga assunta senza intervento diretto da parte del governo centrale rispetto al suo contenuto ed indipendentemente da qualsiasi considerazione collegata alla condotta dello stato (autonomia procedurale) ed infine che l'ente si assuma le conseguenze politiche ed economiche di una tale misura, nel senso che non debbono esserci forme di compensazione a carico dello stato o di altre regioni del minore gettito derivante dalla agevolazione (autonomia finanziaria). Nella citata sentenza del 2006 la Corte di giustizia qualifica le misure di riduzione delle aliquote delle imposte personali e sulle imprese, applicate nella regione autonoma delle isole Azzorre, come aiuti di stato ritenendo non realizzata la condizione per la quale l'ente che introduce l'agevolazione ne deve sopportare anche il relativo onere finanziario;

¹⁷ Sentenza CGE del 6 settembre 2006 (C-88/03) e Sentenza CGE 11 settembre 2008 (da C-428/06 a C-434/06).

¹⁸ Si vedano in particolare i punti 57-58 della sentenza del 6 settembre 2006 (C-88/03).

¹⁹ Si vedano in particolare i punti 62-68 della sentenza del 6 settembre 2006 (C-88/03)

manca nel caso in esame il requisito dell'autonomia finanziaria in ragione del fatto che i meccanismi della solidarietà nazionale previsti dalla Costituzione Portoghese (nel cui ambito si collocano anche le competenze riconosciute alla regione ad adattare alle esigenze locali i tributi) nella ricostruzione che ne fa la Corte²⁰ sono tali da garantire che la riduzione dell'aliquota ed i suoi effetti in termini di minore gettito sulla finanza regionale venga in ogni caso compensata da un meccanismo di finanziamento gestito a livello centrale...sotto forma di trasferimenti di bilancio...*per cui la decisione di diminuire la pressione tributaria regionale grazie al potere di ridurre le aliquote, è indissolubilmente legata e dipende finanziariamente dai trasferimenti dello Stato.* Nella sentenza del 2008 la Corte di giustizia ritorna su tale correlazione chiarendo ulteriormente come debba essere inteso il rapporto tra misura di riduzione fiscale e meccanismi finanziari compensativi ai fini della verifica della sussistenza della nozione di autonomia finanziaria. Perché possa parlarsi di *compensazione* occorre, per la CGE, che *sussista un nesso di causa ed effetto tra la misura fiscale adottata e gli importi a carico dello Stato*; dunque una relazione diretta il cui nesso deve risultare dall'esame del complesso dei rapporti finanziari tra lo stato centrale e la comunità autonoma chiarendo tuttavia che *l'esistenza di trasferimenti finanziari dal suddetto stato alla comunità autonoma non può, in quanto tale, essere sufficiente a dimostrare che tali enti non si assumono le conseguenze economiche delle misure fiscali adottate*²¹.

Si tratta di pronunce che rappresentano indubbiamente una svolta rispetto all'orientamento consolidato della Commissione in materia di aiuti di stato e legittimazione degli interventi adottati dalle regioni. Con riferimento all'ordinamento italiano, il particolare profilo affrontato dalla CGE (un intervento regionale sulle aliquote riguardanti tributi applicati su tutto il territorio nazionale) riguarda anzitutto quelle regioni a statuto speciale, e tra queste segnatamente la Sicilia, alle quali è riconosciuta una specifica competenza sulla disciplina dei tributi erariali²². Cosa può dirsi con riferimento alla Sicilia? Certamente che ad essa va riconosciuta oltre che una specifica competenza di rango costituzionale sulla disciplina dei tributi erariali sancita da una non controversa e consolidata giurisprudenza costituzionale²³, anche quello statuto *politico amministrativo di rango costituzionale* che ne garantisce le condizioni di autonomia istituzionale e procedurale nell'accezione postulata dalla CGE perché possa ritenersi ammissibile qualificare come misura di carattere generale la misura regionale di ridu-

²⁰ Si vedano in particolare i punti 72-77 della sentenza del 6 settembre 2006 (C-88/03).

²¹ Si vedano in particolare i punti 129-135 della sentenza 11 settembre 2008 (da C-428/06 a C-434/06).

²² In questo senso, A. FANTOZZI "La sentenza C-88/03 della Corte di giustizia e il dibattito sul federalismo fiscale e la fiscalità di vantaggio in Italia" in www.astrid-online.it.

²³ Tra le tante si citano: sentenze n. 9/1957; n. 2/1965; n. 71/1973, n. 111 e 138/1999; n. 348/2000.

zione dell'aliquota. Per quello che riguarda la nozione di autonomia finanziaria essa va ricostruita prendendo in esame il complesso dei rapporti finanziari stato-regione ed in particolare l'insieme degli istituti che soprassedono ai meccanismi di attribuzione delle risorse per esaminarne le implicazioni alla luce della elaborazione giurisprudenziale della CGE: un esame che esula dai limiti di queste note ma che è fondamentale riprendere²⁴. Per rimanere alla disciplina statutaria della solidarietà nazionale che qui trattiamo, può comunque senz'altro sostenersi che va esclusa una correlazione diretta tra misure che incidono sul gettito dei tributi spettanti alla Regione e meccanismi di quantificazione del contributo di solidarietà nazionale ex art. 38 dello Statuto. Per quello che riguarda le modalità di quantificazione del contributo e gli eventuali effetti sugli equilibri finanziari della regione, fanno testo le conclusioni di quella giurisprudenza costituzionale sopra richiamata²⁵ che sul punto sono inequivoche e possono essere così sintetizzate:

- il contributo di solidarietà nazionale è in sé un obbligo costituzionale che tuttavia non ha garanzie costituzionali in quanto all'ammontare ed alle modalità di erogazione;
- i criteri di riferimento della sua quantificazione e i successivi aggiornamenti sono rimessi all'apprezzamento dello stato;
- è escluso qualsiasi obbligo di intesa tra stato e regione, nella determinazione del contributo;
- non sono opponibili da parte della Regione considerazioni connesse con il pregiudizio agli equilibri del bilancio regionale che possano discendere da riduzioni nell'ammontare del contributo.

4.3. *Il quadro di riferimento oggi*

A Statuto invariato dunque, sessant'anni di normative nazionali e regionali riguardanti l'applicazione dell'art. 38, l'intervento della Corte Costituzionale, la riforma del titolo V della Costituzione, ci consegnano oggi un quadro profondamente modificato del modello statutario della solidarietà nazionale. Mutamenti che interessano non solo i criteri di assegnazione delle risorse da parte dello Stato, la finalizzazione e le modalità del loro utilizzo, ma anche la stessa filosofia di fondo che presiedeva all'istituto della solidarietà nazionale. Anche per questo meraviglia il fatto che la legge voto per la riforma dello Statuto votata dall'Assemblea nella XIII legislatura (testo recentemente riproposto in Senato, ad iniziativa parlamentare) abbia sostanzialmente ignorato questa evoluzione e si sia

²⁴ Per una valutazione su tali aspetti si vedano gli Atti del seminario "Fiscalità di vantaggio: aiuti di stato e misure di carattere generale. Competenze statali e regionali alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitaria" organizzato dalla Segreteria generale dell'ARS –Novembre 2006.

²⁵ Sentenze della Corte costituzionale n. 87/1987 e n. 369/1992.

limitata ad una mera riproposizione del testo dell'art. 38 (sia pure integrandone il contenuto con delle disposizioni aggiuntive finalizzate a risolvere taluni problemi di applicazione della disposizione che sono emersi nel tempo). Troppo poco per un istituto che ha sperimentato il percorso applicativo che abbiamo visto e che più di altri sembra avere avvertito, per così dire, *il decorso del tempo* e la necessità di essere rivisitato. Se, come si annuncia, il tema della riforma dello Statuto sarà ripreso dalla Assemblea nell'attuale legislatura, allora sarà opportuno dedicare anche a tale problema lo spazio che merita.

THE NATIONAL SOLIDARITY FUND: FISCAL AND LEGAL ASPECTS

by Salvatore Di Gregorio

Abstract

The contribution that the State, yearly, is obliged to pay to the Sicilian region, as National Solidarity, disciplined by the article 38 of the Sicilian Statute is finalized to balance the difference of income between the Sicily and the national average. The essay outlines a synthesis, about more of 60 years of application of the institute of the "National Solidarity", in Sicilian Region, examining financial and juridical aspects. Under the financial profile, are dealt the aspects related to the different levels of assigned resources and to the typology of the activated interventions. Under the juridical profile, are dealt the application aspects in relationship to the sentences of the Constitutional Court, but, above all, the possible developments of the institute with the achievement of the fiscal federalism in Italy. The essay specifically draws a general picture of the national normative that, subsequently, have disciplined the assignments of the funds to Sicily, as National Solidarity, from 1952 up to the 2007 financial law; it also examines the aspects of the State power to set limits to the use of the funds. A particular chapter is dedicated to the methods of employment of the resources, of which are analyzed the priorities, the criterions and the sectors of action. It is also, specifically, analyzed, the jurisprudence of the constitutional Court on the matter and the useful remarks, in subject, from the "Brancasi Commission" on the financial contentious between the State and the Sicilian Region. The analysis examines, besides, the relationship between the application of the article 38 of the Sicilian Statute and the reform of the title V of the Italian Constitution, comparing the constitutional discipline (particularly the article 119) and the statutory discipline. Finally the work dedicates a specific reflections to the connections between the sicilian institute of National Solidarity and the theme on fiscal incentives and the public aids, in E.U.

APPENDICE

Normative nazionali sull'ammontare del contributo di solidarietà nazionale e delle somme dovute dalla Regione allo Stato a titolo di *avalimento* degli uffici periferici dello Stato ai sensi dell'art. 3 del decreto legislativo 12 aprile 1948, n. 507.

Periodo	Legge	Ammontare del contributo di solidarietà nazionale	Somme dovute dalla regione allo stato ai sensi dell'art. 3, dlvo 507/1948
1/6/1947-30/6/1952	L. 2 agosto 1952 n. 1091	55 miliardi per l'intero periodo di riferimento	37 miliardi per l'intero periodo di riferimento
1/7/1952-30/6/1955	L. 9 agosto 1954 n. 634	45 miliardi per l'intero periodo di riferimento	22,5 miliardi per l'intero periodo di riferimento
1/7/1955-30/6/1960	L. 21 marzo 1957 n. 176	75 miliardi per l'intero periodo di riferimento	37,5 miliardi per l'intero periodo di riferimento
1/6/1960-30/6/1961	L. 27 giugno 1962 n. 886	15 miliardi per un anno	45 miliardi per l'intero periodo di riferimento (1960-1966)
1/7/1961-30/6/1966	L. 27 giugno 1962 n. 886	80% delle imposte di fabbricazione riscosse per ciascun anno in conto competenza e residui nelle tesorerie dell'Isola	
1/7/1966-31/12/1971	L. 6 marzo 1968 n. 192	80% idem	42,35 miliardi per l'intero periodo di riferimento
1/1/1972-31/12/1976	L. 1 novembre 1973 n. 735	85% idem	40 miliardi per l'intero periodo di riferimento
1/1/1977-31/12/1981	L. 27 aprile 1978 n. 182	90% idem	40 miliardi per l'intero periodo di riferimento
1/1/1982-31/12/1986	L. 13 agosto 1984 n. 470	95% idem	80 miliardi per l'intero periodo di riferimento
1/1/1987-31/12/1987	L. 24 aprile 1989 n. 144	86% idem	16 miliardi per l'annualità di riferimento
1/1/1988-31/12/1988	L. 28 febbraio 1990 n. 38	nella stessa misura dell'anno precedente	16 miliardi per l'annualità di riferimento
1/1/1989-31/12/1989	L. 19 marzo 1993 n. 68	1.400 miliardi per anno	16 miliardi per l'annualità di riferimento
1/1/1989-31/12/1990	L. 19 marzo 1993 n. 68	210 miliardi per un anno	16 miliardi per l'annualità di riferimento
1991-2000	L. 23 dicembre 1999 n. 488	L'articolo 55 della legge 488/99 (finanziaria 2000) ha disposto che, a saldo di quanto dovuto dal 1991 al 2000, il contributo di solidarietà nazionale per tale periodo venisse corrisposto mediante due limiti di impegno quindicennali, dell'importo di 56 miliardi di lire a decorrere dal 2001 il primo e di 94 miliardi di lire a decorrere dal 2002 il secondo. In relazione alle attualizzazioni di tali	

Periodo	Legge	Ammontare del contributo di solidarietà nazionale Somme dovute dalla regione allo stato ai sensi dell'art. 3, dlvo 507/1948
2001-2005	L. 27 dicembre 2002 n. 289	assegnazioni verranno contabilizzate in bilancio 548 miliardi di lire per il 2000 e 921 miliardi per il 2001. La finanziaria nazionale del 2003 (art. 30 c. 6 l. 289/2002) ha quantificato in 80 milioni di euro all'anno il contributo di solidarietà nazionale per gli anni 2001-2005 da corrispondere mediante limiti di impegno quindicennali a fronte dei quali la Regione viene autorizzata ad effettuare operazioni finanziarie di attualizzazione.
2006-2007	L. 23 dicembre 2005 n. 266	La finanziaria nazionale del 2006 (art. 1 c. 114 l. 266/2005) ha quantificato in 94 milioni di euro il contributo per il 2006 mentre per il 2007 viene autorizzato un contributo quindicennale di 10 milioni di euro annui, a decorrere dallo stesso 2007.
2008	L. 2 dicembre 2005 n. 248	L'art. 5 comma 3 ter del d.l. 203/2005 ha previsto a titolo di solidarietà nazionale per il 2008 un contributo quindicennale di 10 milioni di euro annui, a decorrere dallo stesso 2008.
2008-2009	L. 27 dicembre 2006 n. 296	L'art. 1 comma 833 della l. 296/2006 ha quantificato in 60 milioni di euro il contributo di solidarietà nazionale per il 2009, disponendo una ulteriore assegnazione di 60 milioni di euro, ad integrazione della precedente assegnazione, per il 2008.

Alcune considerazioni sulle intese stipulate il 4 aprile 2007
in attuazione dell'art. 8.3 Cost. e sulla loro mancata approvazione

di Anna Sveva Mancuso

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La politica ecclesiastica italiana nei confronti delle confessioni di minoranza dal 1984 al 2006. - 3. Le intese del 2007. - 4. I problemi suscitati dalla mancata approvazione delle intese. - 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Gli ultimi venti anni del Novecento hanno visto in Italia assieme alla tardiva e altalenante attuazione dello strumento delle intese con le confessioni acattoliche, previsto dall'art. 8.3 della Costituzione, anche un radicale cambiamento nella composizione della popolazione dal punto di vista religioso che ci spinge a fare delle riflessioni sull'opportunità di continuare a percorrere la strada tracciata dai Costituenti o di trovare, invece, altre soluzioni per rispondere alle richieste sempre più pressanti dei tanti gruppi religiosi presenti nel Paese, ancora soggetti alle obsolete disposizioni del 1929-30. Quest'ultime, invero, anche se in alcuni punti palesemente in contrasto con i valori garantiti dall'ordinamento, hanno dimostrato la loro validità per il fatto stesso di essere ancora vigenti¹, nonostante dal 1997 in poi siano stati presentati in Parlamento alcuni disegni di legge sulla libertà religiosa che ne prevedevano espressamente l'abrogazione, decaduti con la fine delle varie legislature tra l'indifferenza della maggior parte della classe politica, e quella, forse ancora più grave, della società civile.

Le intese stipulate in blocco dal Governo Prodi nel 2007 ed il loro sostanziale fallimento (a distanza di due anni ben sei sono ancora lettera morta), ci offrono uno spunto per occuparci dell'argomento e tracciare un bilancio dei risultati raggiunti, volto a cercare di capire che cosa non ha funzionato nella loro

¹ Un bilancio tutto sommato positivo della legislazione sui culti ammessi, pur nella considerazione che questa abbia fatto il suo tempo, viene tracciato da M. TEDESCHI, *La legge sui culti ammessi*, in *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa*, atti del Convegno di Ferrara, 25-26.10.2002, a cura di G. LEZIOLOI, Napoli, 2004, p. 46.

pratica attuazione e come possono essere regolati in chiave moderna i rapporti dello Stato con le confessioni religiose di minoranza rispettando il principio di eguale libertà, contenuto nel 1° comma dell'art. 8, assunto nel tempo quale principio cardine del diritto ecclesiastico italiano².

2. *La politica ecclesiastica italiana nei confronti delle confessioni di minoranza dal 1984 al 2006*

La prima attuazione dell'art. 8.3 Cost. si è avuta, dopo quasi quarant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione ed a soli tre giorni dalla firma del nuovo Accordo con la Chiesa cattolica, il 21 febbraio 1984 con la stipulazione dell'Intesa tra la Repubblica italiana e le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese, approvata con la l. 11.08.1984 n. 449.

Questa ha tracciato un modello di rapporti Stato-Chiesa di tipo separatista al quale si sono ispirate le intese successive con le chiese evangeliche³, ed è costruita attorno a due principi fondamentali: la volontà di non ricevere alcun privilegio da parte della società civile e allo stesso tempo di escludere ogni ingerenza della stessa nell'organizzazione religiosa, che fungono da chiave di lettura di ogni singolo articolo. Da una prima lettura dell'Intesa balzano all'occhio due elementi: la sua brevità, essa ha solo 20 articoli, e la presenza di pochissime norme dirette a regolare specifici istituti delle chiese valdesi e metodiste, mentre viene dato molto spazio alle dichiarazioni programmatiche volte a chiarire la posizione della confessione di fronte allo Stato⁴. Ciò è dipeso anche dal fatto che in quel momento quello che a quest'ultima premeva maggiormente era di ottenere l'abrogazione della legislazione del 1929-30 e di fronte a questo risultato tutto il resto aveva un valore relativo, come dimostra anche l'inusuale collocazione della norma abrogatrice, posta in apertura nell'art. 1⁵.

Ne viene fuori un sistema abbastanza coerente, basato ove possibile sulla separazione tra ordinamenti, in cui all'autonomia dell'organizzazione confessionale e degli enti ecclesiastici si accompagna l'esclusione di qualsiasi onere da parte dello Stato⁶.

² Cfr. G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, 1974, p. 145; e anche G. BARBERINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2000, p. 42.

³ Così A. ALBISETTI, *La disciplina del matrimonio nell'Intesa tra la Repubblica italiana e la Tavola valdese*, in *Nuove leggi civili*, 1984, p. 1218.

⁴ Cfr., G. PEYROT, *Le chiese evangeliche nello stato e di fronte allo stato*, in *Gioventù evangelica*, n. 108-109, 1987, p. 26.

⁵ Per maggiori ragguagli v. G. LONG, *Le intese con chiese evangeliche*, in *Dall'Accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa*, Roma, 2001, p. 321.

⁶ Questo sistema verrà incrinato successivamente quando la confessione, rinnegando le posizioni originarie ed i principi orgogliosamente affermati nell'intesa, deciderà di partecipare al sistema

Tale intesa è stata seguita nell'arco di un decennio da altre cinque, tutte caratterizzate dal fatto che le confessioni interessate, di comune origine ebraico-cristiana, vantavano un'antica presenza sul territorio italiano e quindi erano ben conosciute dallo Stato che già da alcuni anni aveva concesso la personalità giuridica ad enti a queste afferenti secondo la procedura indicata dall'art. 2 della l. n. 1159/29.

A breve, del 29.12.1986, vengono stipulate due intese: con le Chiese cristiane avventiste del settimo giorno e con le Assemblee di Dio in Italia, contemporaneamente approvate, dopo circa due anni, con le leggi 22.11.1988, n. 516 (avventisti) e n. 517 (ADI)⁷.

Quest'ultime, entrambe con chiese evangeliche, si ispirano con evidenti analogie a quella valdese, specie nella regolamentazione di alcune materie, (assistenza spirituale, matrimonio, studio della religione nella scuola, enti ecclesiastici) ma dall'esame delle disposizioni delle rispettive leggi di approvazione emergono anche delle significative differenze.

Dal punto di vista quantitativo, l'Intesa avventista è molto più lunga, ben 38 articoli, di cui 9 in più dell'altra, che ne ha 29; inoltre, essa contiene un certo numero di disposizioni volte a tutelare specifiche esigenze ed istituti della confessione, come il riconoscimento e le agevolazioni previste per i colportori (art. 5), la maggiore larghezza con cui viene garantita l'obiezione di coscienza al servizio militare (art. 6)⁸, il riconoscimento della facoltà di istituire scuole private (art. 11), il rispetto del riposo sabbatico biblico (art. 17), assieme ad altre in cui traspare anche l'influenza dell'Accordo con la Chiesa cattolica come le norme sul riconoscimento degli enti ecclesiastici (artt. 20-27), o quelle sul regime finanziario (artt. 29-33) che prevedono la possibilità di dedurre dal reddito IRPEF, entro il tetto di 2 milioni, i contributi volontari elargiti alla confessione e da questa destinati alle finalità stabilite dall'art. 29, assieme alla partecipazione al riparto dell'8 × mille dell'IRPEF, che in questa prima fase è limitata alle scelte espresse⁹.

L'Intesa con le ADI assomiglia di più a quella valdese, per l'esiguo numero di norme volte a mettere in rilievo aspetti ed esigenze particolari della confessio-

di finanziamento statale dell'8 × mille, richiedendo nell'arco di 10 anni e con 2 nuove intese, prima la partecipazione solo per le scelte espresse (l. 409/93) e poi anche per le scelte non espresse (l. 68/09), ma su questo ci soffermeremo più avanti.

⁷ Per approfondire il contenuto delle 2 intese cfr. G. LONG, *Le intese con l'Unione avventista e con le Assemblee di Dio in Italia*, in *QDPE*, 1987, da p. 119 a p. 135, F. MARGIOTTA BROGLIO, *Libertà religiosa e sistemi di rapporti tra Stato e Confessioni religiose. Le intese del 1986 con assemblee pentecostali e chiese avventiste*, in *Riv. di studi politici internaz.*, 1987/4, pp. 539-548; L. MUSSELLI, *Le intese con le Chiese avventiste e pentecostali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1990, pp. 44 ss.

⁸ Si leggano al riguardo le considerazioni di C. CARDIA, in *Stato e confessioni religiose*, Bologna, 1988, p. 362.

⁹ Successivamente, con l. n. 637/96 verrà introdotta una modifica all'intesa per consentire alla confessione avventista di partecipare anche al riparto delle somme derivanti dalle scelte non espresse.

ne che mira ad affrancarsi, ove possibile, dall'ingerenza statale. Se ne distingue, per la presenza di disposizioni inedite, che ritroviamo nella coeva intesa con gli avventisti, quali quelle che prevedono la tutela degli edifici aperti al culto pubblico (art. 11), tengono conto delle esigenze delle emittenti gestite dalle ADI nell'ambito della pianificazione delle radio frequenze (art. 20), e assicurano una parziale adesione al sistema di finanziamento statale con le stesse modalità dell'intesa avventista (artt. 21-23).

Nel giro di qualche mese anche gli israeliti raggiungeranno l'ambito traguardo¹⁰, concludendo la fase più felice di quella che Botta ha molto efficacemente definito come la stagione delle intese¹¹.

Con la legge 8 marzo 1989 n. 101 ha avuto attuazione nello Stato l'Intesa tra la Repubblica italiana e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane, stipulata il 27.02.1987, a due mesi dalle precedenti.

Principio ispiratore dell'Intesa, è stato di cercare quanto più possibile l'equiparazione con lo *status* giuridico proprio della Chiesa cattolica, in quanto "religione più favorita"¹², ed in questa chiave vanno lette le differenze con le intese precedenti e principalmente con quella valdese, che ha tracciato, invece, un modello di relazioni tra Stato e confessioni evidenziando la separazione tra ambiti civili e religiosi.

Molte disposizioni della l.n. 101/89 rispecchiano questa tendenza dell'ebraismo ad ottenere una disciplina affine a quella prevista per i cattolici, da quelle che assicurano in sede penale la pari tutela del sentimento religioso (art. 4), o l'assistenza spirituale nelle comunità separate (artt. 7-10), l'estensione agli edifici destinati all'esercizio del culto ebraico delle stesse garanzie previste dall'art. 831 c.c. per quelli della Chiesa cattolica (art. 15) e la previsione di una disciplina analoga per la costruzione degli edifici di culto (art. 28), fino ad arrivare alla normativa sul matrimonio dove la volontà ebraica di parificazione di trattamento, già emersa in occasione dell'elaborazione della legislazione sui culti ammes-

¹⁰ Per essi la strada per arrivare all'intesa fu più lunga e tortuosa in quanto fu necessario trovare degli accorgimenti ed adottare delle qualifiche di compromesso per eliminare i possibili ostacoli, in quanto la veste confessionale poteva stare stretta all'ebraismo, espressione che non indica solo una religione ma esprime il modo di essere un popolo, il popolo eletto da Dio, a cui si appartiene per un vincolo di sangue: la nascita da madre ebrea. Sull'argomento cfr. G. SACERDOTI, *Ebraismo e Costituzione: prospettive di intesa tra le Comunità israelitiche e lo Stato*, in *Le intese tra Stato e confessioni religiose* cit, pp. 86-87; S. DAZZETTI, *L'autonomia delle comunità ebraiche italiane nel novecento. Leggi, intese, statuti, regolamenti*, Torino, 2008, pp. 203 ss.

¹¹ Cfr. R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 1994, p. 111.

¹² Così R. BOTTA, *L'Intesa con gli israeliti*, in *QDPE*, 1987, pp. 100-101. Si leggano al riguardo anche le considerazioni di R. BERTOLINO che vede questo volersi conformare da parte ebraica ai risultati ottenuti dalla Chiesa cattolica come un uso ecclesiasticistico della clausola della nazione più favorita. Cfr. ID., *Ebraismo italiano e l'intesa con lo Stato*, in AA.VV., *Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, cit, p. 581.

si¹³, ha trovato solo una limitata soddisfazione (art. 14), non essendo stata riconosciuta né la possibilità di una trascrizione tardiva né la rilevanza civile della giurisdizione dei tribunali rabbinici sulle cause di scioglimento e nullità dei matrimoni religiosi, limitandosi lo Stato a prendere atto dell'esistenza di una giurisdizione confessionale (art. 14.9).

L'intento di modellare l'intesa sul concordato con la Chiesa cattolica non ha impedito alla confessione di fare emergere le sue specifiche esigenze¹⁴, come dimostrano le numerose norme volte a tutelare anche questo aspetto¹⁵.

Rientrano tra queste: il diritto di osservare il riposo sabatico, minuziosamente disciplinato dall'art. 4, il riconoscimento di una serie di festività religiose (art. 5), la possibilità di prestare il giuramento nei tribunali a capo coperto e di eseguire la macellazione degli animali secondo il rito ebraico (art. 6), il diritto degli ebrei che si trovino nelle comunità separate di osservare le prescrizioni rituali in materia alimentare (art. 7), la libertà d'istituire scuole di ogni ordine e grado (art. 12), il riconoscimento dei titoli di studio rilasciati da scuole rabbiniche (art. 13), la concessione di spazi particolari nei cimiteri per seppellire i defunti secondo le usanze ebraiche (art. 16), il riconoscimento delle Comunità ebraiche (art. 18), dell'Unione (art. 19) e delle loro particolari finalità, l'attribuzione della personalità giuridica (art. 21) e la soppressione di alcuni specifici enti ebraici (art. 23) e, infine, la previsione di un particolare sistema di finanziamento¹⁶, rimasto in vigore fino al 1996¹⁷.

Dopo l'Intesa ebraica il processo di attuazione dello strumento dell'accordo bilaterale con le confessioni di minoranza subisce un rallentamento¹⁸ e devono

¹³ G. LONG, *op. ult. cit.*, p. 144.

¹⁴ Osserva a tal proposito Finocchiaro come le leggi emanate sulla base di intese con le confessioni religiose del ceppo cristiano abbiano dei contenuti normativi molto simili, mentre l'unica che si distingue dalle altre è proprio la l. n. 101/89 sulle Comunità ebraiche. Cfr. F. FINOCCHIARO, *Il Concordato del 1984 e le Intese. Le confessioni senza intesa*, in *Dalla legge sui culti ammessi*, cit., p. 122.

¹⁵ Cfr. G. FUBINI, *Prime considerazioni sull'intesa ebraica*, in *Dir. eccl.*, 1988, I, pp. 127-138; G. SACERDOTI, *Attuata l'intesa tra lo Stato italiano e le Comunità ebraiche. Il commento*, in *Corr. giur.*, 1989, pp. 818 ss.

¹⁶ Sul sistema di finanziamento della confessione ebraica, cfr. G. SACERDOTI, *Comunità israelitiche, I) Diritto Ecclesiastico*, in *Enc. giur.*, v. VII, Roma, 1988, p. 6; R. BOTTA, *L'intesa con gli israeliti*, cit., p. 114.

¹⁷ Questo è stato poi modificato dalla l.n. 638/96 che ha equiparato il sistema di finanziamento a quello della Chiesa cattolica, che poi nel tempo è stato esteso su richiesta alle altre confessioni con intesa.

¹⁸ Tale rallentamento sostanzialmente era dovuto all'acquisita consapevolezza da parte del Governo dell'impossibilità di raggiungere uno specifico accordo con ognuna delle confessioni presenti sul territorio italiano, stante l'aumento continuo ed inarrestabile del loro numero, e delle aspettative riposte pertanto nel progetto di emanazione di una legge generale sulla libertà religiosa, in sostituzione della vecchia normativa del 1929-30, che avrebbe potuto risolvere in parte il problema, in quanto molte delle confessioni richiedenti l'intesa erano motivate proprio dal fatto di volersi

passare quattro anni dalla sua entrata in vigore per la stipulazione di altre due intese, avvenuta, nel giro di un mese, tra marzo ed aprile del 1993.

Quest'ultime definiscono i rapporti tra lo Stato italiano e l'Unione delle Chiese evangeliche battiste italiane (UCEBI) e le Comunità evangeliche luterane italiane (CELI), e vengono sottoscritte rispettivamente il 29.03.1993 ed il 20.04.1993.

L'Intesa con l'UCEBI, approvata con l. 12.04.1995 n. 116, consta di 25 articoli ed un preambolo. Essa nella prima parte, che racchiude le norme sulla libertà religiosa, i ministri di culto, sull'assistenza spirituale nelle comunità separate, in ordine all'insegnamento ed allo studio del fatto religioso ed anche la disciplina del matrimonio, si modella su quella valdese, mentre per gli enti ecclesiastici, la disciplina si è ispirata a quella degli enti della Chiesa cattolica, così come risulta nel nuovo Accordo del 1984. Sono presenti anche disposizioni sul regime giuridico degli edifici di culto (art. 17), sui beni culturali (art. 18) e sulla tutela della libera manifestazione del pensiero religioso (art. 19), analoghe peraltro a quelle contenute nelle intese precedenti.

L'unica vera nota di originalità riguarda il sistema di finanziamento della confessione (art. 16) che dichiara di volere provvedere alle proprie necessità mediante offerte volontarie, accettando solo la possibilità di dedurre dall'IRPEF le erogazioni liberali, restando fuori, invece, da ogni forma di partecipazione all'8 x mille, nonostante le chiese valdesi e metodiste vi avessero da poco aderito, modificando l'originaria posizione di rifiuto di qualsiasi aiuto economico da parte dello Stato¹⁹.

Completa il quadro delle intese al momento vigenti la l. 29.11.1995 n. 520 che ha dato attuazione all'Intesa con la CELI²⁰.

Questa si sviluppa in 34 articoli, ne ha 9 in più della precedente, ed un preambolo che, secondo la prassi affermatasi nelle intese successive a quella valdese, è posto alla fine.

liberare dal peso di una legislazione ormai superata e da cui si sentivano, non a torto, discriminate. Venne così approvato il 13.09.1990 dal Consiglio dei ministri un disegno di legge volto ad abrogare la normativa sui culti ammessi, sostituendola con una nuova disciplina che adeguasse la posizione dei culti privi di intesa ai principi di libertà ed eguaglianza espressi dalla Carta costituzionale. Questo non è mai stato presentato al Parlamento e le vicende politiche del Paese fecero sì che per alcuni anni il progetto venisse accantonato.

¹⁹ Ultimamente anche i battisti hanno mutato orientamento, come è emerso nel corso di un'Assemblea generale dell'UCEBI, tenutasi dal 12 al 15 giugno del 2008, in cui è stata messa ai voti la proposta di adesione all'8 x mille che sino a quel momento, nelle altre due occasioni in cui era stata formulata, aveva registrato la decisa prevalenza dei pareri negativi in quanto la si riteneva contrastante con il principio battista di separazione tra chiesa e Stato. Stavolta, invece, la maggioranza dei partecipanti si è dimostrata favorevole, optando anche per la partecipazione alle quote non espresse, ma ponendo dei limiti alla destinazione di tali entrate che dovranno essere impiegate solo per fini umanitari, sociali e culturali.

²⁰ Per un commento delle due intese si rimanda a F. BOSCHI, *Brevi osservazioni sulle intese con le Chiese battista e luterana*, in AA.VV., *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino, 1995, e R. SARACINO, *L'Intesa con la Chiesa evangelica luterana in Italia*, in *www.olir.it*, 2004, pp. 1-14.

La disciplina delle singole materie è in buona parte conforme a quella delle altre intese con chiese evangeliche, specialmente per quanto riguarda la tutela della libertà religiosa, il riconoscimento dell'autonomia della confessione, la posizione dei ministri di culto, l'assistenza spirituale e l'insegnamento religioso.

Anche l'istituto del matrimonio è disciplinato sulla falsariga di quello valdese, ma l'art. 13.1 contiene una dichiarazione della CELI che riconosce la giurisdizione statale su di esso, affermando al contempo la propria autonomia in materia di religione e di culto, che lascia intravedere la possibilità di celebrare matrimoni ai soli effetti religiosi²¹. La norma, decisamente peculiare, può essere accostata, riguardo a quest'ultimo profilo, all'art. 14.9 dell'intesa ebraica che prevede espressamente tale facoltà.

Per il resto qualche particolarità si nota riguardo al regime degli edifici di culto dove, assieme alle solite garanzie previste per gli edifici aperti al culto pubblico, viene specificato che l'attività di culto della confessione può svolgersi anche al di fuori delle chiese della CELI e delle Comunità (art. 14).

La norma sulla tutela dei beni culturali contempla l'istituzione di commissioni miste, prevista solo nelle intese valdese ed ebraica (art. 16).

Molto dettagliata è la disciplina degli enti ecclesiastici (17-25). Per quanto riguarda le deduzioni IRPEF il regime è analogo a quello delle altre confessioni (art. 26), mentre sorprende in una chiesa evangelica la piena adesione al sistema dell'8 x mille, tanto per le scelte espresse che per quelle non espresse (art. 27), che inizialmente era stata fatta propria solo dalla Chiesa cattolica e non si ritrova in nessuna delle intese precedenti.

Una volta approvate le intese con la CELI e l'UCEBI, ha ripreso vigore la tesi di chi sosteneva la necessità di una legge generale sulla libertà religiosa che abrogasse l'obsoleta legislazione sui culti ammessi e riformulasse su basi più attuali i rapporti con le confessioni di minoranza²². Nel 1996 il Presidente del Consiglio Prodi espresse l'intenzione del governo di procedere su questa strada²³, manifestando anche una maggiore attenzione nei confronti delle esigenze dei gruppi religiosi presenti nel Paese, che portò in breve (con decreto 14.03. 1997) all'istituzione presso la Presidenza del Consiglio di una commissione consultiva per la libertà religiosa cui venivano demandate una serie di importanti funzioni²⁴.

Di lì a qualche mese, esattamente il 3 luglio del 1997, veniva presentato dal Governo alla Camera dei deputati il disegno di legge n. 3947 intitolato: *Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui "culti ammessi"*²⁵, che riprodu-

²¹ Cfr. A. ALBISETTI, *I matrimoni degli acattolici: Battisti e luterani*, in *Dir. eccl.* 1993, pp. 772 ss.

²² Iniziative analoghe erano state intraprese con successo anche in altri Stati. Ricordiamo tra quelli a noi più vicini: Spagna (1980), Polonia (1989), Ungheria (1990) e Austria (1997).

²³ Cfr., *Il Regno*, 15.06.1996, n. 12, p. 325.

²⁴ Per maggiori informazioni cfr., *QDPE*, 1997/2, pp. 580-581.

²⁵ Esso è pubblicato in *QDPE*, 1997/2, pp. 591-601.

ceva il precedente progetto del 1990 con qualche modifica. Il testo governativo venne lungamente esaminato dal Comitato ristretto della Commissione Affari costituzionali che vi apportò alcune modifiche, interpellando assieme a vari esponenti del mondo della cultura e della scienza anche i rappresentanti di diverse confessioni religiose, licenziandolo il 22 febbraio 2001. Ma, passati pochi giorni, la fine della XIII legislatura metteva in forse la possibilità di una sua rapida approvazione²⁶.

Le aspettative riposte nell'emanazione della legge generale non avevano però impedito al Governo di avviare nel 1997 nuove trattative per la stipulazione di intese che vennero attuate in poco meno di un triennio nonostante le perplessità emerse in itinere in seno allo stesso Consiglio dei ministri che portarono, per la prima volta, ad un'approvazione solo a maggioranza²⁷. Il 20 marzo del 2000 l'orizzonte della legislazione contrattata ex art. 8.3 Cost. si arricchiva dunque di altre due intese, sottoscritte dal governo D'Alema con i presidenti dell'Unione Buddhista italiana e della Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova²⁸.

Più che sui contenuti, che vedono un'omologazione allo schema risultante dalle prime intese, essendo state eliminate nel corso delle trattative tutte le tematiche da cui potevano sorgere possibili contrasti, (come per i testimoni di Geova: l'obiezione di coscienza al servizio militare, il rifiuto delle emotrasfusioni ecc., o addirittura utilizzando delle categorie concettuali del tutto estranee alla loro tradizione, quale è per i buddisti la figura del ministro di culto), la vera novità delle due intese, che le distingue dal gruppo delle precedenti, risiede nella storia e nella natura delle confessioni interessate, una professante una dottrina antitrinitaria che l'aveva divisa dal gruppo delle chiese protestanti e che nel tempo l'aveva resa invisibile a causa della sua disobbedienza alla legge dello Stato, l'altra così diversa dalle religioni occidentali, fondate sul culto della divinità²⁹, tanto da risultare difficile anche considerarla come religione³⁰.

²⁶ Cfr. T. RIMOLDI, *Progetti di legislazione organica sulla libertà religiosa e modifiche del capo II, titolo IV, del libro primo del codice civile*, in AA.VV., *Dalla legge sui culti ammessi*, cit., pp. 274-275.

²⁷ In particolare, veniva messa in dubbio, anche se per motivi differenti, la possibilità di considerare entrambi i gruppi religiosi come confessioni ai sensi dell'art. 8 Cost., nonostante essi avessero già conseguito il riconoscimento della personalità giuridica ex art. 2 l. n. 1159/29 e che sul punto si fosse espresso favorevolmente il Consiglio di Stato. Sul concetto di confessione religiosa nell'ordinamento italiano cfr. N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Bari, 1990, pp. 34-38; R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 1994, pp. 100-105; S. FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie* cit., p. 19 ss.; A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, Milano, 1996, p. 106; G. CASUSCELLI, *Ancora sulla nozione di confessioni religiose: il caso di Scientology*, in *QDPE*, 1998/2, p. 832; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2003, pp. 68-84; M. RICCA, *Le religioni*, Roma-Bari, 2004, pp. 81-82.

²⁸ Le due intese sono state esaurientemente commentate da N. COLAIANNI, *Le intese con i Buddisti e i Testimoni di Geova*, in *QDPE*, 2000/2, pp. 475 ss.

²⁹ Cfr. P. BELLINI, voce *Confessioni religiose*, in *Enc. del dir.*, vol. VIII, Varese, 1961, pp. 926-928.

³⁰ Si vedano al riguardo le osservazioni di F. GIULIMONDI, *Intesa Stato italiano-Unione buddisti*

La sigla di queste intese rivela, pertanto, un'evoluzione nell'atteggiamento dello Stato che ammette nell'esclusivo salotto delle confessioni privilegiate (fino ad allora tutte legate dalla comune radice giudaico cristiana) altri due culti che si distinguono nell'ideologia, nell'organizzazione e nel comportamento da quello che era sembrato fino a quel momento il modello ideale di confessione religiosa, ma paradossalmente il prezzo da questi pagato per la loro ammissione è proprio la perdita della loro identità, di quella specificità che attraverso l'intesa avrebbero dovuto fare riconoscere³¹.

Esaminando il testo delle intese e partendo da quella con i Testimoni di Geova, possiamo dire che questa consta di un preambolo abbastanza articolato, contiene ben 8 enunciati, e di 22 articoli che non presentano sostanziali novità rispetto alle intese precedenti. Essi garantiscono la libertà religiosa (art. 1), la posizione dei ministri di culto con la previsione del segreto d'ufficio (art. 2), l'assistenza spirituale nelle strutture obbliganti (artt. 3-4), l'efficacia civile del matrimonio, con la possibilità, che prima ritroviamo solo nell'intesa ebraica, per il ministro di culto di ricevere le dichiarazioni consentite ai coniugi dalla legge civile (art. 6); inseriscono nel quadro delle festività religiose, la commemorazione della morte di Gesù Cristo (art. 7); stabiliscono le modalità di attuazione dell'insegnamento religioso nelle scuole (art. 5), il regime giuridico degli edifici di culto (art. 8), l'accesso in condizioni di eguaglianza con le altre confessioni alle emittenti radiotelevisive (art. 9), le condizioni per il riconoscimento degli enti ed il regime finanziario (artt. 10-17). Quest'ultimo è analogo a quello delle altre confessioni con intesa ma la partecipazione al riparto delle entrate derivanti dall'8 x mille dell'IRPEF è limitata alle scelte espresse e tali somme potranno essere destinate anche alla costruzione e manutenzione degli edifici di culto (art. 17). Manca nell'intesa una previsione sui beni culturali ecclesiastici. Inoltre è stato del tutto omesso, dopo un'iniziale proposta della confessione che era stata subito avversata, qualsiasi riferimento all'obiezione di coscienza al servizio militare, che in passato era stata causa di tante tensioni, proprio per l'atteggiamento intransigente degli aderenti, in quanto i testimoni di Geova oltre al servizio militare rifiutavano anche la prestazione alternativa, ovvero il servizio civile sostitutivo, dal momento che questo dipendeva sempre dalle autorità militari³².

italiani: ma questa intesa è costituzionale? in *Dir. eccl.*, I, 2000, pp. 936 ss., dalle quali risulta evidente la difficoltà di considerare il buddismo come religione proprio per le sue differenze con la concezione giudaico-cristiana della religione. Critica questa impostazione S. FERLITO, per il quale "cercare di dedurre la natura della religione muovendo da categorie quali "dio" o "divino", significa rimanere dipendenti da concezioni troppo legate al monoteismo esclusivista e alla tradizione giudaico-cristiana per essere capaci di cogliere l'elemento comune dell'universo religioso." Così ID., *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Catanzaro, 2005, p. 99.

³¹ Cfr. sul punto R. BOTTA, *La condizione degli appartenenti a gruppi religiosi* cit., pp. 370-373.

³² In merito a queste problematiche cfr. R. MAZZOLA, *Obiezione di coscienza "totale" e principio di ragionevolezza*, in *QDPE*, 1993/1, pp. 153 ss.

Probabilmente l'acquiescenza della confessione sul punto, oltre che da valutazioni di opportunità era dovuta anche al fatto che l'argomento aveva perso di interesse in quanto la posizione dei testimoni di Geova risultava abbastanza garantita dalla recente l. n. 230/98 che aveva riformulato la materia dell'obiezione di coscienza al servizio militare, affrancandola dalle condizioni restrittive della precedente, prevedendo anche l'istituzione di un servizio civile nazionale³³.

Più forti, invece, sono state le resistenze nel difendere una norma, a cui la confessione si è decisa a rinunciare solo alla fine, volta a riconoscere l'obiezione di coscienza dei fedeli, sia adulti che minori, alle trasfusioni di sangue o ad altre prestazioni sanitarie comportanti la somministrazione di emoderivati, che da parte statale non avrebbe mai potuto essere accolta perché avrebbe dato luogo ad un trattamento differenziato dei cittadini per motivi di religione in una materia estremamente delicata quale quella del rapporto tra libertà terapeutica e diritto alla salute³⁴.

L'Intesa con l'Unione Buddhista italiana (UBI) è stata anch'essa epurata nelle varie bozze che hanno preceduto la stesura di quella definitiva da quelle disposizioni dalle quali trasparivano le diversità più evidenti di questa dottrina, che si distingue dalle religioni occidentali tradizionali per il suo disinteresse nei confronti della divinità e per la particolarità degli atti di culto che consistono principalmente in sedute di meditazione, finalizzate al raggiungimento di un'armonia interiore della persona con la natura e il mondo circostante³⁵.

Questa costituisce una novità rispetto alle intese precedenti anche in relazione al soggetto che si presenta quale interlocutore dello Stato, in quanto l'UBI non è l'ente esponenziale di un'unica confessione religiosa ma rappresenta una parte, seppure la più numerosa, delle comunità e centri buddhisti presenti nel territorio italiano, che sono abbastanza eterogenei in quanto legati a differenti scuole e tradizioni e svolgenti attività di diversa natura. Di ciò si è tenuto conto nel testo dell'intesa che prevede che le disposizioni della legge di approvazione si applichino agli organismi che in base allo statuto risultino associati all'UBI e cessino al contempo di avere efficacia nei confronti di quelli che perdano tale qualità, con l'obbligo per l'UBI di comunicare tempestivamente i mutamenti verificatisi nella struttura associativa alla Presidenza del Consiglio ed al Ministro dell'interno (art. 25).

³³ Per maggiori informazioni cfr. R. BOTTA, *La nuova legge sull'obiezione di coscienza al servizio militare*, in *Dir. eccl.*, 1999/1, p. 192.

³⁴ Sull'argomento cfr. G.M. PARODI, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983/1, pp. 2656 ss.; V. SINISI, *Sul consenso al trattamento sanitario del minore*, in *Foro it.*, 1984/1, pp. 3066 ss.; M. ANTONELLI, *Emotrasfusione obbligatoria e libertà religiosa*, in *Dir. fam.*, 1985, pp. 1002 ss.; L. MAZZA, *Fede religiosa ed omesso impedimento dell'evento*, in *Dir. fam.*, 1987, pp. 178 ss.

³⁵ Per una migliore comprensione cfr. G. TUCCI, voce *Buddismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1975, I, pp. 557-573; AA.VV., *Storia del Buddismo*, Milano, 1999; D. KEOWN, *Buddismo*, Torino, 1999; *Buddismo*, a cura di G. FILORAMO, Roma-Bari, 2001; J. SCHLIETER, *Il buddismo*, Roma, 2002.

Altre novità, stavolta riguardo ai contenuti dell'intesa, si rinvencono nella mancanza di una disposizione che regoli l'efficacia civile del matrimonio religioso, dovuta al fatto che il buddismo non ha una propria forma di celebrazione dell'istituto, per il quale è prevista solo un'apposita benedizione, e nella previsione di un particolare trattamento delle salme (art. 8), dove però le regole delle varie tradizioni buddiste devono comunque rispettare le norme vigenti in materia nello Stato italiano.

Per il resto l'Intesa, strutturata dal punto di vista formale in un preambolo, che ripete dichiarazioni simili a quelle delle altre intese, ed in 27 articoli, si uniforma alle precedenti anche nei contenuti. Viene così affermata l'autonomia dell'UBI per tutto ciò che attiene alla propria organizzazione (art. 1), la libertà religiosa in tutte le sue più comuni manifestazioni, peraltro già garantite dalla Costituzione, (art. 2), assicurata, con formula analoga a quella contenuta nell'art. 6 dell'intesa con gli avventisti, l'obiezione di coscienza al servizio militare con assegnazione dietro richiesta al servizio civile, ma non l'esonero come la confessione inizialmente aveva sollecitato (art. 3), il diritto all'assistenza spirituale degli aderenti nelle strutture obbligate, con il conseguente diritto d'accesso dei ministri di culto (art. 4).

Sostanzialmente ripetitive sono anche le norme riguardanti l'insegnamento religioso nella scuola (art. 5) e l'istituzione di scuole ed istituti di educazione (art. 6), che non recano traccia delle proposte iniziali dell'UBI in cui venivano specificati tanto i destinatari "*figli di buddisti stranieri residenti in Italia*" che lo scopo di queste attività, ossia il mantenere vive tra questi soggetti la lingua, la cultura e le tradizioni di origine.

Una parte abbastanza problematica e che ha richiesto un notevole sforzo e capacità di adattamento da parte dell'UBI che a poco a poco si è vista costretta a rinunciare alle sue richieste, per assimilare la disciplina a quella delle intese vigenti, è quella che regola i vari aspetti connessi all'esercizio del culto che all'interno del buddismo assume delle connotazioni molto particolari rispetto alle confessioni tradizionali³⁶.

Proprio per questo nella seconda bozza confessionale, approvata nel settembre 1997, il termine "ministro di culto" era stato sostituito con quello, ritenuto più rispondente, di "maestro di *Dharma*" e veniva specificato che le pratiche meditative (molto spesso individuali) potevano svolgersi anche in luoghi diversi dagli edifici di culto, richiedendo anche per quest'ultimi un trattamento equiparato a quello che le altre intese avevano riservato agli edifici destinati al culto pubblico e le stesse agevolazioni fiscali.

L'accoglimento da parte statale della prima di queste richieste avrebbe comportato però la necessità di introdurre nell'intesa un richiamo alla norma

³⁶ Cfr. N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese* cit, p. 41.

statutaria che definiva il concetto di maestro di *Dharma*, e ciò non era gradito da alcuni aderenti all'UBI che lo interpretavano come una possibile limitazione della libertà confessionale sul punto, e inoltre di creare una disposizione che equiparasse agli effetti civili le due figure del ministro di culto e del maestro di *Dharma*. In ordine alla seconda, invece, venivano fatte presenti le difficoltà di estendere a tutti i luoghi dove poteva svolgersi l'attività di culto (case private, celle di monasteri ecc.) le speciali garanzie di cui godono gli edifici di culto ed i rischi che questo avrebbe comportato³⁷.

Alla fine è venuta fuori una norma sui ministri di culto abbastanza neutra che rimette all'UBI la certificazione di tale qualifica e riconosce a questi soggetti diritti analoghi a quelli delle equivalenti figure delle altre confessioni, compreso il segreto d'ufficio (art. 7)³⁸. Mentre la disposizione che regola il regime giuridico degli edifici di culto rivela in qualche modo il travaglio che ne ha preceduto la formulazione definitiva, in quanto oltre a specificare che essi devono essere aperti al culto pubblico, richiede, cosa che non ha precedenti nelle altre intese, che l'UBI ne predisponga un elenco e lo trasmetta alle autorità competenti (art. 15). Si sarebbe potuto in parte venire incontro alle esigenze della confessione, senza per questo derogare alla disciplina vigente in materia, limitandosi, con una formula analoga a quella apposta all'art. 14.3 dell'intesa con la CELI, a prendere atto del fatto che le attività di culto possono svolgersi anche al di fuori dei luoghi appositamente adibiti a tale scopo.

Un riferimento specifico alle attività di culto buddista si ritrova, invece, nell'art. 9 lett. a, dove vengono elencate tra le attività considerate di religione o di culto agli effetti civili quelle tipiche della dottrina buddista, per cui si rinvergono delle differenze rispetto alle attività di religione o di culto delle altre confessioni.

Le restanti norme sulla disciplina degli enti ecclesiastici (artt. 9-13), sul regime tributario (art. 14), sulla tutela dei beni culturali ecclesiastici (art. 16), sulle pubblicazioni religiose (art. 17) e sulle deduzioni fiscali (art. 18), sono mutate da altre intese e non presentano spunti originali. Vi è una totale adesione al sistema dell'8 x mille, scelta che sino a quel momento in sede di intesa era stata fatta solo dalla CELI, limitando però la destinazione delle somme derivanti dalle scelte non espresse solo ad iniziative umanitarie (art. 19). Gli articoli 20-26 ripetono quanto già affermato nella parte conclusiva delle altre intese, e su questa linea si pone anche il 23 che contiene il riconoscimento di una festività religiosa.

L'Intesa si chiude con una norma innovativa (art. 27), che si ritrova solo nella coeva intesa con i testimoni di Geova (art. 22), che impegna il Governo a presentare al Parlamento il disegno di legge di approvazione della stessa. Que-

³⁷ Si vedano in proposito le osservazioni di N. COLAIANNI, *Le intese con i Buddisti e i Testimoni di Geova*, in *QDPE*, 2000/2, pp. 486-487. Analoghe considerazioni vengono fatte anche da S. ANGELETTI, *Brevi note di commento all'Intesa con l'Unione Buddhista Italiana*, in *Dir. eccl.*, 2001, pp. 978-980.

sta disposizione, che non apporta modifiche alla procedura da seguire, sottolineando un compito che era già del Governo, e che non era presente nel gruppo delle prime sei intese, rispecchia la consapevolezza da parte delle due confessioni del clima difficile in cui le rispettive intese erano venute alla luce e appare come un presagio delle vicende successive.

La fine della XIII legislatura, vede i relativi disegni di legge di approvazione, presentati alla Camera dei deputati nell'estate del 2000, fermi alla I Commissione Affari costituzionali.

Nei primi mesi della XIV legislatura qualcosa si muove, invece, riguardo al disegno di legge sulla libertà religiosa, con la presentazione di due progetti di legge di iniziativa parlamentare, il primo a firma dell'on. Spini e di un gruppo di deputati dell'Ulivo, ed il secondo dell'on. Molinari. A breve distanza un disegno di legge viene presentato anche dal governo Berlusconi che dimostra di condividere un progetto formatosi all'interno di un diverso orientamento politico e ciò apre le speranze ad una rapida approvazione della legge. Tutti e tre i progetti, peraltro, sono in buona sostanza molto simili, in quanto si sono limitati a riproporre con lievi modifiche il testo licenziato nel febbraio 2001 dalla Commissione Affari costituzionali³⁹.

L'ottimismo iniziale deve però presto fare i conti con le polemiche ed i rallentamenti causati dalla strenua opposizione della Lega nord, preoccupata che dall'approvazione della legge possano scaturire incontrollate aperture nei confronti di culti estranei alla nostra cultura e tradizione e forieri di problemi, specie con l'islam⁴⁰, anche se in merito a quest'ultimo un tentativo di dare un segnale positivo viene fatto dal Governo nel 2005 con l'istituzione della Consulta per l'islam italiano⁴¹. La fine della legislatura nell'aprile 2006 fa cessare anche questa volta ogni aspettativa.

³⁸ Sulla figura del ministro di culto nell'ordinamento italiano v. A. LICASTRO, *I ministri di culto nello ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2005; A. BETTETINI, *Alla ricerca del "ministro di culto". Presente e futuro della qualifica nella società multireligiosa*, in *QDPE*, 2000/1, pp. 249 ss.

³⁹ Una sintesi di queste vicende viene fatta da T. RIMOLDI, *Op. cit.*, pp. 274-275 e R. ASTORRI, *Stato e Chiesa in Italia: dalla revisione concordataria alla "seconda repubblica"*, in *QDPE*, 2004/1, pp. 51-54.

⁴⁰ Cfr. M.L. LO GIACCO, *Libertà religiosa e circolazione dei modelli giuridici. Il disegno di legge italiano sulla libertà religiosa*, in *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa* cit., pp. 255 ss. Trova estremamente riduttivo considerare l'Islam solo come una confessione religiosa piuttosto che "una civiltà, rispetto alla quale l'elemento religioso appare come il più importante", M. TEDESCHI, *L'Islam come confessione religiosa*, in *Id.*, *Studi di diritto ecclesiastico*, Napoli, 2004, pp. 19-50.

⁴¹ La Consulta è stata istituita con decreto ministeriale del 10.09.2005, il cui testo è pubblicato in *QDPE*, 2006/2, pp. 583-584. Essa è presieduta dal Ministro dell'interno, che ne designa i membri, ed ha il compito di dare pareri sulle questioni per le quali viene interpellata volti a favorire il dialogo e l'integrazione delle varie comunità musulmane presenti in Italia. Per approfondire l'argomento con le osservazioni critiche fatte dalla dottrina si rimanda a N. COLAIANNI, *Musulmani italiani e Costitu-*

All'inizio della XV legislatura vengono ripresentate alla Camera, con grande tempestività e nello stesso giorno, il 28 aprile, le proposte di legge degli onorevoli Spini e Boato⁴². Entrambe, nel periodo compreso tra luglio e settembre 2006, vengono trasmesse alla Commissione Affari costituzionali che il 24 novembre promuove una consultazione ufficiale al fine di elaborare un testo sulla libertà religiosa condiviso anche dalla comunità scientifica, aperta a docenti universitari di diritto ecclesiastico e di diritto pubblico⁴³.

Negli stessi mesi sono presentate al Senato due proposte di legge del medesimo tenore, una del sen. Malan, che riproduce il disegno di legge Berlusconi del 2002, l'altra della sen. Negri, che ripropone il testo del 2001 in cui era primo firmatario l'on. Spini.

L'estate seguente, nella seduta del 4 luglio 2007, la I Commissione della Camera, ha approvato a maggioranza l'adozione di un testo unificato delle proposte di legge Spini e Boato di 47 articoli, elaborato dallo stesso relatore, on. Zaccaria. Il testo unificato è sicuramente migliore dei precedenti, rispetto ai quali si è arricchito nei contenuti, e rappresenta una versione più moderna delle norme sulla libertà religiosa, anche se vi sono ancora delle zone d'ombra che la dottrina non ha mancato di fare rilevare⁴⁴. L'improvvisa caduta del governo Prodi ha fatto sì che anche quest'ultimo facesse la stessa fine di quelli che lo avevano preceduto.

All'inizio dell'attuale legislatura il disegno di legge Zaccaria, AC. n. 448, *Norme sulla libertà religiosa*, è stato ripresentato alla Camera in data 29 aprile 2008 ed assegnato il 5 agosto 2008 alla I Commissione Affari costituzionali dove al momento giace⁴⁵. Le preoccupazioni manifestate al riguardo dalla Chiesa cattolica⁴⁶, unite alla resistenza di parte della classe politica e al dato oggettivo della notevole quantità di emendamenti ed articoli aggiuntivi presentati in questa fase, non lasciano sperare in una sua rapida approvazione⁴⁷.

zione: *il caso della Consulta islamica*, in *QDPE*, 2006/1, pp. 251ss.; ID. *Una <carta>post costituzionale? (A proposito di una recente iniziativa in tema di "integrazione")*, in *Quaderni di giustizia*, 2007/3; G. MACRÌ, *Immigrazione e presenze islamiche in Italia: la Consulta per l'Islam*, in www.statoechiese.it, 2007.

⁴² Per un commento sui contenuti dei progetti di legge Boato e Spini del 2006 si rimanda ai contributi della dottrina pubblicati in *Dir. eccl.*, 2007/1-2.

⁴³ Cfr. V. TOZZI, *Fasi e mezzi per l'attuazione del disegno costituzionale di disciplina giuridica del fenomeno religioso*, in *Dir. eccl.*, 2007/1-2, pp. 171-173.

⁴⁴ Cfr. V. PACILLO, *Dai principi alle regole? Brevi note critiche al testo unificato delle proposte di legge in materia di libertà religiosa*, in *Dir. eccl.*, 2007/1-2, pp. 149 ss.; G. CASUSCELLI, *Appunti sulle recenti proposte di legge in tema di libertà religiosa*, *ibidem*, pp. 67 ss.

⁴⁵ Va detto per completezza che un'altra proposta di legge che ripropone il testo della sen. Negri, S. 618,, è in attesa di essere esaminata dal Senato.

⁴⁶ Un accenno all'atteggiamento ostile della Chiesa viene fatto da G. CASUSCELLI, *Libertà religiosa collettiva, e nuove intese con le minoranze confessionali*, in www.statoechiese.it, 2008, p. 1.

⁴⁷ Cfr. R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 2008, pp. 132-137.

3. *Le intese del 2007*

I primi mesi del 2007 registrano anche una ripresa di attività sul fronte della legislazione bilaterale ex art. 8.3 Cost., che porta in breve alla firma contestuale di otto intese, un numero addirittura superiore rispetto a quelle fino a quel momento vigenti, anche se poi a ben guardare le intese con confessioni nuove sono effettivamente quattro, in quanto due sono la riproposizione con minimi aggiustamenti delle intese stipulate dal Governo nel 2000 e mai approvate dal Parlamento con i testimoni di Geova ed i buddisti, e altre due apportano delle modifiche alle intese valdese e avventista.

Le intese siglate da Prodi il 4 aprile 2007 mostrano come si stanno dilatando le comunità religiose ammesse ad avvalersi di questo strumento e come a quelle tradizionalmente presenti nel Paese (che facevano parte del primo gruppo di intese), se ne vadano via via aggiungendo altre di recente insediamento. Tutto ciò però non ha portato a registrare significative differenze né nei contenuti né nelle strutture delle nuove intese che si sono ispirate ai modelli precedenti, realizzando quella distorsione dell'istituto tanto temuta ed avversata dalla dottrina.

Esaminando le singole intese, e iniziando da quelle nuove, si può partire dall'Intesa con la Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale⁴⁸.

Va detto subito che pur essendo l'Arcidiocesi ortodossa d'Italia un ente di recente istituzione (1991), al contrario la presenza di comunità greco-ortodosse in Italia ha origini molto antiche e queste erano variamente diffuse nel Paese ed in modo particolare nel meridione. Quindi non ci troviamo di fronte ad un nuovo culto, anche se comunque rispetto alle confessioni tradizionali si riscontrano alcune novità. Questo interlocutore difatti non esaurisce il mondo degli ortodossi in Italia e non è paragonabile ad una chiesa *sui iuris*, rappresentando una diocesi del Patriarcato ecumenico che ne elegge il Metropolita ed i vescovi ausiliari.

L'Intesa è stata preceduta nel 2001 dalla configurazione di una bozza d'intesa⁴⁹, contenente lo stesso numero di articoli (26), ma nel confronto dei due documenti si nota in quello più recente un maggiore appiattimento dei contenuti per uniformarsi al modello che la stipulazione delle prime sei aveva contribuito a configurare.

Nei primi articoli sono scomparsi così i riferimenti agli ordinamenti della confessione, e dove la bozza parlava di sacro clero e di ordine monastico, l'intesa ha sostituito questi termini con quello più neutro di ministro di culto.

⁴⁸ Per un commento più esaustivo dell'intesa si rinvia a G. MORI, *Ortodossia e intesa con lo Stato italiano: il caso della Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale*, in *QDPE*, 2007/2, pp. 399 ss.

⁴⁹ La bozza è pubblicata in *QDPE*, 2001/2, pp. 603 ss.

Le norme sull'assistenza spirituale ai militari, ricoverati e detenuti (artt. 3-4-5) e sull'istruzione religiosa (artt. 6-7) ripetono quanto detto nelle intese precedenti. La disciplina del matrimonio si uniforma a quella delle intese con chiese evangeliche (art. 8), per cui la lettura degli articoli del codice civile sui diritti e doveri dei coniugi è anticipata alla fase delle pubblicazioni, ma ai coniugi è possibile rendere nell'atto di matrimonio le dichiarazioni consentite dalla legge civile, disposizione che in precedenza si ritrova solo nell'Accordo con la Chiesa cattolica, nell'intesa ebraica ed in quella mai approvata con i testimoni di Geova e che compare, invece, nelle altre intese del 2007 ad eccezione di quella con i buddisti.

Agli ortodossi viene riconosciuto un maggiore numero di festività rispetto alle altre confessioni, anche se delle tredici elencate nella bozza l'Intesa ne riporta solamente otto (art. 9), e viene inoltre specificato che dietro richiesta dei genitori gli alunni possono assentarsi dalla scuola in queste ricorrenze e nel giorno di Venerdì Santo.

L'art. 10 sugli immobili destinati al culto non menziona più i monasteri e cimiteri, che erano stati indicati nella bozza, limitando le garanzie ivi previste ai soli edifici aperti al culto pubblico.

Le disposizioni sulla collaborazione con lo Stato per la tutela e valorizzazione dei beni culturali ortodossi (art. 11) e sulle emittenti radiotelevisive (art. 12) ricalcano quelle contenute in altre intese.

La normativa sugli enti specifica, oltre agli enti ortodossi già esistenti e riconosciuti da lunga data che vengono elencati singolarmente, anche le varie tipologie di enti che potrebbero chiedere il riconoscimento della personalità giuridica, prevedendo che in questo caso il fine di religione o di culto può essere solo o congiunto con quelli di istruzione, assistenza e beneficenza (art. 13). Il regime degli enti ecclesiastici ortodossi (artt. 14-18) non presenta particolari novità, come del resto la norma successiva sulla deduzione agli effetti IRPEF delle donazioni liberali di modico valore (art. 19)

L'Arcidiocesi partecipa al riparto delle somme derivanti dall'8 × mille dell'IRPEF, anche per le scelte non espresse e mentre la bozza conteneva una restrizione per la destinazione di quest'ultime, limitandola alle sole attività assistenziali e pastorali, l'intesa stabilisce al riguardo la totale equiparazione delle somme (art. 20.3).

L'ultima disposizione (art. 26), mutuata dalle precedenti del 2000 con i testimoni di Geova ed i buddisti, impegna il Governo a richiedere al Parlamento l'approvazione della stessa, presentando il relativo disegno di legge, e si ritrova in tutte le intese del 2007.

L'Intesa con la Chiesa apostolica in Italia (CAI), si colloca nel contesto delle intese effettuate con chiese evangeliche, ed è giunta a conclusione dopo lunghe trattative, iniziate nel 1991, che hanno visto come interlocutori della confessione governi di diverso colore politico.

Essa consta di un preambolo e di 32 articoli. Il Preambolo è una copia di quello dell'intesa con le ADI (l. 517/88) che sembra avere ispirato anche la maggior parte delle disposizioni presenti nel testo, che a sua volta contiene pochissime norme rivelatrici dell'identità confessionale a fronte di tante altre mutuata dalle intese precedenti e sulle quali, proprio per questo, sembra inutile soffermarsi. I soli profili di specificità che è dato rinvenire nell'Intesa sono le competenze attribuite al Consiglio Nazionale della CAI che diventa diretto interlocutore dello Stato nel caso di provvedimenti volti ad incidere sul regime giuridico degli edifici di culto (art. 13.1), nel procedimento di attribuzione della personalità giuridica ad un ente della CAI (art. 14.2) o di revoca di quest'ultima (art. 19.2) ed al quale inoltre spettano la facoltà di nominare i ministri di culto come anche di dichiararne l'eventuale cessazione (art. 2.1) e, nel caso di richieste in ordine allo studio del fatto religioso, di designare i soggetti destinati ad esplicare questa attività (art. 9.1).

Riguardo al finanziamento della confessione l'art. 23 dell'Intesa specifica, in maniera simile alle altre confessioni di fede evangelica, che la CAI si sostiene attraverso le offerte dei propri fedeli e prevede una deduzione fiscale delle erogazioni liberali in denaro fino all'importo di € 1032,91. Il successivo art. 24 regola, invece, la partecipazione della confessione al sistema dell'8 x mille, destinando tali introiti ad interventi sociali, culturali e umanitari anche a favore di Paesi esteri, con la rinuncia alla quota derivante dalle scelte non espresse.

La parte conclusiva dell'Intesa (artt. 29-32) è del tutto esente da qualsiasi profilo di originalità, essendo uguale a quella dell'Intesa con la Sacra Arcidiocesi ortodossa (artt. 23-26) ed anche, come vedremo, a quella delle intese che ci accingiamo ad esaminare. Essa riguarda l'emanazione delle norme di attuazione, la cessazione di efficacia della normativa sui culti ammessi, le modalità con cui apportare modifiche all'intesa stessa e contiene l'impegno da parte del Governo a presentare in Parlamento l'apposito disegno di legge di approvazione.

L'Intesa con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, i cui fedeli sono conosciuti col nome di mormoni⁵⁰, vede come controparte dello Stato una confessione cristiana che sviluppa il suo credo attorno alla figura di Cristo, visto come Figlio di Dio e Salvatore del mondo⁵¹. Essa presenta una serie di peculiarità ed è strutturata in maniera differente rispetto alle altre confessioni cristiane, e ciò in parte emerge dal protocollo d'intesa, in cui compare qualche elemento nuovo che la caratterizza e la contraddistingue rispetto alle altre intese della seconda stagione.

⁵⁰ Per più ampi ragguagli cfr. T.F. O' DEA, *I mormoni*, Firenze, 1961; M. INTROVIGNE, *I mormoni. Dal far west alle Olimpiadi*, Torino, 2002.

⁵¹ Per notazioni storiche sulla Chiesa ed un ampio commento sul contenuto dell'intesa si rinvia a V. PACILLO, *L'intesa con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi giorni: prime considerazioni*, in *QDPE*, 2007/2, pp. 371 ss. Ulteriori informazioni sulla struttura e la dottrina della Chiesa possono reperirsi dalla consultazione del suo sito ufficiale www.chiesadigesucristo.it.

L'Intesa è composta da un preambolo e da 28 articoli. Il Preambolo, pur uniformandosi per buona parte a quelli delle intese precedenti e coeve, contiene due enunciati originali che sono di particolare interesse nella sua interpretazione in quanto fungono da linee guida della stessa, ovvero: che “uno dei principi della Chiesa è obbedire, onorare e sostenere le leggi” e che “la Chiesa non intende partecipare alla ripartizione dell'otto per mille dell'IRPEF”.

Gli artt. 1-2 assicurano in vario modo e nelle sue più concrete manifestazioni il diritto di libertà religiosa e l'autonomia della Chiesa. L'art. 3 sui ministri di culto è molto più dettagliato rispetto alla generica disposizione delle altre intese perché specifica le singole categorie di soggetti alle quali può essere attribuita tale qualifica assieme alle funzioni che svolgono per la Chiesa. L'art. 4 prevede determinate garanzie per i missionari ed i Presidenti di missione, tra cui la concessione, se stranieri, di permessi di soggiorno per un tempo determinato e rinnovabili una sola volta. L'Intesa non prevede alcun riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare ma solo la possibilità di ottenere un rinvio non superiore a trenta mesi per i missionari a tempo pieno che lo richiedano nel caso di ripristino del servizio di leva obbligatorio (art. 5).

Le disposizioni sull'esercizio della libertà religiosa nelle strutture obbligate sono simili a quelle di altre intese (artt. 6-10). L'art. 11 sull'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche richiama fortemente gli artt. 9-10 dell'Intesa valdese, il cui contenuto si ritrova del resto in diverse intese che in questo ambito si sono modellate su questa; anche il successivo art. 12, sull'istituzione di scuole ed istituti di educazione, nei primi due commi ricalca quanto detto in intese precedenti, ma al c. 3 aggiunge un elemento nuovo, ossia la possibilità per gli studenti delle scuole istituite dalla Chiesa, a cui sia riconosciuta la parità, di usufruire come gli studenti degli istituti statali dei rinvii per il servizio militare nel caso di ripristino del servizio obbligatorio di leva.

L'art. 13 che contiene la disciplina del matrimonio si apre con un comma identico al primo dell'art. 13 dell'Intesa con la CELI, riconoscendo allo Stato giurisdizione esclusiva sugli effetti civili del matrimonio e ribadendo al tempo stesso l'autonomia della Chiesa in materia di religione e di culto. L'analogia con la CELI si ferma però alla prima parte della disposizione dato che per il resto del procedimento il matrimonio mormone assomiglia di più a quello ebraico, essendo analoghe le funzioni dei rispettivi ministri di culto, tenuti a leggere ai coniugi dopo la celebrazione gli artt. 143-144 e 147 c.c., ed a ricevere le loro eventuali dichiarazioni accessorie per inserirle nell'atto di matrimonio. Le peculiarità della dottrina mormone in tema di matrimonio e famiglia sono state dunque del tutto lasciate fuori dall'intesa, che ha preferito uniformarsi al modello già collaudato dalle intese precedenti ad ulteriore conferma che le confessioni sono sempre più disposte a rinunciare anche al riconoscimento dei tratti più significativi della loro identità pur di acquisire quello *status* privilegiato che viene loro riconosciuto dopo essere state ammesse al beneficio della contrattazione bilaterale.

L'art. 14 sulla tutela degli edifici di culto, oltre alle medesime garanzie previste all'uopo nelle altre intese specifica al c. 3 che lo Stato prende atto del fatto che le attività di culto possono svolgersi anche al di fuori degli edifici destinati a tale scopo, riprendendo una formula sperimentata nell'art. 14.3 dell'Intesa con la CELI, il cui significato sul piano pratico resta comunque poco chiaro.

Le norme sul riconoscimento e la gestione degli enti ecclesiastici (artt. 16-19) riproducono il contenuto di intese precedenti, mentre sono originali le disposizioni degli artt. 20 e 21. Nel primo (art. 20) è prevista l'esenzione da qualsiasi tributo o onere sui trasferimenti a titolo gratuito di beni immobili in favore dell'Ente Patrimoniale della Chiesa effettuati entro 24 mesi dall'entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa da parte di alcune corporazioni estere specificatamente individuate. Desta peraltro meraviglia e non si capisce il senso dell'inserimento di un'esenzione fiscale così ampia ed indeterminata, che finisce col creare una disparità di trattamento tra enti ecclesiastici che non appare fondata su un criterio logico e che per questo potrebbe essere anche ritenuta costituzionalmente illegittima, in un'intesa dove la confessione si è premurata di asserire fin dal preambolo la sua rinuncia alla partecipazione al sistema di finanziamento pubblico, a meno che questa decisione non sia stata il frutto di una scelta ragionata per potere usufruire di un regime fiscale altrettanto vantaggioso e diverso. Il successivo art. 21, che elenca le attività che ai fini del riconoscimento degli enti possono essere considerate di religione o di culto e le attività diverse da queste, termina con la presa d'atto da parte dello Stato che la Chiesa include nella cura delle anime la ricerca genealogica necessaria per la salvezza delle anime degli antenati, da esercitare comunque nel rispetto delle leggi vigenti. L'aver ricompreso un'attività di questo genere tra quelle di religione o di culto risponde ad una necessità oggettiva della Chiesa e mette in risalto una sua peculiarità ma può fare sorgere una serie di problemi primo tra tutti la compatibilità della disposizione con quelle che prevedono determinate agevolazioni per gli enti ecclesiastici, proprio per incentivare le attività tradizionali di religione o di culto, e in secondo luogo con le norme dell'ordinamento italiano poste a tutela del diritto alla riservatezza.

Gli artt. 22-23 che regolano il regime tributario degli enti e la deducibilità dal reddito complessivo delle persone fisiche delle donazioni in denaro fatte a favore dell'Ente Patrimoniale della Chiesa fino all'importo di € 1032,91 non aggiungono nulla di nuovo rispetto al contenuto delle altre intese. La deducibilità delle erogazioni liberali dei fedeli e simpatizzanti delle varie chiese, che è senza dubbio un incentivo non indifferente che può avere il suo peso nella decisione di chi dona, è dunque ormai data per scontata da tutte le confessioni, anche da quelle, sempre più rare, come la Chiesa in questione che hanno rifiutato di usufruire di un altro vantaggio, ormai generalizzato per le confessioni che stipulano un'intesa, che è la partecipazione al sistema dell'8 x mille.

L'art. 24 istituisce un regime particolare per la sepoltura dei mormoni, disci-

plinata da un regolamento emanato dalla Chiesa stessa in conformità con la corrispondente normativa italiana, e prevede la concessione a tale scopo di aree particolari nei cimiteri da rinnovare ogni novantanove anni in modo da rendere queste sepolture perpetue secondo la tradizione della Chiesa. La norma, che pure manifesta una particolare esigenza della confessione, non è originale, in quanto ha come diretto antecedente l'art. 16 dell'Intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane che è formulato in maniera quasi analoga.

Le disposizioni finali (artt. 25-28) sono eguali a quelle delle altre intese del 2007 e pertanto non richiedono un ulteriore commento.

L'ultima delle nuove intese del 2007 include nella rosa delle confessioni ammesse alla contrattazione bilaterale del loro rapporto con lo Stato un soggetto, l'Unione induista italiana (UII), che rappresenta una realtà religiosa (e non solo) abbastanza complessa e variegata quale l'induismo che per molti aspetti esula dalla concezione occidentale di religione formatasi sulla tradizione giudaico-cristiana⁵².

L'associazione religiosa denominata Unione induista italiana (UII) *Sanatana Dharma Samgha* è stata costituita in Italia nel 1996 ed ha ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica con D.P.R. del 09.12.2000. Secondo lo Statuto essa opera per "la tutela, la coordinazione, lo studio, la pratica della religione e della cultura induista". Ad essa hanno aderito circa cinquemila fedeli e numerosi centri ed associazioni religiose legati a differenti scuole e dottrine dell'induismo, che non esauriscono il mondo dell'induismo italiano in quanto vi sono anche altri movimenti che ne sono rimasti fuori pur avviando con l'UII dei rapporti di collaborazione⁵³.

Prima di esaminare in dettaglio il contenuto dell'intesa sembra opportuno premettere che l'UII è espressione di una realtà rapportata all'Italia, di un induismo quindi costretto a rinunciare ad alcuni rituali che lo caratterizzano, come ad es. i bagni e le immersioni nelle acque sacre, per la mancanza in questo territorio di fiumi sacri, o alle pire o ai sacrifici animali, vietati dal nostro ordinamento. La disciplina pattizia si è così modellata sulle altre intese e sono pochissime anche in questa le disposizioni identitarie.

L'Intesa con l'UII consta di un preambolo e di 29 articoli. Il primo è identico a quelli di altre intese, sia precedenti che coeve. Il protocollo, inoltre, è molto simile a quello dell'intesa con l'UBI da cui si differenzia per pochi elementi, che

⁵² Questo tabù come abbiamo visto era stato infranto qualche anno prima, con la sottoscrizione nel 2000 dell'intesa con l'UBI, in cui le differenze con le religioni occidentali erano ancora più accentuate dato che nel buddismo manca del tutto il rapporto con la divinità, mentre nell'induismo è presente un profilo teistico, anche se con delle connotazioni molto particolari. Per approfondire l'argomento cfr. S. PIANO, *Lo induismo oggi*, in AA.VV., *L'Hinduismo*, a cura di G. FILORAMO, Roma-Bari, 2007, p. 265 e M. PIANTILLI, "Religione" e "religioni" nel mondo indiano, in *L'Hinduismo* cit., p. 7.

⁵³ Per informazioni più estese sulle attività dell'UII e dei centri induisti presenti in Italia cfr. P. FANTELLI, *L'induismo nel nostro tempo. Gli interlocutori confessionali in Italia e le prospettive della nuova intesa*, in *Dir. eccl.*, 3-4, 2007, pp. 64-69.

riguardano più la forma che la sostanza delle disposizioni, e per la presenza di due articoli in più, uno riguardante il matrimonio, istituto non disciplinato dalla dottrina buddista, e l'altro il regime delle emittenti radiotelevisive, mutuato dalle intese che se ne sono occupate.

Gli articoli da 1 a 7, con formulazioni analoghe a quelle che si rinvengono nel testo di altre intese, affermano l'autonomia dell'UII, garantiscono in vario modo la libertà religiosa della confessione e dei suoi aderenti, contengono una disposizione volta ad assicurare agli aderenti all'UII, in caso di ripristino del servizio militare obbligatorio, il diritto di essere assegnati al servizio civile; disciplinano l'assistenza spirituale nelle strutture obbligate e le modalità con cui deve essere impartito l'insegnamento religioso nelle scuole assieme alla possibilità di istituire scuole ed istituti di educazione; assicurano, infine, ai ministri di culto, tutta una serie di diritti come il segreto di ufficio, la possibilità di iscriversi al fondo di assistenza e previdenza per il clero e di svolgere il servizio civile nel caso di ripristino del servizio obbligatorio di leva, rimandando per tale qualifica alla definizione contenuta nell'art. 26 dello Statuto.

La normativa sul matrimonio affida all'ufficiale di stato civile incaricato di effettuare le pubblicazioni il compito di leggere ai coniugi gli articoli del codice civile e consente al ministro di culto di inserire nell'atto di matrimonio le dichiarazioni accessorie (art. 8).

La disciplina del trattamento delle salme è contenuta nell'art 9 e la formula utilizzata è identica a quella riportata nell'Intesa buddista. La norma è molto generica e si limita a prevedere la possibilità di seppellire i defunti secondo le proprie tradizioni, nel rispetto delle leggi italiane, e di ottenere delle aree riservate nei cimiteri. Gli induisti normalmente praticano la cremazione delle salme attenendosi alle disposizioni del diritto comune in materia che sono contenute nella l. n. 130/2001.

L'art. 10 indica le attività considerate di religione o di culto ai fini del riconoscimento degli enti, elencando i testi sacri la cui lettura rientra tra queste attività. Il regime degli enti ecclesiastici, delineato dagli articoli 11-15, è in buona sostanza eguale a quello delle altre confessioni con intesa. È prevista una tutela specifica per gli edifici aperti al culto pubblico ricompresi nell'elenco trasmesso dall'UII alle competenti autorità governative che estende a questi quanto riconosciuto in materia alle altre confessioni (art. 16). A questo proposito va tenuto presente che il luogo di culto induista non è necessariamente un tempio, il quale spesso funge da dimora dell'idolo, è di dimensioni molto contenute, (potremmo definirlo con lessico cattolico più una cappella che una chiesa), e vi può avere accesso solo il sacerdote officiante, per cui non può servire da luogo di riunione dell'assemblea dei fedeli. Ciò comporta che in Italia vengono spesso destinate a questo scopo abitazioni private o sedi di organismi rappresentati dall'UII e questo nella pratica potrebbe fare sorgere tutta una serie di problemi e non di poco conto, dei quali l'intesa sembra disinteressarsi.

L'UII aderisce in maniera totale al sistema di finanziamento statale delle confessioni e l'Intesa assicura tanto la possibilità di dedurre dall'IRPEF le erogazioni liberali fino all'importo di € 1032,91 (art. 19), che la partecipazione all'8 × mille per le scelte espresse e per quelle non espresse, destinando le somme ricavate alle stesse finalità (art. 20). Le eventuali modifiche inerenti a questi importi dovranno essere decise da un'apposita commissione paritetica (art. 21).

Nella parte finale dell'Intesa troviamo il riconoscimento di una festa religiosa, *Dipavali*, la cui data dovrà essere comunicata ogni anno entro il 15 gennaio al Ministero dell'interno (art. 24). Le ultime disposizioni (artt. 26-29) sono uguali a quelle delle intese coeve.

Le intese venute alla luce per la seconda volta il 4 aprile 2007 ripropongono i protocolli siglati il 20 marzo 2000 dal Governo D'Alema con la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova e l'Unione Buddhista italiana, penalizzati dalla fine della XIII legislatura che aveva posto fine anche al loro iter parlamentare.

Il testo dell'Intesa con i testimoni di Geova è rimasto immutato, e dunque è identico al precedente, con la sola eccezione dell'art. 16 che disciplina la deducibilità delle erogazioni liberali dall'IRPEF, in cui l'importo del limite massimo, prima indicato in lire (2 milioni) è stato dichiarato in euro (1032,91).

Alcune modificazioni, anche se di poco conto, che registrano i cambiamenti avvenuti nell'ordinamento italiano nei sette anni trascorsi dalla firma della precedente, sono state apportate, invece, nella nuova Intesa con l'UBI. Le formule riviste rispecchiano principalmente le novità introdotte nell'ambito del servizio militare dalle leggi n. 31/2000 e n. 226/04 che hanno statuito la cessazione dell'obbligo di leva. Si è reso così necessario modificare gli articoli 3 (servizio militare) e 4 (assistenza spirituale alle forze armate) che assicuravano agli appartenenti agli organismi rappresentati dall'UBI la possibilità di svolgere il servizio civile nel rispetto delle leggi sull'obiezione di coscienza, garantendo loro nuovamente l'esercizio di tale facoltà nel caso di ripristino del servizio militare obbligatorio. Variazioni di minore rilievo si ritrovano anche nel testo degli artt. 5-6 che disciplinano l'insegnamento della religione nella scuola pubblica ed il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, tenendo conto delle innovazioni contenute nel D.P.R. n. 275/99 e nella l. n. 62/2000. In ultimo, l'art. 18 presenta una correzione della somma entro la quale è consentita la possibilità di dedurre dall'IRPEF le erogazioni liberali in denaro, il cui valore è stato convertito in euro.

Come emerge dalla comparazione del contenuto dei due protocolli (2000/07) le modifiche apportate sono di minima entità e risultano del tutto trascurabili in una valutazione complessiva dell'intesa che in buona sostanza è rimasta ferma alla struttura del 2000⁵⁴. Ciò è da imputare anche al fatto che è stata utilizzata

⁵⁴ Per un esame più dettagliato dei contenuti dell'intesa cfr. S. ANGELETTI, *La nuova intesa con l'Unione Buddhista Italiana: una doppia conforme per il Sangha italiano*, in www.statoechiese.it, Marzo 2008.

una procedura piuttosto singolare che non avrebbe consentito di apportare significativi aggiornamenti, in quanto il testo è stato riscritto solo dalla commissione governativa che non ha ritenuto necessario riaprire le consultazioni con i legali rappresentanti dell'UBI, i quali si sono limitati a sottoscriverlo.

Chiudono quest'elenco delle intese siglate nel 2007 le modifiche apportate a due intese in vigore, con la Tavola valdese e con l'Unione delle Chiese cristiane avventiste del settimo giorno.

La Tavola valdese muta radicalmente la posizione iniziale di rifiuto del sistema pubblico di finanziamento delle confessioni (l. n. 449/84), che l'aveva portata in un primo momento ad aderire solo parzialmente per le scelte espresse (l. n. 409/93), richiedendo di partecipare nella stessa proporzione anche al riparto delle somme derivanti dalla percentuale dell'8 × mille ricavata dalle scelte non espresse dai contribuenti.

L'Unione delle Chiese cristiane avventiste del settimo giorno amplia il numero dei titoli di studio riconosciuti dall'art. 14 della l. n. 516/88, richiedendo il riconoscimento delle lauree in teologia rilasciate dall'Istituto avventista di Cultura biblica "Villa Aurora" di Firenze.

Questi due protocolli si sono distinti dal resto delle intese firmate da Prodi perché sono gli unici che dopo la fine della legislatura sono stati presentati dal Governo successivo in Parlamento per completare il procedimento necessario per la loro entrata in vigore nell'ordinamento italiano. La loro natura di modifiche ad intese già esistenti ha fatto sì che questi, superando le perplessità e le obiezioni suscitate nei confronti delle altre intese coeve, proseguissero il loro percorso da soli senza incontrare ostacoli particolari nel corso dell'esame da parte di entrambe le Camere, che li hanno approvati contestualmente con l. 8 giugno 2009, n. 68 (Tavola valdese) e n. 67 (Chiese cristiane avventiste)⁵⁵.

4. *I problemi suscitati dalla mancata approvazione delle intese*

Sono trascorsi più di due anni dalla faticosa data del 4 aprile 2007 in cui il governo Prodi, dopo avere ripreso le trattative instaurate dai governi precedenti (D'Alema e Berlusconi) con alcuni gruppi religiosi, è giunto alla simultanea firma di otto intese, estendendo la possibilità di addivenire ad una legislazione contrattata, prevista dall'art. 8.3 Cost., a ben sei nuove confessioni, alcune delle quali non appartenenti al ceppo giudaico-cristiano, requisito che sino a quel momento aveva caratterizzato i soggetti religiosi che avevano stipulato intese con lo Stato.

⁵⁵ Le 2 leggi sono pubblicate in *QDPE*, 2009/2, pp. 644-645. Per ulteriori notizie cfr. L. LACROCE, *Cronaca legislativa, ibidem*, pp. 278-279.

Allo stato attuale, come abbiamo visto, solo le modifiche alle intese valdese ed avventista hanno concluso in maniera soddisfacente l'iter necessario per la loro approvazione, avvenuta peraltro in tempi molto recenti. Tutte le altre intese restano nel limbo, in una sorta di terra di nessuno da dove non è chiaro se potranno mai uscire, come non sono chiari i tempi dell'attesa, generando conseguentemente uno stato di grande incertezza nelle confessioni interessate. Queste nel 2007 avevano festeggiato la felice conclusione di una lunga trattativa ed ora si ritrovano a constatare quanto la loro sia stata una vittoria di Pirro e come della loro condizione siano ancora una volta arbitri Governo e Parlamento, che possono, senza neanche assumere posizioni più decise che potrebbero risultare impopolari, semplicemente con la loro inerzia, vanificare gli accordi. Ciò del resto è già stato sperimentato dai buddisti e dai testimoni di Geova che nel 2000 avevano stipulato contestualmente la prima intesa e dopo sette anni si sono ritrovati insieme a rifirmarla.

Nonostante la precarietà della loro situazione, va detto che fino ad ora le confessioni interessate si sono comportate con molto *fair play*, limitandosi a richiedere al Governo, con toni molto contenuti e scevri da ogni polemica⁵⁶, di sottoporre le intese al Parlamento per la ratifica, ed a tale scopo si sono coordinate, avviando una campagna di sensibilizzazione dell'opinione pubblica volta a raccogliere le firme di coloro che sono favorevoli alla presentazione dei disegni di legge⁵⁷. È rimasta fuori dalla coalizione, per sua scelta, la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova.

La situazione di stallo venutasi a creare mette in evidenza che nel sistema sino ad ora seguito per dare attuazione alle intese vi sono delle zone grigie, se non addirittura delle lacune, che si incentrano in parte sui rapporti che dovrebbero intercorrere tra Governo e Parlamento durante tutto il procedimento volto alla definizione di un'intesa, e in parte sulla mancata previsione di termini. Sembrerebbe a tal proposito opportuno che già sin dal momento in cui il Governo si decide ad avviare le trattative con una determinata confessione religiosa, il Parlamento ne venga messo a conoscenza e nel corso del tempo sia poi in qualche modo reso partecipe della definizione del loro contenuto, in maniera che i due organi agiscano con una certa sintonia e che non si corra il rischio che il secondo, chiamato successivamente a pronunciarsi per l'approvazione della legge corrispondente, sconfessi apertamente l'operato del Governo, con gravi ricadute sul delicato rapporto di fiducia che dovrebbe sempre essere presente tra i due organi. Come dimostra la recente esperienza, queste lacune non possono essere colmate neanche dall'impegno formale del Governo di presentare al

⁵⁶ Cfr. D. MASELLI, *Breve scheda sulle intese tra lo Stato e le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in www.buddhismo.it.

⁵⁷ Maggiori informazioni possono reperirsi sul sito www.coalizioneintesereligiose.it, dove è anche possibile sottoscrivere l'appello.

Parlamento l'apposito disegno di legge di approvazione, che le confessioni avevano avuto cura di fare risultare in tutti i protocolli firmati nel 2007, impegno che nel caso in questione è venuto meno in conseguenza della fine della legislatura e che non vincola il Governo successivo, che al riguardo è libero di comportarsi come crede⁵⁸. Essendo l'intesa un atto di natura discrezionale e dal significato eminentemente politico⁵⁹, è giusto che l'obbligo del completamento dell'iter necessario alla sua approvazione ricada soltanto sul Governo che ha deciso di sottoscriverla⁶⁰, ma sembra altrettanto giusto, per un'esigenza di certezza del diritto e per non tenere indefinitamente in sospeso tutti coloro che avrebbero interesse alla sua entrata in vigore, che venga stabilito un termine entro il quale il Governo subentrato dopo la fine della legislatura abbia la possibilità di farla propria, presentando in Parlamento il relativo disegno di legge, scaduto il quale l'intesa decada. A sua volta anche il Parlamento, a cui in definitiva spetterebbe sempre l'ultima parola, pur restando arbitro di *"valutare l'opportunità politica e la legittimità giuridica dei contenuti delle eventuali intese"*⁶¹, dovrebbe entro un certo termine o approvare l'intesa, emanando la relativa legge, o dichiarare di non volerlo fare, assumendosene la responsabilità politica⁶².

Questi profili, ai quali fino ad ora si è interessata solo la dottrina che si è da tempo interrogata riguardo alle possibili soluzioni, avrebbero dovuto essere affrontati nei vari progetti di legge sulla libertà religiosa. Desta meraviglia, pertanto, che anche in quelli dove è prevista una disciplina regolatrice della stipulazione delle intese non se ne faccia alcun accenno, e che tale vistosa lacuna permanga nell'ultimo progetto, il testo unificato dell'on. Zaccaria, attualmente assegnato alla I Commissione Affari costituzionali della Camera, che ha visto la luce quando era ormai evidente il fatto che le intese siglate nel 2007 rischiavano di fare la stessa fine di quelle del 2000, dimostrando con ciò un cattivo funzionamento dello strumento regolato dall'art. 8 Cost. e la necessità di apportare dei cambiamenti alla procedura seguita fino a quel momento⁶³.

⁵⁸ È di diverso avviso Cardia il quale ritiene che vi sia un vero e proprio obbligo costituzionale del Governo alla presentazione del disegno di legge di approvazione dell'intesa e che tale obbligo nel caso di interruzione della legislatura si trasmetta anche ai governi successivi. Cfr. C. CARDIA, *Manuale di Diritto Ecclesiastico*, Bologna, 1996, p. 225.

⁵⁹ Cfr. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 134.

⁶⁰ Secondo Finocchiaro l'eventuale mancanza di iniziativa da parte del Governo che ha stipulato l'intesa nel presentarla in Parlamento, non comporta la violazione di alcuna norma costituzionale ma semmai la responsabilità politica dell'esecutivo di fronte al Parlamento. Cfr. Id., *op. ult. cit.*, p. 140.

⁶¹ Così M. RICCA, *Legge e intese con le confessioni religiose. Sul dualismo tipicità/atipicità nella dinamica delle fonti*, Torino, 1996, p. 13.

⁶² Ipotizza la possibilità di prevedere in un testo legislativo, che potrebbe essere la legge generale sulla libertà religiosa, l'obbligo del Parlamento di pronunciarsi entro un termine ragionevole e magari anche quello di motivare la mancata approvazione dell'intesa, B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, p. 94.

⁶³ La proposta di testo unificato all'esame della Commissione Affari costituzionali al riguardo

5. Conclusioni

L'indagine svolta mette in evidenza le discrasie presenti nell'attuale sistema pattizio che riguarda solo alcune confessioni, alle quali ha di fatto conferito una serie di privilegi, escludendo le altre, rimaste soggette ad una legge generale vetusta ed in alcuni punti anche iniqua, la cui perdurante vigenza rende sempre più ampio il divario tra confessioni con e senza intesa⁶⁴.

La via della contrattazione bilaterale, pensata dai Costituenti come il mezzo più efficace per assicurare alle confessioni religiose l'eguale libertà proclamata al I comma dell'art. 8, per parecchi decenni è stata bloccata dall'atteggiamento ostile dei vari governi che di fatto hanno opposto strenua resistenza di fronte alle richieste delle confessioni religiose di iniziare le trattative per la stipulazione delle intese.

La tardiva attuazione dello strumento pattizio lo ha reso inadeguato di fronte ai cambiamenti avvenuti nel frattempo nella composizione della popolazione dal punto di vista religioso, del tutto impensabili quando la norma era stata concepita ed aveva come possibili destinatari pochi culti (valdesi, evangelici, ebrei, greco-ortodossi, legati dalla comune matrice giudaico-cristiana), lasciando intravedere l'effettiva possibilità di concludere un'intesa per tutte le confessioni interessate.

L'aumento dilagante del fenomeno migratorio ha avuto delle evidenti ripercussioni sulla situazione religiosa del Paese, che ha dovuto fare i conti con l'ingresso di numerosi culti provenienti da altri continenti (Asia, Africa, America), alcuni del tutto estranei alle nostre tradizioni ed al nostro tessuto sociale, tanto che proprio per questo hanno anche incontrato delle difficoltà ad essere riconosciuti come religioni, (buddismo e induismo).

Ancora più complesso è l'approccio con l'Islam la cui sempre maggiore diffusione assieme alla consapevolezza dei pericoli che questa può comportare

prevede soltanto che il disegno di legge di approvazione dell'intesa sia presentato *prontamente* dal Governo al Parlamento, ma in sostanza il termine per la presentazione rimane del tutto indefinito. Cfr. *Nuova proposta di testo unificato del relatore adottata dalla Commissione come testo base*, pubblicata in *Dir. eccl.*, 2007/1-2, p. 59.

⁶⁴ Questo divario negli ultimi tempi si è ancora più accentuato in quanto numerose leggi dello Stato (v. ad es la legge sulle ONLUS, d.l. 460/97 e sulla funzione sociale degli oratori, l. 206/03) hanno previsto l'accesso a determinati benefici ed interventi pubblici di favore, limitandolo alla Chiesa cattolica e alle confessioni dotate di intesa, nonostante la Corte costituzionale, già con la sentenza n. 195/1993 in tema di finanziamenti regionali per l'edilizia di culto, avesse affermato il principio che la mancata stipulazione di un'intesa non può costituire motivo di discriminazione tra le confessioni, principio poi ribadito in una sentenza più recente riguardante la stessa materia, la n. 346/2000. Sul punto cfr. V. Tozzi, *Quale regime per i rapporti Stato-chiese in Italia?* In *Dir. eccl.*, 2005/ 2-3, p. 558; Id., *Edilizia di culto (libertà delle confessioni)* in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di R. BOTTA, Napoli, 2006, pp. 335 ss.

(fondamentalismo che può facilmente sfociare in atti terroristici, violazione di diritti inderogabili quali il rispetto della persona umana e l'eguaglianza tra uomo e donna) richiedono uno studio adeguato del fenomeno⁶⁵, e pongono problematiche che non si prestano, almeno nell'immediato, ad essere risolte dalla stipulazione di un'intesa, che potrebbe, invece, essere foriera di ulteriori problemi⁶⁶.

Le intese stipulate nel 2007 denotano rispetto alle sei precedenti una maggiore ripetitività ed uniformità dei contenuti. La corsa all'intesa, vista come unico mezzo per liberarsi dalle disposizioni restrittive del 1929-30 ma anche per godere di non indifferenti privilegi, tra i quali spiccano i vantaggi fiscali, porta le confessioni ad appiattirsi ulteriormente e ad eliminare i loro aspetti più specifici nel timore che questi possano comportare un irrigidimento delle trattative o addirittura precludere la possibilità di raggiungere l'intesa. Si assiste così alla degenerazione dell'istituto che ha perso la sua funzione originaria di strumento atto a fare risaltare le peculiarità delle varie confessioni diventando invece strumento di omologazione.

Questo processo è stato accelerato dalla mancanza di una legge comune sulla libertà religiosa, che logicamente avrebbe dovuto precedere l'inizio della contrattazione bilaterale⁶⁷, che in questo modo sarebbe servita unicamente a fare emergere quelle diversità e specificità delle singole confessioni, non contemplate dalla legge generale, che potevano essere riconosciute dall'ordinamento in quanto non confliggenti con l'insieme dei valori da questo garantiti.

⁶⁵ Un passo avanti in questa direzione è stato fatto dal Ministero dell'interno che con d.m. 13.10.2006 ha affidato ad un Comitato scientifico l'incarico di elaborare una Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione che successivamente è stata acquisita con d.m. 23.04.2007 e alla cui stesura hanno dato un proficuo contributo anche i componenti della Consulta per l'Islam. Il Consiglio scientifico istituito nel 2007 per diffondere la Carta dei valori (composto dagli stessi membri del Comitato e presieduto dal prof. C. Cardia), ha prodotto anche una Relazione che ha studiato in maniera approfondita le caratteristiche dell'insediamento islamico in Italia, ed è nata dal confronto con diverse organizzazioni che hanno approvato il contenuto della Carta dei valori e abbozzato un progetto di Federazione dell'Islam italiano, aprendo delle interessanti prospettive per i futuri rapporti con l'Islam. Il lavoro del Consiglio scientifico, *Relazione sull'Islam in Italia*, è stato pubblicato nel 2008 a cura del Ministero dell'interno.

⁶⁶ In passato è stata tentata anche questa strada e sono state preparate delle bozze d'intesa con 3 diverse associazioni: L'Unione delle Comunità islamiche in Italia (UCOII), la Comunità religiosa islamica (COREIS) e l'Associazione musulmani in Italia (AMI), intese le cui trattative poi si sono arenate anche per la mancanza di un organo che avesse la rappresentanza unitaria della confessione. I documenti sono pubblicati in *QDPE*, 1996/1.

⁶⁷ Sul punto si vedano le osservazioni di Bordonali che dice che: *“Anche la dottrina si è lasciata trascinare in questa china e ha mancato di mettere in luce la precedenza logica della legge comune come guida e come argine contro un uso improprio delle intese. Un errore di fondo, a mio giudizio al quale ora non è facile rimediare”*. Cfr. S. BORDONALI, *L'incidenza del fatto religioso nei percorsi formativi della legge nell'Ordinamento italiano*, di prossima pubblicazione in *Annuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2010.

L'inerzia del legislatore ha prodotto un sistema diversificato di disuguaglianze a tre diversi livelli: Chiesa cattolica, confessioni dotate di intesa, e altre ancora disciplinate dalla vecchia legge sui culti ammessi, ed è difficile ipotizzare come trovare un rimedio dal momento che la legge generale non potrebbe cancellare gli atti bilaterali vigenti, garantiti dagli articoli 7-8 della Costituzione. Ma in ogni caso di una legge organica sulla libertà religiosa non si può più fare a meno perché è impensabile che lo Stato possa stipulare tante intese quanti sono oggi i gruppi religiosi presenti nel territorio e bisogna dare una risposta unitaria in termini di garanzie a tutte le confessioni ed ai loro aderenti, eliminando le norme residue della legislazione del 1929-30 e stabilendo nuovi parametri che nella disciplina dei diversi aspetti riguardanti la loro condizione e la loro attività assicurino alle confessioni il concreto esercizio degli stessi diritti⁶⁸.

Nel complesso sistema di rapporti Stato-chiese appena delineato le intese del 2007 contribuiscono a creare una nuova sotto categoria: quella delle confessioni con intese non ancora approvate, che è stata presa in considerazione in alcune leggi nazionali e regionali per estendere a questi soggetti discipline di favore, differenziando la loro posizione da quella delle confessioni che non hanno avuto accesso allo strumento pattizio. Viene a inserirsi così in modo del tutto arbitrario un nuovo gradino nella scala dei gruppi privilegiati che provoca ulteriore scompiglio alterando il sistema delle fonti⁶⁹.

Si impone dunque una riflessione sulla procedura sin qui seguita per dare attuazione alle intese che, come non si è mancato di sottolineare, presenta delle zone d'ombra che andrebbero colmate, iniziando con lo stabilire dei limiti temporali decorrenti dalla loro stipulazione, superati i quali l'inerzia del Governo (nel presentarle) o del Parlamento (nell'approvarle), ne determini la decadenza. Si eviterebbe così di suscitare ulteriore confusione ed incertezza o di alimentare false aspettative tra i gruppi religiosi che si ritrovano in quella particolare condizione, dando un esempio di chiarezza e un primo segnale di cambiamento, in un momento in cui in tema di politica ecclesiastica sembra imperare solo il caos.

⁶⁸ In merito alla necessità di una legge organica sulla libertà religiosa ed ai possibili contenuti della legge si vedano le opinioni espresse da C. CARDIA, *Concordato, intese, laicità dello Stato. Bilancio di una riforma*, in *QDPE*, 2004/1, p. 29-30; G. CASUSCELLI, *Appunti sulle recenti proposte di legge* cit, pp. 67 ss.; Id., *Libertà religiosa collettiva, e nuove intese con le minoranze confessionali*, in *www.statoechiese.it*, marzo 2008; V. TOZZI, *Religiosità umana, fenomeno religioso collettivo e Costituzione italiana*, in *ibidem*, pp. 9-23; S. BORDONALI, *op. ult. cit.*

⁶⁹ Critica decisamente questo modo di operare G. CASUSCELLI, *Libertà religiosa collettiva* cit.

**SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE AGREEMENTS
STIPULATED ON 4 APRIL 2007 CARRIED OUT BY ART.8.3
OF THE CONSTITUTION AND ABOUT THEIR NON-APPROVAL**

by Anna Sveva Mancuso

Abstract

A radical change of the composition of the population from a religious point of view emerged in the last twenty years of the twentieth century in Italy together with the late unsettled realization of the instrument of agreements with the non-catholic denominations provided by art. 8.3 of the Constitution. We must reflect about continuing to go along with the path traced by the constituents or find other solutions to answer the even more insistent requests made by the large number of religious groups in the country, which are still subject to the obsolete provisions of 1929-1930. The agreements stipulated by Prodi's Government on April 2007 and their failure made evident by the fact that after two years, six of these are still waiting to be presented to Parliament by the Government for approval, show what it is that went wrong and what should be done to modernize the relations between the State and the religious minorities respecting the principles of equal freedom, present in the 3° subsection of art.8 Cost., which should be the main rule of Italian ecclesiastic law.

La Carta Blu UE:
una versione aggiornata della politica del migrante *gastarbeiter*

di Marco Evola

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La garanzia dei sistemi nazionali di reclutamento. - 3. I criteri di ammissione. - 4. Accesso al lavoro e necessità economica. - 5. Lo statuto normativo dei lavoratori altamente qualificati: la residenza. - 6. Segue. La mobilità lavorativa. - 7. Segue. La parità di trattamento. - 8. Segue. La riunificazione familiare. - 9. La migrazione circolare. 10. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, adottato dal Consiglio europeo nella riunione del 15 e 16 ottobre 2008, ha individuato tra i principali interventi relativi alla migrazione legale il rafforzamento dell'attrattiva dell'Unione europea per i lavoratori altamente qualificati (d'ora in poi l.a.q.). Raccogliendo l'indicazione, il Consiglio ha adottato il 25 maggio 2009 la Direttiva 2009/50 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati¹, che rappresenta il primo atto comunitario di disciplina dell'ingresso di un lavoratore non comunitario nel territorio degli Stati membri per lo svolgimento di un'attività lavorativa (art. 1). La base giuridica dell'atto è costituita dall'art. 63 primo comma punto 3 lettera a) e punto 4. Risulta così superata la tesi sostenuta da diversi Stati secondo la quale la CE non avrebbe competenza in materia di determinazione delle condizioni di ingresso di un migrante non comunitario per lo svolgimento di un'attività lavorativa².

¹ G.U. L155/17 del 18 giugno 2009.

² Questa presa di posizione è stata giustificata sul piano giuridico con il fatto che l'art. 63 primo comma punto 3 lett. a) non contiene un riferimento espresso al potere della CE di disciplinare le condizioni di ingresso di cittadini provenienti dagli Stati terzi per l'esercizio di un'attività lavorativa, ma stabilisce, con una previsione di carattere generale, che il Consiglio adotta misure in materia di politica dell'immigrazione le quali riguardano le «condizioni di ingresso e soggiorno nel territorio e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare». La formulazione del testo costituisce la manifestazione paradigmatica della ritrosia dei Paesi membri a cedere

L'esigenza di una disciplina comunitaria avente ad oggetto i l.a.q. nasce dalle trasformazioni che si sono prodotte nell'attività economica nell'era della globalizzazione. La crescente applicazione della tecnologia ai processi di produzione della ricchezza ha avviato negli anni novanta del secolo scorso la transizione da un sistema economico basato sulle attività produttive ad un modello di economia fondata sulla conoscenza³, determinando un aumento della domanda di lavoratori che dispongono di un patrimonio di conoscenze specialistiche. L'offerta di lavoro da parte dei cittadini non permette, però, di soddisfare questa domanda sicché i l.a.q. hanno finito per costituire una porzione particolarmente importante dei flussi migratori⁴, altro elemento che caratterizza l'economia della globalizzazione. Il bisogno di colmare lacune esistenti nel mercato del lavoro ha indotto diversi Stati europei ad abbandonare la politica della "immigrazione zero" e ad adottare discipline finalizzate a favorire l'accesso dei l.a.q., utilizzando a tal fine procedure semplificate e più rapide o assicurando loro uno statuto privilegiato rispetto alla generalità dei lavoratori migranti⁵.

Le iniziative assunte dai Paesi membri hanno finito per intersecare l'azione della CE sul duplice piano della formazione di una politica comune dell'immigrazione e della realizzazione della strategia di Lisbona⁶, che ha fissato l'obiettivo di trasformare la CE entro il 2010 nell'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo. Questi due piani sono peraltro collegati in ragione della denatalità e dell'invecchiamento della popolazione europea che rendono necessario il ricorso a manodopera proveniente dai Paesi terzi⁷.

alla CE la propria competenza in materia di immigrazione economica e risponde, in particolare, alla richiesta avanzata dalla Germania durante i lavori della conferenza intergovernativa. Cfr. in dottrina P. DE BRUYCKER, *L'emergence d'une politique européenne d'immigration*, in *L'emergence d'une politique européenne d'immigration*, sous la direction de P. De Bruycker, Bruxelles, 2003, p. 16 ss; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino 2006, p. 143-144, J. APAP, *Recent Developments as regards European Migration Policy in view of an Enlarged Europe*, nel volume dalla stessa edito *Justice and Home Affairs in the EU: Liberty and Security Issues after Enlargement*, Northampton, 2004, p. 175 ss.; E. GUILD e S. PEERS, *Out of the Ghetto? The Personal Scope of EU Law*, in *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary*, eds. S. Peers, N. Rogers, Leiden, 2006, p. 81 ss, p 101 ss.

³ Cfr. P. ZALETEL, *Competing for the Highly Skilled Migrants: Implications for the EU Common Approach on Temporary Economic Migration*, in *European Law Journal*, 2006 p. 613 ss.

⁴ Cfr. OIL Committee on Migrant Workers, *Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy*, predisposto per i lavori della 92esima Sessione della Conferenza generale del 2004, reperibile sul sito internet dell'OIL all'indirizzo <http://www.ilo.org>, p. 19.

⁵ Cfr. J. APAP, *Shaping Europe's Migration Policy: New Regimes for the Employment of Third Country Nationals: A Comparison of Strategies in Germany, Sweden, the Netherlands and the UK*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, p. 309; N. DIEZ GUARDIA and K. PICHELMANN, *Labour Migration Patterns in Europe: Recent Trends, Future Challenges*, Economic Papers No. 256, European Economy, DG for Economic and Financial Affairs, European Commission, Brussels, 2006; P. ZALETEL, *Competing*, cit. p. 619 ss.

⁶ La Strategia di Lisbona è stata approvata dal Consiglio europeo del 23 e 24 marzo 2000.

⁷ Il Programma dell'Aja, *Rafforzamento della Libertà, della Sicurezza e della Giustizia nel-*

L'introduzione a livello nazionale di un quadro di regole sui l.a.q. non ha consolidato la capacità di concorrenza dell'economia europea nella caccia internazionale ai talenti⁸, ma ha finito per alimentare una pernicioso competizione tra i diversi Paesi comunitari. Tuttavia, quest'attività normativa ha creato le condizioni che hanno reso politicamente praticabile un'azione comunitaria nel settore in questione. Si comprende così agevolmente la ragione per la quale la Commissione, tra le diverse iniziative programmate nel Piano d'azione sull'immigrazione legale⁹, abbia accordato rilievo prioritario ai l.a.q. e abbia così presentato nel 2007 la Proposta di direttiva (d'ora in poi la Proposta) che ha avviato il processo normativo conclusosi con l'atto che qui si commenta.

L'assetto di disciplina delineato dalla Direttiva risulta preordinato al conseguimento di due obiettivi. Il primo è costituito dalla creazione di strumenti che permettano alla CE di reagire rapidamente alla domanda fluttuante di manodopera straniera nel mercato del lavoro¹⁰. In rapporto alla difficoltà di attirare e trattenere i l.a.q., la Direttiva affida la garanzia della competitività e della crescita dell'economia della CE all'introduzione di una procedura di ammissione accelerata per questi lavoratori migranti e per i loro familiari e all'attribuzione in loro

l'Unione europea, approvato dal Consiglio europeo del 4 e 5 novembre 2004, riconosce espressamente che la migrazione legale contribuirà all'attuazione della strategia di Lisbona.

⁸ La Commissione europea, *Proposta di direttiva del Consiglio sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati*, COM (2007) 637 def. del 23 ottobre 2007, ha osservato che per l'87% dei lavoratori di origine maghrebina in possesso di qualifiche medie gli Stati dell'Unione europea costituiscono la principale destinazione, mentre il 54% dei l.a.q. provenienti dagli stessi Paesi privilegia gli Stati Uniti e il Canada come Paesi di immigrazione

⁹ La Commissione europea nel *Piano d'azione sull'immigrazione legale*, COM (2005) 669 def. del 21 dicembre 2005, ha prospettato una strategia mirata a rispondere al fabbisogno delle economie nazionali di singole figure lavorative, proponendo l'adozione di quattro direttive specifiche, chiamate a introdurre procedure semplificate di accesso al mercato del lavoro a favore di altrettante categorie di lavoratori: i l.a.q., i lavoratori stagionali, i tirocinanti retribuiti e i lavoratori in trasferimento all'interno di società multinazionali. Nel Piano d'azione si prefigura, altresì, l'adozione di una direttiva-quadro avente ad oggetto un sistema di diritti in favore dei lavoratori non comunitari che non beneficiano dello *status* di soggiornanti di lungo periodo. Nel rispetto dei tempi programmati, la Commissione ha dato seguito a questa parte del Piano e nel mese di ottobre del 2007 ha presentato la *Proposta di direttiva relativa ad una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro*, COM (2007) 638 def. del 23 ottobre 2007. Per un esame della proposta cfr. il nostro *Verso una politica comune dell'immigrazione economica non comunitaria? Luci e ombre della proposta di direttiva della Commissione europea sul rilascio di un permesso unico e su un insieme di diritti per i lavoratori non comunitari*, in *L'uniformazione giuridica nel quadro delle istituzioni e politiche europee*, Atti del Convegno di Campobasso del 14 e 15 maggio 2009, in corso di pubblicazione e alla letteratura ivi citata sulla strategia della Commissione.

¹⁰ Considerando n. 4.

favore di diritti sociali ed economici pari a quelli dei cittadini dello Stato di destinazione in una serie di settori¹¹. La Carta blu UE, rilasciata all'esito della prefigurata procedura, costituisce titolo di ingresso nel territorio e di accesso allo svolgimento dell'attività lavorativa e, nel medesimo tempo, condensa i privilegi in cui si risolve lo statuto normativo accordato a questa categoria di lavoratori. L'adozione di una normativa comunitaria dovrebbe eliminare la concorrenza tra i Paesi membri ed esaltare il valore aggiunto dell'esperienza comunitaria, costituito dall'offerta ai l.a.q. della possibilità di circolare all'interno dei 27 Paesi membri.

Sulla base di questa considerazione la giustificazione dell'atto proposto alla stregua del principio di sussidiarietà è individuata nella mobilità intracomunitaria, che non può essere assicurata dai singoli Stati membri, ma solo da una normativa approvata dalla CE¹².

La seconda finalità perseguita dalla Direttiva è rappresentata dalla configurazione di un sistema di migrazione circolare¹³ che, nell'elaborazione della Commissione¹⁴, dovrebbe consentire di rendere proficua la migrazione non solo per lo Stato di destinazione, ma anche per quello di origine del migrante, nonché per il migrante stesso. Infatti, attraverso la garanzia della libertà di movimento tra il Paese di origine e lo Stato di immigrazione il lavoratore migrante è posto nella condizione di investire nel proprio Paese le risorse guadagnate, così come di mettere a frutto il *know how* acquisito e l'esperienza maturata.

Il conseguimento degli indicati scopi esige l'adozione di regole capaci di pervenire ad un elevato grado di armonizzazione dei sistemi nazionali, soprattutto al fine evitare i guasti connessi alla concorrenza tra gli Stati nell'accaparramento dei l.a.q. Il risultato dei compromessi raggiunti in seno al Consiglio, anche in ragione del condizionamento connesso al diritto di veto di cui dispongono gli Stati, risulta, invece, piuttosto modesto, come emergerà dall'analisi delle principali disposizioni alle quali è affidata la realizzazione degli obiettivi della normativa. Infatti, il ricorso a tecniche di regolazione sperimentate in precedenti atti comunitari¹⁵, costituite dalle *may clauses*, dalla facoltà di deroga, dalla rimessione alla discrezionalità dei legislatori nazionali della disciplina di diversi istituti, dal rinvio alla normativa nazionale, lascia ai singoli Stati ampi margini di

¹¹ Considerando n. 7.

¹² Considerando n. 25.

¹³ Considerando n. 21, 22 e 24.

¹⁴ Commissione delle Comunità europee, *Migrazione e sviluppo: orientamenti concreti*, COM (2005) 390 def. del 1 settembre 2005; Commissione delle Comunità europee, *Migrazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione europea e i paesi terzi*, COM (2007) 248 def. del 16 maggio 2007.

¹⁵ P. DE BRUYCKER, *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile*, in, *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, sous la direction de F. Julien-Laferrère, H. Labayle, Ö. Edström, Bruxelles, 2005, p. 45 ss.

manovra sia nella determinazione delle condizioni di ingresso che nella definizione dei diritti da accordare ai l.a.q., impedendo l'armonizzazione dei regimi giuridici nazionali.

Inoltre, lo statuto normativo prefigurato non appare idoneo ad attrarre i lavoratori migranti. Infatti, il principio della parità di trattamento è limitato ad alcuni aspetti del trattamento giuridico e può essere derogato dagli Stati in rapporto a diversi istituti. Peraltro, in non pochi casi il livello di tutela assicurato dalla Direttiva risulta inferiore a quello stabilito dalle convenzioni internazionali che proteggono i diritti dei lavoratori migranti.

Infine, la migrazione circolare è collocata in funzione ancillare rispetto alla finalità di rispondere alla domanda fluttuante di manodopera.

L'esito del processo normativo è così rappresentato dalla frustrazione della volontà di consolidare la capacità di attrazione del mercato comunitario.

2. *La garanzia dei sistemi nazionali di reclutamento*

A dispetto degli obiettivi proclamati, la normativa adottata permette agli Stati di determinare in autonomia la politica relativa all'ingresso dei l.a.q. e di modellare la fisionomia dei sistemi ad essi relativi in modo da assicurarne la capacità di concorrenza.

Un chiaro indice dell'effettiva volontà sottesa alla Direttiva si rinviene innanzitutto nel fatto che la procedura di ingresso introdotta è destinata ad aggiungersi e non a sostituirsi a quelle esistenti negli ordinamenti nazionali. In base a quanto stabilito dall'art. 3 § 4, con una previsione non contenuta nella Proposta, è fatta salva la facoltà dei Paesi comunitari di «rilasciare permessi di soggiorno diversi dalla Carta blu UE per qualsiasi scopo occupazionale». La norma, dunque, riguarda anche l'accesso al lavoro dei l.a.q.¹⁶ e non solo permette la conservazione delle regole già adottate, ma offre altresì agli Stati la possibilità di affiancare alla procedura di matrice comunitaria un autonomo sistema di regolazione degli ingressi. Infatti, la disposizione non è concepita come una clausola di *standstill*. Il migrante che abbia ottenuto il permesso di soggiorno sulla base di procedure diverse non potrà, però, beneficiare delle norme sulla circolazione intracomunitaria che definiscono la condizione dei titolari della Carta blu UE.

Il timore di un appiattimento delle esperienze nazionali sulla disciplina comunitaria, sotteso all'art. 3 § 4, costituisce la *ratio* della regola che concede

¹⁶ Ancorché la Proposta non contemplasse la regola in esame, la dottrina aveva espresso il timore che l'articolato normativo elaborato dalla Commissione non conducesse alla caducazione delle procedure configurate dagli Stati membri per il reclutamento dei l.a.q. Cfr. in proposito E.COLLET, *The Proposed European Blue Card System: Arming for the Global War on Talent?*, reperibile all'indirizzo internet: <http://www.migrationinformation.org/Feature/print.cfm?ID=667>.

agli Stati la facoltà di accordare, in materia di ingresso, un trattamento di maggior favore rispetto alla soglia salariale nel caso di spostamento in un secondo Stato membro (art. 4 § 2 lett. a)). Risulta così parzialmente abbandonata l'impostazione della Commissione che non intendeva lasciare alcun potere agli Stati in rapporto alle condizioni di ingresso. Ai Paesi membri, inoltre, è data la possibilità di modellare con una certa autonomia diversi profili di disciplina, derogando in *melius* alle regole della Direttiva in materia di procedura, mobilità lavorativa, disoccupazione temporanea, parità di trattamento, ricongiungimento familiare e rapporto tra assenza dal territorio e conservazione dello *status* di soggiornante di lungo periodo (art. 4 § 2 lett. b)).

Nella stessa prospettiva la Direttiva fa salve le disposizioni più favorevoli contenute non solo negli accordi conclusi dalla CE e/o dagli Stati con i Paesi terzi (art. 4 § 1 lett. a)), ma anche negli accordi bilaterali o multilaterali conclusi dagli Stati membri con i Paesi terzi (art. 4 § 1 lett. b)).

Sulla medesima linea della garanzia delle scelte normative statali si colloca la definizione dell'elemento cardine dell'impianto normativo, destinato a circoscrivere il campo di applicazione della Direttiva: la nozione di l.a.q.¹⁷.

Il Consiglio è intervenuto in maniera incisiva sul testo della Commissione, la quale aveva inteso elaborare una formula unitaria, limitando l'area di applicazione della Direttiva ai lavoratori subordinati¹⁸ che fossero in possesso di un titolo di istruzione superiore o che avessero maturato almeno tre anni di esperienza professionale equivalente (art 2 lett. b) della Proposta).

La Direttiva, invece, ha impostato su basi diverse la questione della individuazione del campo di applicazione della normativa.

L'art. 2 lettera b) definisce lavoro altamente qualificato il lavoro di una persona che «nello Stato membro interessato, è tutelata in quanto lavoratore dal diritto nazionale del lavoro e/o in conformità della prassi, indipendentemente dal rapporto giuridico, al fine di esercitare un lavoro reale ed effettivo per conto o sotto la direzione di un'altra persona». A questo primo elemento la previsione aggiunge la percezione della retribuzione e il possesso di una competenza specifica e adeguata, suffragata da qualifiche professionali superiori.

¹⁷ La scienza statistica ha elaborato una nozione di lavoratore migrante altamente qualificato in base alla quale sono tali gli individui in possesso di un'istruzione di carattere universitario. Per ragioni di natura pratica alla figura del lavoratore migrante altamente qualificato sono ricondotti anche coloro i quali sono in possesso della formazione necessaria per lo svolgimento di determinate attività, ancorché non abbiano conseguito un'istruzione universitaria. Per un'efficace sintesi dei problemi definitivi si rinvia a P. ZALETEL, *Competing*, cit. p. 616, e alla letteratura ivi citata.

¹⁸ La definizione della nozione di lavoratore subordinato era affidata agli elementi dell'esecuzione della prestazione sotto la direzione di altri, della sua proiezione nel tempo e della percezione della retribuzione indicati dalla Corte di Lussemburgo. Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, causa C-66/85, sentenza del 3 luglio 1986. In dottrina cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, IV Ed., Padova, 2007, p. 77 ss.

Per effetto della soluzione adottata non si ha una nozione unitaria di l.a.q., ma questo dovrà essere individuato alla stregua delle regole nazionali. In particolare, occorrerà avere riguardo al fatto che la tutela assicurata al prestatore di lavoro sia quella propria dei lavoratori, indipendentemente dal rapporto giuridico all'interno del quale l'attività lavorativa è eseguita. Agli Stati è stata così garantita la possibilità di forgiare la procedura semplificata in funzione di esigenze specifiche della struttura economica nazionale attraverso la determinazione del perimetro applicativo della Direttiva, atteso che spetta ai legislatori nazionali stabilire quale sia il livello di tutela minimo esigibile affinché il prestatore possa essere considerato un lavoratore. In questa prospettiva si comprende agevolmente la scelta del Consiglio di estendere la sfera di applicazione della Direttiva ai lavoratori parasubordinati. La norma, infatti, considera in via alternativa l'attività prestata sotto la direzione altrui e quella svolta per conto di altri, elemento quest'ultimo riferibile alle diverse tipologie contrattuali nelle quali prendono forma i rapporti di lavoro che non hanno natura subordinata, ma che partecipano in vario grado delle guarentigie assicurate ai lavoratori subordinati.

La regola nasce sicuramente dalla considerazione del fatto che i l.a.q. sono impiegati anche attraverso l'utilizzo dei contratti di lavoro parasubordinato, ma soddisfa essenzialmente le esigenze dei singoli Stati, rendendo ancora più complesso il problema della individuazione del livello di tutela esigibile.

Il rinvio agli ordinamenti nazionali determina, inoltre, una frattura importante rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che da sempre ricorre ad una nozione autonoma di lavoratore subordinato poiché altrimenti «sarebbero compromesse le norme comunitarie in materia di libera circolazione dei lavoratori, giacché la portata di queste espressioni potrebbe venir fissata e modificata unilateralmente, eludendo il controllo delle istituzioni comunitarie, dalle norme nazionali, che potrebbero quindi escludere ad libitum determinate categorie di persone dalla sfera di applicazione del trattato»¹⁹.

La scelta di privilegiare l'autonomia dei legislatori nazionali è prevalsa anche nella disciplina delle qualifiche professionali superiori che devono suffragare la competenza specifica e adeguata del l.a.q. Abbandonando l'equiparazione prevista dalla Proposta, il Consiglio ha dato rilievo ai titoli di istruzione superiore e ha ammesso l'esperienza professionale solo «a titolo di deroga, se previsto dalla normativa nazionale» (art. 2 lettera g)). La regola permette agli Stati di organizzare la materia delle qualifiche professionali superiori con ampia discrezionalità, anche in ragione del fatto che la norma non configura una *standstill clause*. La disposizione offre altresì ai Paesi membri uno strumento di irrigidimento del meccanismo di reclutamento legato alla procedura in questione, come

¹⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Levin c. Staatssecretaris van justitie*, causa C-53/81, sentenza del 23 marzo 1982.

peraltro conferma l'aver elevato da tre a cinque anni il periodo minimo di esercizio della professione. Si determina così una restrizione degli spazi di ingresso legale.

La normativa sulle qualifiche professionali superiori è destinata ad esaltare la discrezionalità statale anche sotto altro profilo. Infatti, tali qualifiche possono essere attestate dall'esperienza professionale a condizione che questa sia «di livello paragonabile ai titoli di istruzione superiore e pertinente nella professione o nel settore specificati nel contratto di lavoro o nell'offerta vincolante di lavoro» (art. 3 lettera g)). La definizione del concetto di «livello paragonabile» non appare semplice²⁰ e si presta, dunque, a dilatare l'area di manovra delle autorità statali.

Dall'esame di queste disposizioni emerge, peraltro, un'altra caratteristica della Direttiva. In relazione agli ampi margini lasciati ai Paesi membri, appare evidente che la disciplina introdotta non sia idonea a soddisfare l'esigenza di certezza delle regole e di coerenza nella loro applicazione di cui sono portatrici le imprese allorché decidono di procedere all'assunzione di lavoratori stranieri²¹.

3. *I criteri di ammissione*

La tendenza rilevata a garantire l'interesse degli Stati nel controllo della politica migratoria trova una conferma nelle norme sull'ingresso, le quali possiedono una limitata attitudine armonizzatrice e subordinano l'accesso al lavoro alla sussistenza di una condizione di necessità economica.

Il timore dei Paesi membri di cedere competenze alla CE emerge dal considerando 11 del Preambolo nel quale si afferma che la Direttiva «rispetta pienamente le competenze degli Stati membri, in particolare in materia di occupazione, lavoro e questioni sociali». Coerentemente con questa impostazione, la norma di chiusura del sistema dei criteri di ammissione fa salvi «i contratti collettivi o gli usi applicabili nei pertinenti settori occupazionali per lavori altamente qualificati» (art. 5 § 6). Il regime dei criteri di ammissione non è, dunque, esaurito dalle previsioni della Direttiva, ma è destinato ad essere integrato dalle regole fissate a livello nazionale dalle parti sociali o dalle pratiche relative ai singoli settori economici di riferimento.

Un limite all'armonizzazione discende altresì dall'art. 5 § 1, in base al quale il lavoratore deve essere in possesso di un contratto di lavoro valido che abbia

²⁰ Anche la Proposta della Commissione faceva ricorso ad una nozione, quella di «equivalenza» dell'esperienza professionale, di difficile definizione, come messo in rilievo da E. GUILD, *EU Policy on Labour Migration. A First Look at the Commission's Blue Card Initiative*, CEPS Working Document No. 145, CEPS, Brussels, 2007, p. 3.

²¹ Cfr. E. GUILD, *EU Policy*, cit. p. 3.

durata di almeno un anno. Solo se previsto dalla legislazione nazionale, l'ammissione può essere consentita al migrante che abbia un'offerta di lavoro vincolante, sempre per un periodo minimo di un anno. Il Consiglio non ha accolto la soluzione profilata dalla Commissione, che equiparava contratto e offerta di lavoro, lasciando la relativa decisione ai legislatori nazionali.

Nella medesima prospettiva assume rilievo centrale la regolamentazione della soglia salariale minima. La Proposta stabiliva all'art. 5 § 2 che gli Stati fissassero il salario mensile lordo in misura non inferiore ad almeno tre volte il salario stabilito dalla legislazione nazionale. Qualora la materia salariale non fosse stata regolata sul piano legislativo, sarebbe stato assunto a parametro di riferimento il reddito minimo in relazione al quale è previsto l'intervento del sistema di assistenza sociale.

La Direttiva ha mantenuto l'ancoraggio ai parametri nazionali, ma ha dimezzato la soglia salariale. Infatti, l'art. 5 § 3 dispone in linea generale che lo stipendio annuale lordo «non è inferiore alla relativa soglia salariale definita e pubblicata a tal fine dagli Stati membri, il cui ammontare corrisponde ad almeno una volta e mezza lo stipendio medio annuale nello Stato membro interessato». La scelta di legare il compenso dei l.a.q. ai livelli di stipendio nazionali costituisce un limite all'armonizzazione dei sistemi normativi nazionali, in ragione della profonda diversità che esiste sul piano dei trattamenti salariali tra gli Stati comunitari. L'impiego del concetto di stipendio medio annuale lordo, inoltre, non contribuisce alla certezza del quadro normativo e permette agli Stati un'ampia autonomia regolatrice. I criteri della situazione e organizzazione dei mercati del lavoro nazionali e delle politiche in materia di immigrazione, che il Preambolo²² indica ai fini della fissazione della soglia salariale, non concorrono a dare pregnanza al parametro di riferimento impiegato dalla norma e finiscono per accentuare le differenze di disciplina tra Stati in ragione della diversità dei contesti economici. In rapporto alle indicate difficoltà costituisce un correttivo solo parziale la facoltà accordata dalla regola del § 4 dell'art. 5, secondo la quale i Paesi membri possono esigere che siano soddisfatte le condizioni previste dalle leggi applicabili, dai contratti collettivi e dagli usi nei relativi settori occupazionali per i lavori altamente qualificati. Infatti, soprattutto con riferimento ai rapporti parasubordinati, possono non rinvenirsi regole, pur nella pluralità delle fonti contemplate.

La riduzione della soglia salariale lascia maggiore libertà ai Paesi membri, anche in ragione del potere loro attribuito dalla norma e reso palese dall'uso del termine «almeno» di introdurre un livello salariale più elevato. Non può non rilevarsi, peraltro, il rischio implicito in questa facoltà che il ricorso ad essa possa tradursi nella fissazione di una soglia retributiva talmente elevata da rendere oltremodo difficile l'integrazione della condizione richiesta ai fini dell'am-

²² Considerando n. 10.

missione²³. Inoltre, ci sembra che l'abbassamento della soglia salariale possa accrescere la competizione tra lavoratori comunitari e lavoratori provenienti da Stati terzi e determinare una riduzione generalizzata degli standard di protezione. Sotto questo profilo la Direttiva riproduce a livello comunitario un meccanismo caratteristico delle discipline nazionali, consistente nell'utilizzare i lavoratori migranti, che rappresentano il segmento più debole del mondo della produzione della ricchezza, per intervenire sul sistema complessivo delle garanzie dei prestatori di lavoro.

Sempre nell'intento di offrire agli Stati il potere di delineare l'assetto della disciplina in funzione di esigenze particolari, l'art. 5 § 5 prevede che la soglia salariale possa essere ridotta ad almeno 1,2 volte il salario medio annuale lordo al fine di fronteggiare i problemi connessi con la mancanza di offerta nel mercato domestico e favorire l'occupazione in professioni che necessitano in particolare di cittadini di Paesi terzi e che appartengono ai gruppi principali 1 e 2 della ISCO²⁴.

Particolarmente ampie sono le facoltà di cui gli Stati dispongono nella regolamentazione della presentazione della domanda, in ragione dell'articolato regime giuridico dedicato alla materia. La Direttiva chiama gli Stati a decidere se la domanda deve essere presentata dal lavoratore o dal datore di lavoro (art. 10 § 1). In linea generale, la domanda può essere presentata sia quando il migrante soggiorna fuori dal territorio dello Stato, sia quando soggiorna in questo in quanto titolare di un permesso di soggiorno valido (art. 10 § 2). Tuttavia gli Stati possono prevedere, sulla base della legislazione vigente al momento dell'adozione della Direttiva, che la domanda sia presentata unicamente dal di fuori del territorio dello Stato (art. 10 § 4). Questa clausola, non contemplata dalla Proposta, è in linea con la tendenza degli Stati a trasferire fuori dal territorio la gestione e il controllo dei flussi migratori²⁵.

Quest'ultima deroga mette in luce un altro limite della Direttiva rispetto all'obiettivo di favorire l'afflusso di l.a.q.: l'introduzione di una serie di restrizioni o di clausole che limitano l'ingresso.

La norma sul possesso di un contratto, prima esaminata, implica la preesistenza di un contatto tra datore di lavoro e lavoratore, ciò che non sempre appare

²³ Il contrasto tra questa facoltà, riconosciuta anche dalla Proposta, e l'esigenza di certezza delle imprese è messo in evidenza da E. GUILD, *EU Policy*, cit. p. 5.

²⁴ L'International Standard Classification of Occupations (ISCO), elaborata dall'OIL, è una delle principali classificazioni internazionali. Il gruppo 1 riguarda i *managers*, mentre il gruppo 2 i *professionals*. Il Consiglio non ha, invece, inteso conservare il regime di deroghe previsto dalla Proposta per i richiedenti di età inferiore ai trent'anni al fine di agevolare il rilascio in loro favore della Carta blu UE.

²⁵ Di segno opposto è, invece, la facoltà di deroga, contemplata dall'art. 10 § 3, in base alla quale gli Stati possono accettare, conformemente alle rispettive leggi nazionali, che la domanda sia presentata quando il cittadino sia legalmente presente sul territorio dello stato, benché non possieda un permesso di soggiorno valido.

agevole, soprattutto se la domanda deve essere presentata quando il migrante si trova fuori dal territorio. Peraltro, l'aver escluso che l'ingresso sia consentito per la ricerca di un'attività lavorativa non contribuisce certamente ad attirare i l.a.q.

Un ostacolo all'ingresso può altresì derivare dalla disciplina della professione oggetto del contratto. Infatti, se questa rientra nell'ambito delle professioni regolamentate, il lavoratore è tenuto a rispettare i requisiti prescritti dalla legislazione nazionale, mentre, nel caso di professioni non regolamentate, il lavoratore deve presentare i documenti che attestino il possesso delle necessarie qualifiche professionali superiori (art. 5 § 1 lettere b) e c)). L'applicazione della norma non appare agevole se si considera che la regolamentazione delle professioni ha rappresentato nell'esperienza comunitaria uno dei maggiori limiti alla libera circolazione. Inoltre, le difficoltà rispetto al riconoscimento dei titoli di istruzione superiore e alla definizione della nozione di «livello paragonabile» offrono alle autorità statali la possibilità di limitare l'ammissione dei l.a.q.

Infine, può rendere più complesso l'ottenimento della Carta blu UE il possesso di un'assicurazione contro le malattie che copra i rischi contro i quali sono normalmente coperti i cittadini dello Stato membro interessato (art. 5 § 1 lett. e)), criterio richiesto con il chiaro intento di impedire che il l.a.q. diventi un onere per il sistema sociale dello Stato ospite. L'acquisizione di una simile copertura non è, però, sempre facile. La regola, peraltro, non appare in linea con gli standard internazionali di tutela dei lavoratori migranti²⁶. Infatti, l'imposizione dell'obbligo di una copertura assicurativa ai fini dell'accesso al lavoro si traduce in un trattamento deteriore dei lavoratori non comunitari rispetto a quelli comunitari, in contrasto con il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità formulato dall'art. 6 della Convenzione OIL n. 97 *Migration for Employment*²⁷ e con l'obbligo, sancito dall'art. 19 della Convenzione europea sullo statuto giuridico dei lavoratori emigranti²⁸, di garantire ai lavoratori immigrati e alle loro famiglie l'assistenza sanitaria alle medesime condizioni assicurate ai cittadini. In ragione di questo contrasto la previsione della Direttiva non troverà applicazione negli Stati che hanno ratificato le indicate Convenzioni (art. 4 § 1 lett. b).

4. *Accesso al lavoro e necessità economica*

La volontà di lasciare agli Stati il governo del mercato del lavoro trova uno sviluppo coerente nella facoltà loro concessa di ricorrere al sistema delle quote e al principio della preferenza comunitaria.

²⁶ Cfr. E. GUILD, *EU Policy*, cit. p. 5.

²⁷ Adottata in data 1 luglio 1949 ed entrata in vigore il 22 gennaio 1952.

²⁸ Aperta alla ratifica il 24 novembre 1977 ed entrata in vigore in data 1° maggio 1983.

L'art. 6 riconosce il diritto degli Stati di determinare le quote di ammissione dei cittadini provenienti da un Paese terzo che fanno ingresso nel territorio per lo svolgimento di un lavoro altamente qualificato²⁹. L'utilizzo delle quote prescinde, quindi, dal fatto che i Paesi comunitari adottino tale regime in relazione all'intero spettro di attività di produzione della ricchezza e consente di introdurre uno specifico sistema riferito ai soli l.a.q. Emerge, peraltro, da questa disposizione che la politica degli ingressi realizzata dalla Direttiva è funzionale al controllo dei flussi migratori, anche perché la norma dà agli Stati la possibilità di consolidare la pratica di garantire un certo numero di ingressi a favore dei cittadini dei Paesi terzi che collaborano nel contrasto dell'immigrazione irregolare.

L'introduzione del regime delle quote in rapporto ai l.a.q. deve essere messa in rapporto con l'art. 79 § 5 del Trattato di Lisbona, che riconosce espressamente il «diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo». Il principio è stato di recente ribadito nel Patto sull'immigrazione e l'asilo in cui costituisce uno dei cardini della politica dell'immigrazione legale delineata dai Capi di Stato e di governo.

Per quanto riguarda le quote deve, inoltre, dirsi che gli Stati conservano il potere di non concedere permessi di soggiorno a fini occupazionali per alcune professioni, per alcuni settori economici o regioni. Questa indicazione, contenuta nel Preambolo³⁰, consente di meglio apprezzare l'estensione effettiva delle attribuzioni statali in materia di organizzazione del mercato del lavoro, atteso che le prerogative il cui possesso è riconosciuto permettono di escludere dai processi migratori determinate porzioni del mercato, individuate sulla base di specifici obiettivi di politica del lavoro e dell'occupazione.

I margini di manovra così assicurati ai Paesi membri sono destinati a conoscere un'ulteriore espansione in virtù della facoltà loro attribuita di fare ricorso al principio della preferenza comunitaria. L'art. 8 § 2 prevede che gli Stati, nell'esame di una domanda di rilascio della Carta blu UE «possono valutare la situazione del mercato del lavoro nazionale e applicare le procedure nazionali relative alla copertura dei posti vacanti». In particolare, la disposizione accorda la facoltà di accertare se i posti vacanti non possano essere coperti da lavoratori nazionali o comunitari, da cittadini provenienti da Paesi terzi che soggiornano

²⁹ Il considerando n. 8 del Preambolo indica che nella categoria di quanti entrano ai fini della prestazione di un lavoro altamente qualificato dovrebbero essere compresi anche i migranti che intendano rimanere sul territorio per l'esercizio di un'attività economica retribuita e che siano già soggiornanti nello Stato in forza di altri regimi, come gli studenti che hanno completato gli studi, ammessi sulla base della Direttiva 2004/114, e i ricercatori, ammessi in forza della Direttiva 2005/71. Studenti e ricercatori non devono però beneficiare di un diritto consolidato di accesso al mercato del lavoro in forza del diritto comunitario o nazionale.

³⁰ Considerando n. 8.

legalmente nello Stato e che fanno già parte del mercato del lavoro interno in forza della legge nazionale o comunitaria, ovvero dai soggiornanti di lungo periodo che desiderano trasferirsi nello Stato membro per lo svolgimento di un lavoro altamente qualificato, secondo quanto previsto dalla Direttiva 2003/109³¹.

Per comprendere l'ampiezza della libertà valutativa di cui godono gli Stati in virtù della norma si deve considerare che la nozione di «situazione del mercato del lavoro» è generica e suscettibile di coprire un'ampia gamma di misure di politica del lavoro, tutte riferibili a quel concetto e determinate in assoluta autonomia.

La protezione del governo del mercato del lavoro è, altresì, affidata ad un'ulteriore facoltà offerta agli Stati dall'art. 12 § 4, in base al quale l'accesso al lavoro può essere limitato rispetto ad alcune attività nei casi in cui la legislazione statale o la normativa comunitaria riservino queste ai cittadini dello Stato, a quelli dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo. La regola considera la disciplina «in vigore» senza ulteriore specificazione e sembrerebbe dunque non dare vita ad una clausola di *standstill*, con conseguente dilatazione dei poteri dei legislatori statali.

Infine, i Paesi membri possono limitare l'accesso al lavoro con riguardo alle attività che comportano, anche in via occasionale, la partecipazione all'esercizio dell'autorità pubblica e la responsabilità della salvaguardia degli interessi generali dello Stato, qualora esse siano riservate, in conformità alla legge dello Stato stesso o alle regole comunitarie, ai cittadini nazionali (art. 12 § 3).

L'analisi delle regole che riguardano i criteri di ammissione e i poteri di governo del mercato del lavoro ci permette di giungere ad alcune conclusioni in ordine all'accesso al lavoro dei l.a.q.

La prima attiene al rapporto tra la Direttiva e l'elaborazione di una politica comune, alla formazione della quale la normativa certamente non contribuisce.

Infatti, l'intero sistema prefigurato è imperniato sulla discrezionalità statale sia nella disciplina dei criteri di ammissione, sia nella valutazione della ricorrenza delle condizioni del mercato che giustificano il rilascio della Carta blu UE.

A questa conclusione è connessa quella che riguarda la posizione giuridica del migrante.

Il possesso da parte del l.a.q. di tutti i criteri stabiliti ai fini dell'ammissione non garantisce l'ingresso, che è consentito sulla base della detta valutazione discrezionale³².

³¹ Direttiva CE 2003/109 del 25 novembre 2003 *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo* in GU L16/44 del 23 gennaio 2004. La Proposta disciplinava in maniera diversa il principio della preferenza comunitaria con riguardo ai lavoratori non comunitari. L'art. 9 prevedeva, infatti, che gli Stati potessero dare la preferenza ai cittadini provenienti dagli Stati terzi nei casi previsti dalla legislazione comunitaria, nonché ai cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente negli Stati membri interessati e beneficiano in quelli di un sussidio di disoccupazione.

³² La Commissione aveva dato la medesima impostazione alla materia, chiarendo nella relazio-

Infine, sul piano sistematico, la discrezionalità statale ci permette di ricondurre il modello di gestione dell'immigrazione economica definito dalla Direttiva nell'alveo della cooperazione intergovernativa³³.

5. *Lo statuto normativo dei lavoratori altamente qualificati: la residenza*

I limiti all'armonizzazione dei regimi nazionali emergono anche con riguardo alle norme destinate a conformare la condizione giuridica dei l.a.q. Infatti, la regolamentazione di istituti particolarmente importanti nella configurazione di un regime che voglia attrarre i l.a.q. è stata lasciata agli Stati e importanti facoltà di deroga sono state loro concesse.

Ma la frustrazione degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva è da ricercare altresì, come si diceva all'inizio, nel fatto che l'assetto normativo prefigurato non risponde alle istanze dei l.a.q. e si rivela sotto diversi profili inferiore agli standard di tutela stabiliti dalle convenzioni internazionali.

Per meglio comprendere quanto detto l'analisi deve prendere le mosse dalle regole sulla residenza, materia alla quale i l.a.q. sono particolarmente interessati³⁴.

La definizione del trattamento giuridico ripropone il metodo dell'acquisizione incrementale dei diritti in funzione della durata del soggiorno che caratterizza la disciplina comunitaria dell'immigrazione. La stabilità di residenza è assicurata solo con il conseguimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo, che non è, però, garantito immediatamente dalla Carta blu UE perché il periodo di validità di questa è fissato dagli Stati tra uno e quattro anni (art. 7 § 2)³⁵.

Il solo rilascio della Carta blu UE non garantisce certezza di residenza al l.a.q. in ragione dei poteri discrezionali degli Stati.

Sotto questo profilo, assume particolare rilievo tra le ipotesi di revoca e

ne illustrativa, COM (2007) 637 cit. p. 11, che la Direttiva deve stabilire le condizioni per la concessione, il rifiuto, il ritiro o il mancato rinnovo della Carta blu UE. Quest'aspetto della Proposta è messo in rilievo da A.KOCHAROV, *What intra-Community mobility for third-country workers?*, in *European Law Journal*, 2008, p. 913 ss., p. 920-921.

³³ Per una ricostruzione dei diversi modelli di disciplina dell'immigrazione economica cfr. E. GUILD, *Primary Immigration: The Great Myths*, in *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, eds. E. Guild, C. Harlow, Oxford-Portland, 2001, p. 65 ss.; E. GUILD, H. STAPLES, *Labour Migration*, cit. p. 171 ss.; E. GUILD, *Mechanisms of Exclusion: Labour Migration in the European Union*, in *Justice and Home Affairs in the EU: Liberty and Security Issues after Enlargement*, ed. J. Apap, Northampton, 2004, p. 211 ss.

³⁴ Cfr. P. ZALETEL, *Competing*, cit. p. 628 ss e letteratura ivi citata.

³⁵ La Proposta prevedeva all'art. 8 § 2 che la Carta blu UE avesse una durata iniziale di due anni e fosse rinnovabile per un periodo almeno equivalente. La Direttiva 2003/109 richiede all'art. 4 cinque anni di soggiorno legale e ininterrotto nello Stato membro ai fini del riconoscimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo.

rifiuto di rinnovo della Carta blu UE stabilite dall'art. 9 quella, enucleata al § 1 lettera b), relativa alla verifica «che il titolare non soddisfaceva o non soddisfa più le condizioni d'ingresso e di soggiorno previste dalla presente direttiva».

La Proposta limitava revoca e rifiuto di rinnovo ai soli requisiti per l'ammissione e non anche all'insieme delle condizioni contemplate dalla Direttiva. Il senso della modifica ci sembra debba essere individuato nella volontà di estendere la fattispecie al regime delle quote e alla verifica della situazione del mercato del lavoro. Discende da questa interpretazione che gli Stati revocheranno o non rinnoveranno la Carta blu UE qualora si sia modificata la situazione del mercato, ovvero nell'ipotesi in cui questa sia stata erroneamente valutata all'atto del rilascio.

È evidente che il sistema così congegnato renda precaria la presenza del l.a.q., se si considera la velocità con la quale il mercato si modifica nell'attuale sistema economico.

Non ci sembra che in contrario avviso possa indurre la disciplina dedicata alla disoccupazione, la quale esclude in linea di principio che questa comporti la revoca della Carta blu UE, con l'eccezione della duplice ipotesi che nel termine di tre mesi il migrante non acceda ad altro lavoro altamente qualificato, ovvero che si verifichino più periodi di disoccupazione nell'arco temporale di validità della Carta (art. 13 § 1).

La possibilità di ricercare un altro impiego risponde al chiaro intento di offrire ai l.a.q. una garanzia maggiore di quella assicurata alla generalità dei lavoratori migranti. La previsione non sembra, tuttavia, soddisfacente. La norma configura un trattamento meno favorevole di quello stabilito da alcune convenzioni internazionali. Infatti, la Convenzione sullo statuto giuridico dei lavoratori emigranti fissa in cinque mesi il periodo di permanenza nel territorio dello Stato in caso di disoccupazione (art. 9), mentre la Convenzione OIL n. 143 *Migrant Workers*³⁶ prevede all'art. 8 che la perdita del lavoro non deve da sola comportare il ritiro del permesso di lavoro o del permesso di soggiorno.

Inoltre, il tempo concesso per cercare un lavoro è esiguo, soprattutto in rapporto alla mutevolezza della domanda nel mercato che è all'origine della stessa iniziativa normativa. Le difficoltà di reperire in un arco di tempo non sufficientemente ampio una nuova occupazione e i sacrifici connessi al trasferimento possono determinare, nella dinamica del rapporto con il datore di lavoro, l'accettazione di condizioni di impiego in violazione degli standard fissati dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva ovvero di offerte relative a lavori che richiedono una qualifica inferiore ai titoli di studio posseduti³⁷. Appare evidente che la Direttiva non affronta in maniera adeguata il rapporto tra tutela dei

³⁶ La Convenzione è stata adottata il 24 giugno 1975 ed è entrata in vigore il 9 dicembre 1978.

³⁷ Cfr. E. GUILD, *EU Policy*, cit. p. 6, A. KOCHAROV, *What intra-Community*, cit. p. 925.

diritti e stabilità di residenza, che rappresenta uno degli aspetti critici della disciplina del trattamento giuridico dei lavoratori immigrati.

Le considerazioni da ultimo svolte valgono anche rispetto all'ipotesi, introdotta dal Consiglio, che siano registrati più periodi di disoccupazione. È evidente, infatti, che la norma offra a datori di lavoro senza scrupoli un formidabile strumento di pressione sul lavoratore. Peraltro, la regola non appare in linea con la flessibilità e la temporaneità dei rapporti di lavoro che caratterizza le attività in questione.

Un ulteriore elemento di incertezza è dato dalla facoltà concessa agli Stati di revocare o non rinnovare la Carta blu UE nell'ipotesi in cui il l.a.q. non disponga di risorse sufficienti per mantenere se stesso e la propria famiglia senza ricorrere al regime di assistenza sociale (art. 9 § 3 lett. b)). La valutazione in ordine alla sufficienza delle risorse deve essere fatta con riferimento alla loro natura e regolarità, estremo questo di difficile apprezzamento nell'ambito dei rapporti parasubordinati, ciò che può implicare una decisione negativa ancorché il reddito complessivo del l.a.q. escluda il ricorso all'assistenza sociale.

6. *Segue. La mobilità lavorativa*

Parimenti insoddisfacente rispetto all'obiettivo di attrarre i l.a.q. si rivela la disciplina della mobilità lavorativa, che costituisce uno dei nodi nevralgici del sistema relativo al loro reclutamento.

Infatti, il regime fissato dalla Direttiva si caratterizza per una rigidità che non è coerente con la libertà di movimento nel mercato richiesta da questi immigrati e dal mondo imprenditoriale.

La regola base dell'assetto normativo è posta dall'art. 12 § 1 in base al quale, nei primi due anni di occupazione legale nello Stato membro, l'accesso al mercato del lavoro è limitato alle sole attività che siano conformi alle condizioni di ammissione. Ogni mutamento, quindi, dovrà essere in linea con l'insieme dei criteri fissati dall'art. 5, nonché soddisfare, giusta la disposizione di cui all'art. 8 § 2, il test della necessità economica.

Peraltro, la prescrizione è specificata in due precetti enucleati dal § 2 dell'art. 12 che ulteriormente restringono la mobilità lavorativa nel medesimo spazio temporale. Il primo precetto attiene al cambiamento del datore di lavoro, per il quale è prescritta l'autorizzazione preliminare delle autorità statali. La seconda previsione, invece, concerne, più in generale, le modifiche che incidono sulle condizioni di ammissione. Per queste è previsto un obbligo di comunicazione preventiva, tranne che gli Stati, avvalendosi della facoltà loro concessa, non esigano anche in questo caso l'autorizzazione preliminare.

Ancora più significativa è la disciplina della condizione dei l.a.q. dopo i primi due anni di occupazione legale. Rimuovendo l'automatismo previsto dall'art.

13 § 2 della Proposta, la Direttiva ha trasformato in una facoltà degli Stati la decisione in ordine alla concessione ai l.a.q. dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda l'accesso al lavoro altamente qualificato (art. 13 § 2). Qualora gli Stati non esercitino tale potere, l'accesso al lavoro sarà sottoposto all'insieme di condizioni concernenti l'ingresso originario, sino a quando il migrante non avrà ottenuto lo *status* di soggiornante di lungo periodo (art. 11 Direttiva 2003/109). Con riguardo all'ipotesi in cui gli Stati non si siano avvalsi della facoltà loro concessa è assicurata ai l.a.q. una limitata mobilità lavorativa, essendo previsto un obbligo di comunicazione preventiva dei cambiamenti che incidono sulle condizioni stabilite dall'art. 5 (art. 12 § 2)³⁸.

Altro limite alla mobilità lavorativa è rappresentato dal principio della preferenza comunitaria contemplato dagli atti di adesione del 2003 e del 2005 (art. 12 § 5).

Il pericolo già emerso di un abbassamento dei livelli di protezione garantiti dalle convenzioni internazionali si manifesta anche nella materia del cambiamento del lavoro perché la disciplina esaminata ha carattere meno favorevole della Convenzione sullo statuto giuridico dei lavoratori emigranti, la quale all'art. 8 § 2 riconosce il diritto di cambiare lavoro dopo un anno, nonché della Convenzione OIL n. 143 *Migrant Workers*, che, invece, permette di limitare la libera scelta dell'occupazione ad un periodo di residenza legale non superiore a due anni (art. 14).

L'ulteriore proiezione della mobilità nell'ambito dell'esperienza comunitaria è costituita dalla circolazione tra gli Stati membri. La possibilità di trasferirsi da un Paese comunitario ad un altro rappresenta l'elemento di forza dell'offerta di lavoro rivolta ad un l.a.q. e la giustificazione stessa, sotto il profilo della sussidiarietà, della normativa comunitaria.

Le regole stabilite dal Consiglio limitano, però, le possibilità offerte dal mercato unico, ancorché sia stato ridotto rispetto alla Proposta da due anni³⁹ a diciotto mesi⁴⁰ il periodo di residenza legale minimo in uno Stato membro prima del trasferimento in un secondo Stato.

In linea di continuità con le norme sull'ingresso nel Primo Stato, la Direttiva non configura il trasferimento nel secondo Stato membro come un diritto. L'art. 18, infatti, subordina l'accesso al mercato del lavoro alla medesima valutazione discrezionale alla quale è sottoposta l'originaria concessione della Carta blu UE, atteso che trovano applicazione tutte le condizioni che riguardano il rilascio della Carta, compresi la verifica della necessità economica (art. 19 § 4 lett. a)) e il rispetto delle quote (art. 19 § 7).

³⁸ I l.a.q. turchi potranno invocare la libertà in materia di cambiamento del lavoro garantita loro in base alla Decisione 1/80 adottata dal Consiglio di Associazione istituito dall'Accordo tra la CE e la Turchia, trattandosi di un regime giuridico più favorevole.

³⁹ Art. 19 § 1 della Proposta.

⁴⁰ Art. 18 § 1 della Direttiva.

Quella che potrebbe apparire come una scelta di coerenza sistematica rischia, invece, di rappresentare un elemento di paralisi del sistema della circolazione intracomunitaria in ragione del regime che riguarda lo stato di disoccupazione. Il trasferimento nel secondo Stato membro può comportare la cessazione del rapporto di lavoro nel primo Stato, senza che il l.a.q. abbia certezza alcuna in ordine all'esito della domanda presentata. Qualora la decisione assunta nel secondo Stato sia negativa, il lavoratore dovrà, nel breve termine fissato dall'art. 13, cercare una nuova occupazione nel primo Stato⁴¹.

Altra remora alla circolazione tra gli Stati discende dal fatto che il passaggio da uno Stato all'altro implica un peggioramento della condizione lavorativa, in quanto nel secondo Stato il l.a.q. rimane soggetto al regime dell'art. 12.

Sul piano dei limiti al trasferimento dei titolari della Carta blu UE dal Paese comunitario di ingresso ad un diverso Stato membro viene in rilievo la possibile diversità dei regimi giuridici relativi ai criteri definitori della nozione di qualifiche professionali superiori.

Un diverso ostacolo alla circolazione intracomunitaria può essere rappresentato dal fatto che il secondo Stato membro non disponga di un sistema di riconoscimento dei titoli di istruzione superiore conseguiti nei Paesi terzi (art. 3 lett. h))⁴².

La volontà del Consiglio, qui sottolineata, di circoscrivere la circolazione nel mercato unico trova un'espressione evidente nel fatto che non è stato accolto nel testo definitivo il regime prefigurato all'art. 20 della Proposta con riguardo all'accesso al mercato del lavoro del secondo Stato membro dei titolari di Carta blu UE che abbiano ottenuto lo *status* di soggiornanti di lungo periodo. La Commissione, infatti, intendeva escludere che gli Stati utilizzassero rispetto ai l.a.q. il potere loro attribuito dall'art. 14 § 4 della Direttiva 2003/109 di limitare il numero di persone che possono rivendicare il diritto di soggiorno sulla base del regime delle quote vigente all'epoca dell'adozione della Direttiva (art. 20 § 1). Inoltre, il testo della Commissione era rivolto ad imporre ai Paesi che, in applicazione dell'art. 14 § 3 della Direttiva 2003/109, utilizzino il principio della preferenza comunitaria, l'obbligo di dare la preferenza ai titolari di Carta blu UE soggiornanti di lungo periodo rispetto ad altri richiedenti.

Per effetto della scelta normativa del Consiglio la circolazione all'interno della CE dei titolari di Carta blu UE soggiornanti di lungo periodo è subordinata all'esercizio degli ampi poteri discrezionali stabiliti dalla Direttiva 2003/109 e in relazione ai quali deve escludersi l'esistenza di un diritto di ingresso nel secondo Stato.

⁴¹ Sul rapporto circolazione, accesso al lavoro e perdita dello *status* a causa della disoccupazione cfr. A. KOCHAROV, *What Intra-Community*, cit. p. 924-925.

⁴² Sui problemi connessi all'applicazione della norma cfr. E. COLLETT, *The Proposed European*, cit.; E. GUILD, *EU Policy*, cit. p. 3.

I limiti intrinseci alle regole sul trasferimento all'interno di un secondo Stato ridimensionano l'utilità delle deroghe alla normativa sulle condizioni di acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo, le quali sono rivolte a considerare il soggiorno in un secondo o in un terzo Stato membro come periodi utili ai fini del suo riconoscimento, attraverso un meccanismo di cumulo del tempo di residenza nei vari Paesi comunitari. L'art. 16 § 2 della Direttiva riferisce il soggiorno continuo e non interrotto per cinque anni non ad un solo Stato, come stabilito, invece, dall'art. 4 § 1 della Direttiva 2003/109, ma all'intera Comunità. L'esigenza di un attacco sociale rispetto al Paese nel quale è presentata la domanda è soddisfatta dalla condizione relativa ad un soggiorno legale e non interrotto di due anni nel territorio di questo. Peraltro, si deve considerare che il meccanismo congegnato dalla Direttiva 2009/50 può essere bloccato dal potere degli Stati *ex art.* 5 § 2 della Direttiva 2003/109 di fissare le condizioni di integrazione che il migrante deve soddisfare. Queste, infatti, potrebbero essere modellate in modo tale da rendere necessario un soggiorno più lungo di due anni.

7. *Segue. La parità di trattamento*

La Direttiva incardina il trattamento dei l.a.q. sul principio della parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro che ha rilasciato la Carta blu UE (art. 14 § 1), riferito ai seguenti istituti: condizioni di lavoro, libertà sindacale, istruzione e formazione professionale, riconoscimento di diplomi, certificati e altre qualifiche, i settori della sicurezza sociale definiti dal Regolamento 1408/71, il pagamento di importi collegati alle pensioni di vecchiaia in caso di trasferimento in un Paese terzo, l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, comprese le procedure per l'alloggio e i servizi dei centri per l'impiego, il libero accesso al territorio dello Stato (art. 12 § 1).

Come si vede, il principio affermato dalla Direttiva delinea solo parzialmente il trattamento giuridico dei l.a.q., mentre gli Stati conservano il controllo di istituti particolarmente rilevanti ai fini della loro attrazione. Intendiamo riferirci all'assistenza sociale e medica, al regime fiscale, al trasferimento nei Paesi di origine dei guadagni e dei risparmi, alla trasferibilità delle pensioni di anzianità, alla possibile introduzione di meccanismi di esonero contributivo o di sistemi di rimborso dei contributi mediante un *lump sum payment*.

È evidente che questa ripartizione di competenze comporti la salvaguardia, anche sotto questo profilo, della capacità competitiva dei sistemi nazionali.

Un ulteriore *vulnus* all'armonizzazione discende dalla facoltà di deroga che l'art. 14 accorda agli Stati in diverse materie a garanzia dell'equilibrio del sistema di sicurezza sociale.

Infatti, i Paesi membri possono limitare l'eguale trattamento con riguardo

alle borse e ai prestiti di studio e di mantenimento e alle altre sovvenzioni e prestiti che riguardano l'istruzione secondaria e superiore e la formazione professionale. L'accesso all'università e all'istruzione post-secondaria può altresì essere subordinato al possesso di specifici requisiti stabiliti dalla legislazione nazionale. La norma non si riferisce alle regole vigenti e permette, dunque, agli Stati di modificare nel tempo il relativo regime. Infine, l'applicazione della parità di trattamento può essere legata alla circostanza che i titolari di Carta blu UE e i loro familiari risiedano abitualmente o abbiano eletto domicilio nel territorio dello Stato. La protezione così assicurata all'interesse statale inficia, però, l'efficacia della Direttiva in quanto, nella scelta del Paese di destinazione, i l.a.q. tengono in particolare considerazione la qualità del sistema dell'istruzione, le possibilità di accedervi e, più in generale, le possibilità di crescita professionale che sono loro assicurate, anche attraverso l'attività di formazione⁴³. Inoltre, la restrizione non appare in linea con il principio dell'eguale trattamento in materia di formazione professionale sancito dall'art. 6 della Convenzione OIL n. 97.

Oltre che nelle materie indicate, la Direttiva attribuisce agli Stati la facoltà di non osservare il principio dell'eguale trattamento rispetto all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi. In generale, è fatta salva dall'art. 14 § 2 l'autonomia contrattuale, conformemente alla legge comunitaria e nazionale. A questa regola si aggiunge l'ulteriore prescrizione che permette di limitare la parità di trattamento rispetto all'alloggio. La norma non contribuisce ad alimentare l'interesse dei migranti a trasferirsi in uno Stato comunitario, né a rimanervi se si considera che il possesso di un alloggio considerato normale per una famiglia analoga nella stessa regione e che corrisponda alle norme statali sulla sicurezza e salubrità costituisce una condizione per la riunificazione familiare (art. 7 § 1 lett. a) Direttiva 2003/86⁴⁴) e può essere richiesta in caso di trasferimento in un secondo Stato membro (art. 18 § 4 lett. a)). Ancora una volta la facoltà concessa agli Stati non è, peraltro, in linea con le convenzioni internazionali e segnatamente con le regole dettate dall'art. 19 punto 4 lettera c della Carta sociale europea che stabilisce l'obbligo degli Stati di aiutare i migranti nella ricerca di un alloggio⁴⁵, dall'art. 6 paragrafo 1 lettera a iii della Convenzione OIL n. 97 e dall'art. 13 paragrafo 1 della Convenzione europea sullo statuto giuridico dei lavoratori emigranti che sanciscono il principio dell'eguale trattamento.

Il contrasto comporta, come segnalato, la moltiplicazione dei regimi giuridici per effetto della prevalenza di queste regole nei Paesi che hanno ratificato le citate convenzioni (art. 4 § 1 lett. b).

⁴³ Cfr. P. ZALETEL, *Competing*, cit. p. 628.

⁴⁴ Direttiva 2003/86 CE del Consiglio del 22 settembre 2003 *relativa al diritto al ricongiungimento familiare* in GU L251/12 del 3 ottobre 2003.

⁴⁵ Cfr. *Fundamental Social Rights – Case Law of the European Social Charter*, Strasbourg, Consiglio d'Europa, 1997, pp. 415-416.

8. *Segue. La riunificazione familiare*

Il ricongiungimento familiare costituisce un altro elemento del trattamento giuridico che assume rilevanza determinante nella competizione per i l.a.q. Tuttavia, anche in questa materia si registra uno scarto tra le ambizioni della Direttiva e i risultati concreti della disciplina adottata.

Nell'intento di incentivare i l.a.q. l'art. 15 della Direttiva 2009/50 introduce delle deroghe rispetto ad alcune regole della Direttiva 2003/86 che possono ostacolare la riunificazione: a) il titolare della Carta blu UE non deve avere una fondata aspettativa di ottenere il diritto di soggiornare in modo stabile *ex art.* 3 § 1, né deve aver soggiornato per un periodo minimo, come prescritto invece dall'art. 8; b) le condizioni di integrazione per i figli che abbiano superato i dodici anni e giungano indipendentemente dal resto della famiglia stabilite dall'art. 5 § 4 comma 1 e le misure di integrazione previste in generale per tutti i familiari dall'art. 7 § 2 possono essere chieste dopo il ricongiungimento⁴⁶; c) il termine per la concessione del permesso di soggiorno ai familiari è ridotto da nove a sei mesi; d) l'accesso al lavoro dei familiari non è soggetto al limite temporale di dodici mesi stabilito dall'art. 14.

Ancorché importanti, le deroghe non valgono a superare tutti i problemi posti dalla Direttiva 2003/86.

Rispetto allo svolgimento di un'attività lavorativa si deve considerare che risulta invariata la prescrizione dell'art. 14 della Direttiva 2003/86, la quale assicura l'accesso al lavoro alle stesse condizioni del soggiornante. In conseguenza di questa disposizione i familiari di un titolare di Carta blu UE potranno accedere ad un lavoro solo se ricorrono le condizioni stabilite della Direttiva 2009/50. Il limite così posto può incidere sulla possibilità concreta di realizzare la riunificazione, anche in ragione delle norme che impediscono il ricorso all'assistenza sociale e impongono ai l.a.q. una certa soglia reddituale.

Il ricongiungimento familiare può essere reso difficile dalla condizione che il migrante disponga di un'assicurazione contro le malattie che copra anche i familiari, regola che contrasta con l'art. 12 della Convenzione europea sullo statuto giuridico dei lavoratori emigranti, nonché, in base all'art. 7 della Direttiva n. 2003/86, di un alloggio e di risorse stabili e regolari per il mantenimento dei familiari.

Peraltro, queste stesse condizioni sono richieste dalla Direttiva sui l.a.q. in caso di trasferimento in un secondo Stato membro (art. 19 § 4), ponendo un ulteriore ostacolo alla circolazione nel mercato unico.

⁴⁶ L'esigenza degli Stati sottesa all'introduzione delle misure in questione è tuttavia salvaguardata dal fatto che essi conservano il potere di mantenere o introdurre condizioni e misure di integrazione per i familiari, compreso l'apprendimento della lingua, come precisato nel considerando 23 del Preambolo.

9. *La migrazione circolare*

La migrazione circolare è considerata una delle soluzioni migliori per garantire che l'immigrazione contribuisca allo sviluppo del Paese di origine e non arrechi beneficio solo allo Stato di destinazione⁴⁷. In particolare, il ricorso a questo modello di gestione dei processi migratori appare più opportuno rispetto ai l.a.q., la migrazione dei quali esaspera il noto fenomeno del *brain drain* e della connessa perdita delle risorse economiche investite per la loro formazione, ma può, nello stesso tempo, offrire vantaggi maggiori agli Stati di provenienza⁴⁸.

In questa prospettiva si è mossa, come detto, la Commissione, che ha concepito la migrazione circolare come una forma di migrazione temporanea⁴⁹, la cui caratteristica principale è data dalla possibilità offerta ai migranti di muoversi tra lo Stato di cittadinanza e gli Stati di immigrazione. Anche gli Stati comunitari attribuiscono alla migrazione circolare carattere temporaneo, ma la finalizzano al controllo e alla restrizione dell'immigrazione⁵⁰.

Questa seconda impostazione è prevalsa in sede di adozione della Direttiva.

Le norme dedicate alla migrazione circolare riguardano gli effetti dell'assenza dal territorio dello Stato e, in deroga alla disciplina posta dalla Direttiva 2003/109, fissano periodi più lunghi di quelli consentiti in linea generale ai fini dell'acquisizione e conservazione dello *status* di soggiornante di lungo periodo.

L'intervento normativo, dunque, non esaurisce le esigenze di disciplina perché la formazione di un sistema di migrazione circolare esige l'articolazione di una più ampia gamma di strumenti, quali la trasferibilità del trattamento pensionistico o la disciplina delle rimesse e dei trasferimenti di capitale, che rimangono affidati alla competenza statale.

In ordine alle norme dettate dalla Direttiva deve dirsi che l'art. 16 § 3 consente, ai fini del riconoscimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo, assenze dal territorio che siano più brevi di dodici mesi consecutivi e che complessivamente non superino i diciotto mesi. Analogamente a quanto già osservato in relazione all'art. 16 § 2, un limite all'applicazione della regola può derivare dalle norme statali sulle condizioni di integrazione.

⁴⁷ Cfr. Global Commission on International Migration, *Migration in an Interconnected World: new Directions for Actions*, 2005.

⁴⁸ Per un'analisi degli effetti positivi e di quelli negativi che la migrazione dei l.a.q. produce sia negli Stati di provenienza, sia nei Paesi ospiti cfr. B.L. LOWELL, *Some Developmental Effects of the International Migration of Highly Skilled Persons*, Geneva, International Labour Office, 2001; B.L. LOWELL, *Policy Responses to the International Mobility of Skilled Labour*, Geneva, International Labour Office, 2002; P. WICKRAMASEKARA, *Policy responses to skilled migration: Retention, return and circulation*, Geneva, International Labour Office, 2003; A. Wiesbrock, H. Schneider, *Circular Migration and Mobility Partnerships*, Briefing Paper predisposto per il Parlamento europeo.

⁴⁹ COM (2007) 248 def. del 16.05.2007.

⁵⁰ Cfr. A. WIESBROCK, H. SCHNEIDER, *Circular Migration*, cit.

Inoltre, i l.a.q. non perdono lo *status* di soggiornanti di lungo periodo se le assenze non eccedono la durata di ventiquattro mesi consecutivi (art. 16 § 4).

Nel testo della Commissione le deroghe al regime alla Direttiva 2003/109 erano consentite solo se i l.a.q. potevano dimostrare che l'assenza era dovuta alla prestazione di un lavoro, subordinato o autonomo, allo svolgimento di un servizio volontario o ad attività di studio nel Paese di origine (art. 17 § 5). La Direttiva, invece, ha lasciato agli Stati la facoltà di limitare a quelle ipotesi il regime derogatorio (art. 16 § 5). La disciplina di maggior favore per i l.a.q. non è, dunque, collegata ad un ritorno nello Stato di provenienza, salvo che i Paesi comunitari non decidano di apportare questa restrizione. La soluzione normativa adottata dal Consiglio indica, quindi, che la migrazione circolare è concepita soprattutto con l'intento di assicurare agli Stati membri un sistema flessibile di ingresso in funzione della domanda, che sia capace di rispondere così alle modifiche del mercato⁵¹. A questa finalità è piegata la realizzazione dell'ulteriore obiettivo della Direttiva di favorire la mobilità dei l.a.q. tra la Comunità e i loro Paesi di origine⁵². Le garanzie apprestate ai l.a.q. permettono, infatti, di attingere al bacino dei titolari della Carta blu UE, che sono già parte della popolazione migrante ammessa, per colmare una lacuna emersa nel mercato del lavoro. Sotto questo profilo la disciplina della migrazione circolare risponde all'esigenza di controllo dei flussi migratori e, nello stesso tempo, è coerente con l'impostazione della Direttiva, incline a garantire solo una presenza temporanea dei l.a.q. in considerazione del mutevole bisogno di forza lavoro.

10. Conclusioni

L'analisi svolta ha mostrato che la Direttiva non appare idonea a contribuire a consolidare la capacità di competizione della CE nella caccia ai l.a.q., essenzialmente per il ridotto livello di armonizzazione che le sue regole sono destinate a realizzare e per il carattere limitato della condizione giuridica prefigurata. L'assetto normativo delineato dalla Direttiva affida la regolamentazione della materia ad un complesso mosaico giuridico le cui tessere sono costituite da regole promananti da fonti diverse di origine nazionale, comunitaria e internazionale.

La garanzia dei poteri statali e dei sistemi nazionali ha dunque finito per prevalere sulle ragioni dell'intervento normativo, lasciando ai Paesi membri la possibilità di elaborare una propria politica di reclutamento dei l.a.q.

Può, quindi, dirsi che l'atto adottato non colma il grave ritardo della CE

⁵¹ Considerando n. 10.

⁵² Considerando n. 21.

nell'elaborazione di una politica comune dell'immigrazione economica, individuato come obiettivo dell'azione comunitaria dal programma di Tampere⁵³.

La Direttiva ha finito, piuttosto, per rimanere subordinata all'insieme di fattori che hanno ostacolato finora la formazione di questa politica.

Infatti, il timore degli Stati di cedere alla CE la competenza in ordine alla definizione delle condizioni di ingresso si è tradotto in un sistema che affida alla discrezionalità statale la regolamentazione e la gestione di aspetti essenziali dell'accesso al mercato del lavoro.

Inoltre, l'organizzazione del mercato del lavoro e l'edificazione dello stato sociale, materie che possono essere incise da una normativa comunitaria sui lavoratori non comunitari, non sono destinate a subire alcun condizionamento dalla Direttiva, in dipendenza della competenza lasciata agli Stati nella disciplina di diversi istituti, nonché delle facoltà di deroga loro attribuite.

Infine, nonostante la creazione di un canale di ingresso legale, la Direttiva è coerente con l'assunzione della sicurezza a baricentro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e con il conseguente privilegio accordato nella politica dell'immigrazione alla lotta contro l'immigrazione irregolare⁵⁴. La normativa, infatti, pone non pochi limiti all'ingresso ed è essenzialmente concepita come uno strumento di controllo dei flussi migratori.

Questa funzione si collega alla subordinazione degli ingressi alla condizione di necessità economica. Sotto questo profilo, la Direttiva non determina alcuna soluzione di continuità con la risoluzione adottata dal Consiglio in data 20 giugno 1994 «sulle limitazioni all'ammissione di cittadini extracomunitari nel territorio degli Stati membri per fini di occupazione»⁵⁵. Questa continuità, del resto, aveva trovato conferma nel Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo che aveva riaffermato il medesimo principio⁵⁶.

⁵³ Il programma di Tampere, *Verso un'Unione di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, è stato adottato dal Consiglio europeo nella riunione del 15 e 16 ottobre 1999.

⁵⁴ Cfr. E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERGH, *L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les politiques d'asile et d'immigration de l'Union européenne*, in *Melanges en hommage a Jean-Victor Louis*, Bruxelles, 2003, p. 63 ss; T. BALZACQ e S. CARRERA, *The Hague Programme: The Long Road to Freedom, Security and Justice*, in *Security Versus Freedom? A Challenge for Europe's Future*, eds. T. BALZACQ e S. CARRERA, London, 2006, p. 5 ss; A. BALDACCINI, H. TONER, *From Amsterdam and Tampere to the Hague: An Overview of Five Years of EC Immigration and Asylum Law*, in *Whose Freedom, Security and Justice?*, eds. A. BALDACCINI, E. GUILD and H. TONER, Oxford, 2007 p. 6; G. CAGGIANO, *L'integrazione europea "a due velocità" in materia di immigrazione legale e illegale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 1098 ss.

⁵⁵ G.U. C 274/3 del 19 settembre 1996. L'atto non ha natura giuridicamente vincolante, ma gli Stati si impegnano affinché le legislazioni nazionali siano conformi ai principi in esso fissati. Per un'analisi della risoluzione cfr. S. PEERS, *Building Fortress Europe: The Development of EU Migration Law*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 1235 ss, p. 1242 ss; E. GUILD, J. NIESSEN, *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, The Hague-London-Boston, 1996, p. 311 ss.

⁵⁶ Cfr. anche le conclusioni del Consiglio europeo del 13 e 14 marzo 2008. Il principio secon-

L'ancoraggio dell'ingresso dei lavoratori non comunitari alla condizione di necessità economica rimanda ad un modello di mercato del lavoro che antepone la sua gestione da parte del potere pubblico al rapporto tra la domanda e l'offerta di lavoro. I poteri che gli Stati hanno la facoltà di esercitare esigono, infatti, un governo delle dinamiche del mercato del lavoro, elemento indispensabile della politica dell'occupazione presupposta dalla normativa. L'esaltazione della discrezionalità statale crea però una tensione con l'esigenza di certezza delle regole espressa dalle imprese, in quanto i meccanismi congegnati dalla Direttiva rischiano di rendere vano il compimento dell'attività di reperimento dei l.a.q. e disincentivano la loro ricerca.

Nello stesso tempo, la rigidità del sistema, che discende da questa impostazione, può rappresentare un elemento di cortocircuito rispetto ai processi in atto di flessibilizzazione nell'uso della forza lavoro, indebolendo ulteriormente l'attitudine della normativa ad attrarre i lavoratori migranti.

La subordinazione dell'ingresso di l.a.q. alla mancanza di forza lavoro nel mercato domestico dimostra che la CE guarda all'immigrazione non comunitaria soprattutto al fine di tutelare la stabilità e la capacità di competizione dell'economia dei Paesi che ne fanno parte, nell'intento di fronteggiare i problemi connessi ai fenomeni demografici che segnano il continente europeo.

Coerentemente con il fatto che la necessità economica costituisce il perno del sistema di accesso al mercato del lavoro, le regole dettate con riguardo alla condizione giuridica dei l.a.q. sono rivolte a renderne temporanea la presenza in quello.

Peraltro, il contrasto rilevato tra la Direttiva e diverse norme delle convenzioni internazionali che tutelano i diritti dei lavoratori migranti conferma che il diritto comunitario concorre ad erodere il carattere di diritti fondamentali di quei diritti⁵⁷.

In conclusione, riteniamo possa dirsi che la Direttiva ci consegna una versione aggiornata del migrante *gastarbeiter* e rivela l'intento di stabilire una procedura semplificata di ingresso con il fine di contrastare l'immigrazione irregolare, come d'altronde confermato dal modo in cui la natura temporanea della presenza del migrante è utilizzata nell'ambito della migrazione circolare.

L'intervento normativo non segna, dunque, una frattura con l'impostazione che ha caratterizzato l'articolazione della politica comunitaria dell'immigrazione, ma si colloca perfettamente all'interno delle sue linee strategiche.

do il quale la necessità economica costituisce il fondamento della politica dell'immigrazione si ritrova anche nel citato Piano d'azione sull'immigrazione legale della Commissione COM (2005) 669 def.

⁵⁷ Un'altra manifestazione di questa tendenza si rinviene a nostro avviso nella Proposta di direttiva della Commissione sul rilascio di un permesso unico e su un insieme di diritti per i lavoratori non comunitari COM (2007) 638 cit., come abbiamo cercato di mettere in evidenza nel nostro lavoro *Verso una politica*, cit.

**THE EU BLUE CARD: AN UPDATED POLICY
OF THE MIGRANT GUEST-WORKER**

by Marco Evola

Abstract

The Council adopted the Directive 2009/50 on the conditions of entry and residence of third-country highly skilled workers on the 25th May 2009. The Directive's main purpose is setting up a procedure capable of responding promptly to fluctuating demands for migrant labour in the labour market. The achievement of this aim entails a high degree of harmonization in order to reduce the differences between national systems of recruitment and enhance the European internal market attractiveness as a whole, but the Directive does not achieve its goal because of the room left to States' discretionary power and the way workers' rights have been shaped. In fact the Directive is intended to control migration rather than to lure highly skilled workers, so that EU Blue Card holders represent a new figure of the migrant guest-workers.

“Gli ‘stewards’ degli stadi, nuovi addetti alla sicurezza
e all’ordine pubblico: pubblici ufficiali, incaricati di pubblico servizio,
o soggetti esercenti un servizio di pubblica necessità?”

di Paolo Garraffa

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Evoluzione legislativa sul tema della sicurezza dell’impiantistica sportiva. - 3. Prima disciplina. - 4. Primo dibattito (e prime critiche). - 5. Seconda disciplina. - 6. In particolare: “l’Attività in caso di violazione del Regolamento d’uso”. - 7. Semplici ‘mansioni d’ordine’? - 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Con il decreto del Ministero dell’Interno dell’8 agosto 2007 n. 27449¹ è stata data piena regolamentazione alla figura degli ‘stewards’ all’interno degli impianti sportivi.

Sulla scorta di precedenti esperienze di derivazione anglosassone², nel nostro ordinamento viene per la prima volta ad affacciarsi questa particolare figura, espressione della necessità – da più parti avvertita³ – di creare una cooperazione tra le forze di Polizia da un lato e le società sportive dall’altro, allo scopo di garantire il rispetto dell’ordine pubblico in occasione delle manifestazioni sportive, in un’ottica di prevenzione – ancor prima che di contrasto – nei confronti del dilagare dei fenomeni di violenza nel corso di tali manifestazioni.

Attraverso la figura degli ‘stewards’ viene ad essere disciplinato un servizio d’ordine che, prima, durante e dopo lo svolgimento di dette manifestazioni sia in grado di esplicarsi, oltre che al di fuori degli stadi⁴, soprattutto all’interno degli impianti sportivi.

¹ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 195 del 23/08/2007, recante la rubrica: “*Organizzazione e servizio degli ‘steward’ negli impianti sportivi*”.

² In cui tali figure sono presenti da diversi anni (si veda, in proposito, il “Football Disorder Act”, approvato nel 2000 dal governo inglese).

³ Primo fra tutti, M. LAUDI, (procuratore aggiunto della Repubblica presso il Tribunale di Torino e Giudice sportivo presso la Lega Nazionale professionisti della Federazione Italiana Giuoco Calcio) nel suo articolo: “*Calcio: un servizio d’ordine gestito dalle società per rendere le nuove norme ancora più efficaci*”, pubblicato in Guida al Diritto, Milano, 2001, fasc. 33, p. 9 ss.

⁴ La legge 13 dicembre 1989 n. 401 (come modificata dal d.l. n. 8 del 08/02/2007, conv. con

Le peculiarità connesse a tale figura hanno sollevato – come presto si avrà modo di vedere – non pochi problemi, che hanno interessato soprattutto la qualificazione giuridica da riconoscere a tali soggetti in relazione ai poteri ed alle mansioni loro attribuite.

Il principale elemento di dibattito ha investito, in particolare, la possibilità o meno di qualificarli come soggetti incaricati di un pubblico servizio – ai sensi dell'art. 358 del codice penale – se non d'inquadrarli in altre categorie giuridiche.

A tal fine, si rende necessaria una breve ricostruzione temporale di quella che è stata l'evoluzione normativa che ha visto dare una disciplina a questa particolare categoria di soggetti.

2. *Evoluzione legislativa sul tema della sicurezza dell'impiantistica sportiva*

La figura dello *'steward'*, infatti, ha conosciuto un'evoluzione legislativa che s'è andata sviluppando attraverso diverse tappe.

Un primo passo verso la sua introduzione si era avuto attraverso l'approvazione di tre decreti ministeriali⁵ (a firma congiunta del Ministero dell'Interno e di quello per l'Innovazione e lo Sviluppo Tecnologico) – tutti datati 6 giugno 2005 – in tema di videosorveglianza, tagliandi d'accesso e sicurezza degli impianti sportivi.

Detti decreti avevano introdotto molteplici ed incisive misure volte a coinvolgere in maniera più diretta tanto le società sportive – nella qualità di soggetti organizzatori degli eventi⁶ – quanto gli enti proprietari degli stadi⁷, sul tema della sicurezza degli impianti sportivi, tanto in una prospettiva di prevenzione, quanto in quella di contrasto nei confronti del continuo verificarsi di episodi di violenza nel corso delle manifestazioni sportive.

Tra le misure più significative che tali decreti ebbero a introdurre⁸, occorre

modificazioni nella legge n. 41 del 08/04/2007), rubricata col titolo di "*Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento delle manifestazioni sportive*", prevede, tra le varie fattispecie di 'reati da stadio', all'art. 6-bis il reato di "*Lancio di materiale pericoloso, scavalcamiento ed invasione di campo in occasione di manifestazioni sportive*", all'art. 6-ter il reato di "*Possesso di artifici pirotecnici in occasione di manifestazioni sportive*".

In entrambe le ipotesi la disciplina prevede che fattispecie s'intende consumata non solo all'interno dei luoghi di svolgimento delle manifestazioni sportive, ma anche nelle loro "*immediate adiacenze*", nonché nei luoghi "*interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime*".

⁵ Tutti e tre pubblicati in G.U. n. 150 del 30 giugno 2005.

⁶ Per ciò che concerne i profili di responsabilità civile dell'organizzatore sportivo, si veda G. LIOTTA, "*Attività sportive e responsabilità dell'organizzatore*", Ed. Jovene, Napoli, 2005.

⁷ Soggetti, questi, spesso coincidenti (soprattutto in ambiti extranazionali, ove il processo di 'privatizzazione' degli impianti sportivi è in atto da diverso tempo).

⁸ Che oggi, a seguito dell'entrata in vigore del decreto sugli "stewards" citato in apertura (art. 1), trovano applicazione nell'ambito degli stadi calcistici all'aperto dotati di una capienza minima di 7.500 spettatori.

ricordare: l’adozione di sistemi di videosorveglianza (tanto all’interno degli stadi, quanto nelle loro ‘*immediate adiacenze*’⁹), la previsione di tagliandi d’ingresso ‘nominativi’, la predisposizione di un piano per la sicurezza (sia con finalità preventiva, sia con funzioni d’intervento, in caso di eventi che possano turbare l’ordine pubblico), nonché, da ultimo, la previsione di “*soggetti tenuti a garantire l’osservanza*” di dette prescrizioni.

Il primo provvedimento normativo che aveva affrontato la materia della sicurezza dell’impiantistica sportiva, invero, era stato il d.m. 25 agosto 1989¹⁰, rubricato col titolo di “*Norme di sicurezza per la costruzione e l’esercizio degli impianti sportivi*”.

Tale provvedimento conteneva, per quel che concerne gli “*impianti sportivi ove è prevista la presenza di spettatori, praticanti, addetti, in un numero complessivo superiore a 100*”, numerose disposizioni volte ad assicurare la loro messa in sicurezza, sotto svariati profili.

Tra le varie disposizioni in esso inserite, ve n’era una – l’art. 16¹¹ – che prevedeva l’obbligo d’installazione di un impianto televisivo a circuito chiuso all’interno dell’impianto che consentisse – per quel che concerne gli impianti all’aperto con capienza superiore a 30.000 spettatori¹² – “*l’osservazione delle*

Tale requisito di capienza – ai fini dell’adozione delle norme sulla sicurezza – è stato oggetto di recenti interventi legislativi.

Il d.m. n. 18432 del 2005 (in tema di sicurezza), aveva previsto originariamente l’applicazione delle relative norme nell’ambito degli impianti sportivi aventi una capienza di almeno 10.000 unità – per quanto riguarda le strutture all’aperto – e di 4.000 unità, per quel che riguarda le strutture al ‘chiuso’.

Senonché, spinto dalla constatazione delle pratiche elusive che i sodalizi sportivi c.d. ‘minori’ ponevano in essere ai fini dell’applicazione delle normative sulla sicurezza (procedendo a ‘dichiarare’ – nei confronti dei competenti organi di vigilanza – una capienza dei propri impianti *appena* inferiore alle 10.000 unità), il legislatore, attraverso il citato d.m. 27449 del 2007, ha proceduto ad estendere la portata applicativa della nuove normative di sicurezza nei confronti di “*tutti gli impianti sportivi con capienza superiore a 7.500 posti, nei quali si svolgono partite ufficiali delle squadre di calcio professionistiche*”.

Se quindi detto limite deve ritenersi pacificamente fissato per quel che riguarda gli impianti all’aperto, ed in occasione di competizioni ufficiali, non è dato sapere se – nel silenzio della legge – esso debba ritenersi valido anche per quel che riguarda gli impianti sportivi al ‘coperto’ (oppure se debba restare fermo il ‘vecchio’ limite delle 4.000 unità), ed in occasione di manifestazioni anche ‘non ufficiali’ (più logica e coerente al perseguimento di finalità di sicurezza e ordine pubblico sarebbe stata, a nostro avviso, l’esplicita estensione di tale normativa nei confronti degli impianti sportivi che, tanto all’aperto quanto al chiuso, *comunque* superassero quei requisiti minimi di capienza, ed in occasione di *qualsiasi* tipologia di manifestazione sportiva, prescindendo, quindi, anche dal suo carattere di ufficialità).

⁹ V. sub nota 4.

¹⁰ Pubblicato in G.U. n. 206 del 04/09/1989.

¹¹ Rubricato colla dicitura “*Dispositivi di controllo degli spettatori*”.

¹² Il 2° comma del medesimo articolo prevedeva la possibilità, previa iniziativa dell’Autorità Prefettizia, di disporre l’adozione di siffatta misura anche negli impianti aventi capienza inferiore a 30.000 spettatori, e tuttavia superiore a 10.000, “*sentito il parere della commissione provinciale di vigilanza sui locali di pubblico spettacolo*”.

zone destinate agli spettatori e dei relativi accessi all'impianto, con registrazione delle relative immagini", attraverso un locale appositamente predisposto e presidiato.

Tale disposizione si chiudeva prevedendo l'ulteriore possibilità, in capo all'autorità di P.S. – in occasione di *"manifestazioni sportive ritenute a rischio sotto il profilo dell'ordine e della sicurezza pubblica"* – di predisporre dei transennamenti, all'esterno degli impianti, *"per l'adeguata preselezione, inconnamento e controllo in profondità degli spettatori"*.

Già nelle intenzioni del legislatore del 1989, quindi, era presente la finalità di garantire l'aspetto della sicurezza, sotto almeno un duplice profilo: da un lato, assicurare il regolare ed ordinato svolgimento della manifestazione (sotto il profilo squisitamente sportivo), dall'altro, tutelare l'ordine pubblico nel corso di tali manifestazioni.

Ai fini della messa in sicurezza degli impianti, il provvedimento normativo in esame recava inoltre una disposizione¹³ che, occupandosi dei requisiti di capienza che questi dovevano possedere, prescriveva che, per quel che riguarda gli impianti all'aperto con capienza superiore a 10.000 spettatori, in occasione di manifestazioni calcistiche, non fossero consentiti posti in piedi, ma esclusivamente posti a sedere, numerati e dotati di requisiti minimi di spazio¹⁴.

Analoga previsione, infine, tale decreto recava per quanto riguarda gli impianti al 'chiuso', aventi capienza superiore alle 4.000 unità.

Il citato provvedimento normativo veniva ad essere successivamente modificato da un altro di pari rango – il d.m. 18 marzo 1996, n. 61¹⁵ (avente, peraltro, la medesima rubrica) – il quale, pur prevedendo una più dettagliata normativa afferente la sicurezza strutturale de *"i complessi e gli impianti sportivi di nuova costruzione e quelli esistenti, già adibiti a tale uso anche se inseriti in complessi non sportivi... nei quali si svolgono manifestazioni e/o attività sportive regolate dal C.O.N.I. e dalle Federazioni Sportive Nazionali riconosciute dal C.O.N.I., ove è prevista la presenza di spettatori in numero superiore a 100"*, procedeva ad introdurre nuove e più incisive disposizioni in tema di sicurezza, onde meglio garantire l'ordine pubblico, secondo una duplice linea direttiva.

Da un lato, esso estendeva l'ambito di applicazione delle disposizioni già in vigore (in tema di controllo degli spettatori) nei confronti di tutti gli impianti con capienza superiore a 20.000 spettatori¹⁶, dall'altro, esso introduceva un'impor-

¹³ L'articolo 7 del citato d.m. 25/08/1989.

¹⁴ In particolare, di larghezza non inferiore a 0,45 m.

¹⁵ Pubblicato in G.U. n. 85 del 11/04/1996.

¹⁶ Così l'art. 18 del citato decreto, sempre in tema di *"Dispositivi di controllo degli spettatori"*, ove pure si prevede la possibilità che le misure adottate siano idonee a *"consentire il riconoscimento dello spettatore anche per le manifestazioni che si tengono in orari notturni"*, nonché la possibilità – sempre in capo all'Autorità Prefettizia – di estendere l'applicazione di siffatte misure *"in tutti gli impianti in cui ne ravvisi la necessità"*.

tante, nuova disposizione – l’art. 19 – che, occupandosi specificamente della *gestione* della sicurezza all’interno degli impianti, sanciva il principio – mai affermato in precedenza – secondo cui il titolare dell’impianto medesimo “è *responsabile del mantenimento delle (relative) condizioni di sicurezza*”, potendo, a tal fine, avvalersi “*di una persona appositamente incaricata, o di un suo sostituto, che deve essere presente durante l’esercizio di tali attività*”.

A maggiore garanzia del rispetto di tali prescrizioni, la disposizione si chiudeva prevedendo l’obbligo – sempre in capo al soggetto titolare dell’impianto – di predisporre un “*piano finalizzato al mantenimento delle condizioni di sicurezza, al rispetto dei divieti, delle limitazioni e delle condizioni di esercizio... e a garantire la sicurezza delle persone in caso di emergenza*”.

In altre parole, il d.m. 61/96, pur occupandosi (invero, con normativa assai più dettagliata rispetto al precedente d.m. del 1989) della sicurezza strutturale degli impianti, cominciava a prevedere una disciplina mirante ad affrontare in maniera più diretta il problema dell’ordine pubblico nel corso delle manifestazioni sportive, pur mancando ancora di offrire specifiche disposizioni volte a disciplinare il mantenimento dello stesso da parte di operatori all’uopo incaricati.

Ecco che, allora, il d.m. 6 giugno 2005, n. 18432¹⁷, procede ad introdurre due nuovi articoli – il 19-ter ed il 19-quater – nel corpo del testo del d.m. 61/96, coi quali viene finalmente ad essere disciplinata la “*gestione dell’ordine e della sicurezza pubblica all’interno degli impianti dove si disputano gl’incontri di calcio*”, nonché la “*gestione dell’impianto sportivo*” sotto questo specifico aspetto della sicurezza.

In particolare, la prima delle due citate norme prevede l’istituzione di un particolare organo, denominato ‘Gruppo Operativo di Sicurezza’, coordinato da un funzionario di polizia (designato dal questore), dotato di funzioni d’impulso e di vigilanza in ordine al mantenimento ed alla corretta attuazione delle misure di sicurezza previste nel prosieguo del citato corpo normativo.

Tra i soggetti di cui quest’organo si compone, sono previsti un “responsabile del mantenimento delle condizioni di sicurezza dell’impianto della società sportiva”, un “responsabile del pronto intervento strutturale ed impiantistico all’interno dello stadio”, nonché “*eventuali altri rappresentanti, la cui presenza – recita il testo normativo – è ritenuta necessaria*”.

Detta disposizione rappresenta una sorta di premessa di quella successiva – l’art. 19-quater – che costituisce, storicamente, il primo vero tentativo da parte del legislatore d’introdurre la figura dello ‘*steward*’ nell’ordinamento giuridico italiano.

L’articolo 19-quater (del novellato d.m. 61/96) prevede, infatti, che “*al fine di garantire il rispetto della disciplina di utilizzo dell’impianto*”, sia posto a

¹⁷ In tema di sicurezza, adottato insieme agli altri due – di pari data – in tema di videosorveglianza e tagliandi nominativi.

carico delle società utilizzatrici l'obbligo di predisporre l'organigramma di "soggetti incaricati dell'accoglienza e dell'instradamento degli spettatori e dell'eventuale attivazione delle procedure inerenti alla pubblica incolumità...", nonché, soprattutto, di "provvedere al loro reclutamento...", predisponendo a tal fine un "piano per l'informazione, la formazione e l'addestramento di tutti gli addetti alla pubblica incolumità, prevedendo sia figure di coordinamento che operatori".

Il d.m. 18432/05, quindi, nel preoccuparsi di stabilire il numero minimo degli addetti alla pubblica incolumità, da impiegare nel corso di dette manifestazioni, reca due disposizioni: 1) che questi soggetti debbano essere presenti in una misura comunque non inferiore ad 1 unità ogni 250 spettatori¹⁸; 2) che, nel loro ambito, siano scelte figure con funzioni di coordinamento in "misura non inferiore ad 1 ogni 20 addetti".

L'articolo, infine, si chiude con la previsione secondo cui l'attività svolta da questi soggetti si debba svolgere "in stretto raccordo col personale delle Forze dell'ordine", con obbligo di informativa – sempre in capo allo *steward* in quel momento in servizio – "di ogni problematica che può avere riflessi sull'ordine e sulla sicurezza pubblica".

Dall'esame complessivo delle prime normative in tema di sicurezza dell'impiantistica sportiva, emerge chiaramente come l'esigenza di ricorrere a figure di questo tipo fosse stata già da tempo¹⁹ avvertita da parte del legislatore, certamente stimolato dalla necessità di fornire adeguate e sollecite risposte in un momento che aveva visto registrare una preoccupante *escalation* degli episodi di violenza nel corso di tali manifestazioni²⁰.

Tuttavia l'entrata in vigore delle nuove disposizioni in tema di videosorveglianza, tagliandi e sicurezza veniva ad essere prorogata di altri due anni ancora – con successivo provvedimento di legge (d.l. 30 giugno 2005, n. 115²¹) – finendo col vanificare l'efficacia di disposizioni che invece, se tempestivamente e coerentemente adottate, certamente avrebbero rappresentato un efficace strumento di prevenzione nei confronti di quelli che sarebbero stati, sfortunatamente, i successivi e gravi sviluppi degli episodi di violenza²².

¹⁸ Limite fissato dall'art. 14 del d.m. 06/06/2005.

¹⁹ "a decorrere dalla data di inizio della stagione calcistica 2005/2006", secondo le disposizioni transitorie e finali del d.m. 18432 del 2005, quantunque un primo 'germe' della volontà del legislatore di ricorrere a figure di questo tipo fosse già rinvenibile – come appena visto – nelle disposizioni presenti nel d.m. 61/96.

²⁰ Non solo (e non tanto) nell'ambito di opposte tifoserie, ma soprattutto tra queste ultime e le forze dell'ordine (basti consultare, in proposito, il sito internet <http://www.poliziadistato.it>, ov'è presente una dettagliata panoramica di quella che è stata l'evoluzione degli episodi di violenza nel corso delle manifestazioni calcistiche, nel corso di questi ultimi anni).

²¹ Convertito con modificazioni dall'art. 1 della Legge n. 168 del 17/08/2005 (G.U. n. 151 del 01/07/2005).

²² Su tutti, basti ricordare il tragico episodio di Catania del 02/02/2007 in cui, in occasione del-

3. *Prima disciplina*

Si deve all’entrata in vigore del d.l. 17 agosto 2005 n. 162²³ – o “Decreto-Pisanu”, dal nome del Ministro proponente – la prima, specifica disposizione normativa che si preoccupa di offrire una prima definizione giuridica della figura dello ‘*steward*’ degli stadi.

Subito, però, va rilevato come tale disposizione è stata oggetto di forti aggiustamenti in sede di conversione.

L’art. 1 del d.l. 162/05, infatti, aveva originariamente inserito, nel *corpus* della legge n. 401/89²⁴, una disposizione – l’art. 6-quater – che prevedeva che “*ai sensi e per gli effetti degli articoli 336 e 337 del codice penale, sono considerati incaricati di un pubblico servizio gli incaricati del controllo dei titoli di accesso e dell’instradamento degli spettatori e quelli incaricati di assicurare il rispetto del regolamento d’uso dell’impianto dove si svolgono le manifestazioni sportive*”.

La scelta inizialmente effettuata da parte del legislatore fu, quindi, quella di operare una piena equiparazione – tanto nel quadro normativo, quanto nel trattamento sanzionatorio – dei soggetti ‘incaricati del controllo dei titoli di accesso’, ‘dell’instradamento degli spettatori’, nonché ‘di assicurare il rispetto del regolamento d’uso dell’impianto dove si svolgono le manifestazioni sportive’ (meglio noti colla terminologia anglosassone di “*stewards*”), rispetto ai soggetti incaricati di un pubblico servizio, ai sensi dell’art. 358 c.p.²⁵.

Tale scelta, tuttavia, aveva suscitato non poche perplessità in dottrina²⁶,

la partita del campionato di calcio di serie A Catania-Palermo (stagione 2006-2007), si verificarono scontri tra tifosi e forze dell’ordine, nel corso dei quali perse la vita un ispettore di Polizia in quel momento in servizio.

²³ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 191 del 18 Agosto 2005.

²⁴ Rubricata col titolo di “*Interventi nel settore del gioco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento delle manifestazioni sportive*”, tale legge rappresenta la principale disciplina penale dello sport nella sua prima parte (articoli da 1 a 5) – oltre alla legge c.d. ‘antidoping’ del 14 dicembre 2000, n. 376 (G.U. 18-12-2000, n. 294) – mirando a reprimere le condotte corruttive e fraudolente volte ad influenzarne i risultati,; mentre nella seconda – che più direttamente interessa la presente indagine – si occupa di sanzionare tutte quelle condotte, violente o semplicemente pericolose, idonee a cagionare turbative dell’ordine pubblico nel corso delle manifestazioni sportive (articoli da 6 a 9).

²⁵ Nella relazione governativa (pubbl. in Guida al Diritto, Milano, 2005, fasc. 34, p. 20 e ss.) si legge: “*si tratta di un intervento correlato all’impiego degli ‘steward’ durante lo svolgimento di partite di calcio, previsto dalle recenti modifiche al decreto sulla sicurezza strutturale degli impianti sportivi, finalizzato ad assicurare allo stesso personale una tutela ‘rafforzata’ rispetto a quella prevista dagli articoli 610 e 612 del codice penale per il privato cittadino vittima di violenza privata o minaccia*”.

²⁶ O. FORLENZA, “*Un inquadramento a rischio legittimità per chi controlla i tagliandi d’ingresso*”, in Guida al Diritto, Milano, 2005, fasc. 34, p. 26.

dubbiosa della legittimità costituzionale di una disposizione che attribuiva tale qualifica nelle sole ipotesi in cui costoro assumessero la qualità di soggetti passivi del reato, non vedendo operare, invece, analoga estensione nelle ipotesi in cui costoro potessero anche rivestire, invece, la posizione di soggetti attivi di reati che, eventualmente, avrebbero potuto commettere nell'espletamento del loro servizio²⁷.

In altre parole, mentre veniva ad essere aggravato il trattamento sanzionatorio nell'ipotesi in cui a commettere il reato fosse lo spettatore, analogamente la disciplina non prevedeva nell'ipotesi in cui fosse stato lo *'steward'* in servizio in quel momento a commetterlo.

Ecco perché – in sede di conversione del d.l. 162/05 (con legge n. 210 dello stesso anno) – detta disposizione venne modificata nel seguente modo: *“chiunque commette uno dei fatti previsti dagli articoli 336 e 337 del codice penale nei confronti dei soggetti incaricati del controllo dei titoli di accesso e dell'instradamento degli spettatori e di quelli incaricati di assicurare il rispetto del regolamento d'uso dell'impianto ove si svolgono le manifestazioni sportive, purché riconoscibili e in relazione alle mansioni svolte, è punito con le stesse pene previste per i medesimi articoli. Tali soggetti – continua la disposizione – devono possedere i requisiti morali di cui all'articolo 11 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773”*.

Alle obiezioni sollevate in sede di prima stesura, quindi, si è pensato di dare risposta attraverso l'aggiunta dei requisiti della *“riconoscibilità”*, e della *“inerenza alla mansione svolta”* in capo allo *'steward'* in servizio in quel momento, ma soprattutto attraverso la previsione secondo cui tali soggetti debbono *“possedere i requisiti morali di cui all'articolo 11 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773”*.

Tuttavia, neanche tali ulteriori aggiustamenti, apportati in sede di conversione del decreto-legge, hanno convinto pienamente la dottrina.

Essa, infatti, sul punto, ha fatto registrare un acceso dibattito.

4. Primo dibattito (e prime critiche)

Il primo elemento di perplessità era anzitutto rappresentato dalla mancata previsione di qualsivoglia forma di sanzione²⁸ in capo alle società sportive che

²⁷ Circostanza, questa, che certamente avrebbe potuto offrire spazio a condotte di carattere abusivo da parte di costoro.

²⁸ Successivamente introdotta, infatti, dall'art. 2, 2° comma, del d.l. n. 8/07 (convertito con modificazioni, nella l. n. 41/07), il quale ha proceduto ad introdurre in seno al corpo dell'art. 6-quater un nuovo comma – l'1-bis – che adesso prevede che nei confronti delle società sportive che

avessero proceduto al ‘reclutamento’ di “*stewards*” privi dei requisiti morali disciplinati dal T.U.L.P.S.²⁹.

Le obiezioni maggiori, però, derivavano dalla circostanza per cui, per superare i dubbi sollevati in sede di prima stesura, al momento della definitiva conversione del testo di legge fosse stato effettuato da parte del legislatore un vero e proprio ‘capovolgimento’³⁰ del dettato normativo.

Per effetto della nuova formulazione dell’art. 6-quater della l. 401/89, infatti, viene ad essere introdotta una nuova fattispecie di reato, la quale prevede che chiunque commetta uno dei reati di cui agli artt. 336 e 337 del codice penale (violenza o minaccia o resistenza ad un pubblico ufficiale) nei confronti dei soggetti addetti ai controlli venga punito con le stesse pene previste da detti articoli, facendo in modo, però, di rendere inoperante l’estensione della qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo allo “steward” in servizio in quel momento.

Attraverso tale disposizione, quindi, si finiva coll’introdurre una ‘nuova’ fattispecie di reato, che risulta diversa sia rispetto alla precedente, sia rispetto alle fattispecie previste dagli artt. 336 e 337 c.p. (Violenza, Minaccia o Resistenza a pubblico ufficiale), ma che coincide con queste ultime solo per quanto riguarda gli elementi della condotta, dell’elemento soggettivo del dolo e della misura della pena³¹.

L’infelice tecnica normativa adottata dal legislatore non poteva mancare di suscitare ulteriori prese di posizione da parte della dottrina.

A fronte dell’orientamento appena citato – propenso a non riconoscere in capo a tali soggetti la qualifica di p.u. o di soggetto incaricato di un pubblico servizio – se ne registrava un altro³² che, invece, ponendo in luce la circostanza

abbiano incaricato dei suddetti compiti (controllo dei titoli d’accesso, instradamento degli spettatori e rispetto del regolamento d’uso dell’impianto) soggetti privi dei requisiti di moralità previsti dal T.U.L.P.S. (Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773), sia irrogata, da parte del Prefetto della Provincia in cui tali società hanno sede legale o operativa, la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da un minimo di 20.000 ad un massimo di 100.000 euro.

²⁹ Si allude, in particolare, all’art. 11 del Testo Unico delle Leggi di pubblica sicurezza (r. d. 773/31), che, in tema di rilascio di autorizzazioni di polizia, prevede – quale condizione necessaria – il non avere riportato una condanna a una “*pena restrittiva della libertà personale superiore a tre anni per delitto non colposo*”, la non sottoposizione alla sorveglianza speciale o a misure di sicurezza, il non avere commesso una serie di delitti (principalmente contro l’ordine pubblico o la personalità dello Stato), e comunque, quale condizione ostativa generica, il non poter provare la propria “*buona condotta*”.

³⁰ Così O. FORLENZA, “*Si inasprisce il quadro sanzionatorio contro l’attività di bagarinaggio*”, in Guida al Diritto, Milano, 2005, fasc. 42, p. 20.

³¹ Sono questi – essenzialmente – i rilievi critici mossi da O. FORLENZA, “*Si inasprisce il quadro sanzionatorio...*”, *op. cit.*, p. 20, il quale ritiene mancante – almeno sul piano del riconoscimento formale – la qualifica di P.U. o di persona incaricata di pubblico servizio in capo agli “stewards”.

³² F. PALMERO, “*Novità di diritto penale sostanziale*”, in Diritto Penale e Processo, Milano, 2006, fasc. 4, p. 424 e ss.

per cui l'obiettivo perseguito dal legislatore attraverso l'inserimento di tale disposizione fosse comunque rappresentato dalla necessità di assicurare una *"maggiore tutela del personale impiegato presso gli stadi"*, è incline a riconoscere in capo a tali soggetti la qualifica di 'incaricati di un pubblico servizio' – ai sensi dell'art. 358 del codice penale – ritenendo che l'attività svolta da questi soggetti presenti i caratteri tipici di un servizio pubblico³⁵.

Tale ulteriore presa di posizione, peraltro, non rimaneva isolata, ma veniva fatta propria anche da altra dottrina che³⁴, pur ritenendo che la normativa in tema di 'stewards' intendesse *"privilegiare la definizione di una figura con forte caratterizzazione di accoglienza, pur affidandogli importanti attività per la messa in sicurezza dell'impianto sportivo"*, metteva in risalto la circostanza per cui l'attività da essi compiuta fosse idonea a realizzare una forma di sicurezza c.d. 'integrata' (nell'ambito e nel corso di tali manifestazioni), idonea a racchiudere tanto *"la nozione di 'safety'"*, quanto quella *"di 'security'"*³⁵.

Altra dottrina ancora³⁶, addirittura, riteneva la disposizione normativa affetta da una sorta di *"vizio di tautologia"* rispetto alla disciplina codicistica (pur limitatamente alla sua prima stesura), ponendo in luce la circostanza che la disposizione di cui all'art. 6-quater della l. 401/89 non potrebbe mai né derogare, né integrare l'articolo 358 del codice penale, stante la formula 'chiusa' che avrebbe tale articolo³⁷.

L'art. 358 del codice penale, infatti, nel disciplinare – al 2° comma – la nozione di pubblico servizio, stabilisce che per esso debba intendersi *"un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e delle prestazioni di opera meramente materiale"*.

Orbene, la dottrina appena citata³⁸ metteva in risalto il fatto che la definizione di pubblico servizio contenuta nel codice penale *"si presenta in una formula di chiusura che pretende di esaurire in sé il requisito della determinatezza"*, ragion per cui – sempre secondo quanto da essa fatto notare – stante i caratteri di tassatività e determinatezza che possiede l'art. 358 del Codice Penale, una nuova norma potrebbe soltanto derogare – a scopo integrativo – la norma del codice, risolvendosi altrimenti in una mera tautologia di esso.

Sarebbe proprio questa l'ipotesi prevista dal 'nuovo' art. 6-quater.

³⁵ F. PALMERO, *op. cit.*, p. 429, la quale pure riconosce l'esistenza di *"una imprevista situazione di grande incertezza in merito al significato da attribuire alla norma di cui all'art. 6-quater... frutto di un cattivo modo di legiferare"*.

³⁴ L. MUSUMARRA, *"La gestione della sicurezza negli impianti sportivi: gli steward"*, articolo rinvenibile nella rivista on-line: <http://www.giustiziasportiva.it>;

³⁵ Cfr. L. MUSUMARRA, *"La gestione della sicurezza..."*, *op. cit.*, p. 8.

³⁶ A. NAZZARO, *"Normativa anti violenza negli stadi: spunti e riflessioni"*, in Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, Bologna, 2005, Vol. I, fasc. 2, p. 45 e ss.

³⁷ A. NAZZARO, *op. cit.*, p. 57.

³⁸ A. NAZZARO, *op. cit.*, pp. 56-57.

5. *Seconda disciplina*

Prima di passare al vaglio critico dei vari orientamenti dottrinali fattisi registrare sulla materia (tutti, peraltro, anteriori all’entrata in vigore della normativa di attuazione sugli “*stewards*”, ex d.m. 27449/07), per poter rispondere in ordine al quesito relativo alla natura giuridica di questa particolare categoria di soggetti, si ritiene necessario procedere all’esame della normativa d’attuazione, che fornisce una disciplina dettagliata sia in merito ai poteri, sia soprattutto in merito alle mansioni che questi soggetti sono chiamati a svolgere.

Nonostante l’entrata in vigore dell’art. 6-quater della l. 401/89, infatti, rimanevano ancora privi di disciplina di dettaglio quelli che dovevano essere i poteri e le mansioni da attribuire a questi soggetti.

L’art. 2-ter della legge 8 aprile 2007, n. 41 (di conversione del d.l. n. 8 dell’8 febbraio 2007, o “Decreto-Amato”, anche qui dal nome del Ministro proponente)³⁹, ebbe modo di prevedere che, con successivo decreto ministeriale – da emanarsi entro sessanta giorni dall’entrata in vigore della legge di conversione – fossero stabiliti i “*requisiti e le modalità di selezione e di formazione del personale incaricato dei servizi di controllo dei titoli d’accesso agli impianti sportivi, nonché di instradamento degli spettatori e di verifica del rispetto del regolamento d’uso degli impianti medesimi*”.

Tale delega legislativa ha avuto finalmente attuazione con l’adozione del citato decreto n. 27449 del 2007.

Vero e proprio elemento di rottura (e di discontinuità, rispetto al passato) di tale provvedimento normativo è stato quello di fare finalmente chiarezza in merito al diretto coinvolgimento delle società sportive nelle problematiche legate alla sicurezza⁴⁰ (fino ad allora, per la verità, assai poco responsabilizzate, soprattutto sotto il profilo sanzionatorio, in merito a tali problematiche), ma soprattutto all’incolumità degli spettatori ed al rispetto dell’ordine pubblico. Ciò che vale tanto all’interno degli impianti, quanto in prossimità delle loro vie d’accesso (i c.d. “*tornelli*”), dovendo, anzi, proprio nella prospettiva del perseguimento di tali finalità rinvenirsi la principale chiave di lettura della disciplina ministeriale.

Le novità introdotte attraverso il d.m. 27449/07 possono così sintetizzarsi.

Secondo quanto previsto dal provvedimento in oggetto, agli “*stewards*” vengono conferite le funzioni di tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico all’interno degli stadi, sia pure attraverso un’attività complementare e coordinata rispetto a quella ordinariamente svolta da parte delle forze di P.S.

Il decreto ministeriale affida, ormai in maniera esclusiva, a carico delle

³⁹ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 32 del 08/02/2007 (“*Misure urgenti per la prevenzione e la repressione di fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche*”).

⁴⁰ Come auspicato, in tempi non sospetti, da M. LAUDI (v. sub nota 3).

società sportive (si badi bene: nella loro qualità di ‘*soggetti organizzatori*’⁴¹ dell’evento sportivo) i compiti di controllo dei titoli di accesso e di instradamento degli spettatori, nonché il rispetto del regolamento d’uso dell’impianto, e ciò “*a mezzo di personale specificamente addetto, appositamente selezionato e formato*”.

Le società devono accertare che il personale – la cui selezione e formazione è onere ormai posto a loro esclusivo carico⁴² – addetto a tali attività sia in possesso di tutti quei requisiti fisici, culturali e psico-attitudinali che lo stesso provvedimento disciplina (in maniera, peraltro, abbastanza puntuale⁴³).

È altresì previsto che l’elenco nominativo dei candidati che s’intendono avviare ai corsi di formazione venga trasmesso all’autorità prefettizia competente (secondo il luogo in cui ha sede l’impianto sportivo interessato), la quale ne dovrà curare il controllo e l’aggiornamento, nonché la verifica periodica della permanenza in capo a tali soggetti dei requisiti richiesti dalla legge.

Con tale provvedimento, inoltre, è stata data attuazione alla Risoluzione del Consiglio dell’Unione Europea del 4 dicembre 2006, concernente un “manuale aggiornato di raccomandazioni per la cooperazione internazionale tra forze di polizia e misure per prevenire e combattere la violenza e i disordini in occasione delle partite di calcio di dimensioni internazionali”, alle quali deve adeguarsi ogni Stato membro (Racc. 2006/C n. 322/01)⁴⁴.

Esaminando più in dettaglio quelle che sono le attività e le mansioni che il d.m. 27449 pone a carico degli ‘*stewards*’, il punto di partenza è in tal senso rappresentato dall’art. 6 del citato testo normativo.

Tale articolo procede a fare un’elencazione e una descrizione dei vari compiti che questi soggetti sono chiamati a svolgere, suddividendoli in sette grandi tipologie, tra cui: 1) Attività di “bonifica”; 2) Attività di “prefiltraggio”; 3) Attività di “filtraggio”; 4) Attività d’instradamento all’interno dell’impianto sportivo; 5) “altre attività” all’interno dell’impianto sportivo; 6) assistenza alle persone diversamente abili; 7) attività in caso di “violazione del regolamento d’uso dell’impianto”.

Di ciascuna delle attività menzionate in elenco, il regolamento d’attuazione fornisce un’ulteriore specificazione attraverso la descrizione di tutta una serie di mansioni ad esse collegate, che contribuiscono non solo a connotarle singolarmente, ma anche a distinguerle le une rispetto alle altre.

⁴¹ Sui cui profili di responsabilità, segnaliamo nuovamente lo scritto di G. LIOTTA, “*Attività sportive e responsabilità dell’organizzatore*” (v. sub nota 6).

⁴² Secondo quanto previsto dal Protocollo d’Intesa, sottoscritto il 12/04/2007 tra Ministero dell’Interno, C.O.N.I. e F.I.G.C., avente ad oggetto le modalità di reclutamento e di formazione del personale addetto alla pubblica incolumità presso gli impianti sportivi.

⁴³ Sono infatti previste modalità di reclutamento, corsi di formazione, enti e modalità di certificazione delle attività formative svolte, e varie altre disposizioni.

⁴⁴ Pubblicata in G.U. dell’U.E., in data 29/12/2006.

Per quel che riguarda l’attività qualificata come di “bonifica”, essa si sostanzia in un’attività di ispezione preventiva dei locali, tanto all’aperto (e quindi spalti, recinzioni, aree di passaggio ecc.), quanto al chiuso (aree di passaggio ‘chiuse’, servizi igienici, locali interni, ecc.) dell’impianto, al fine di garantire la messa in sicurezza dello stesso, soprattutto da tutti quegli oggetti che possano rappresentare un pericolo per la pubblica incolumità.

A tal fine, i soggetti a ciò incaricati (gli “*stewards*”), hanno facoltà di rimuoverli o, nei casi più gravi, di procedere alla loro segnalazione nei confronti delle forze dell’ordine⁴⁵.

Per quel che riguarda l’attività di “prefiltraggio”, essa si caratterizza per la verifica del possesso – in capo allo spettatore – della regolarità del titolo d’accesso, attraverso l’accertamento della conformità della sua intestazione rispetto all’identità della persona fisica che lo possiede⁴⁶.

Per ciò che concerne l’attività qualificata come di “filtraggio”, essa si sostanzia nel controllo del rispetto del regolamento d’uso dell’impianto, e viene in rilievo soprattutto al fine di evitare, da un lato, l’introduzione di oggetti o di sostanze illeciti, proibiti, o “*comunque pericolosi per la pubblica incolumità*”, e, dall’altro lato, al fine di regolamentare i flussi d’accesso degli spettatori nell’impianto sportivo, attraverso la loro canalizzazione negli appositi varchi⁴⁷ installati in prossimità degli ingressi.

L’attività d’instradamento all’interno dell’impianto, invece, si sostanzia nella possibilità d’indicare al titolare del biglietto la corretta ubicazione del posto a lui assegnato, mentre, per quel che riguarda quelle che vengono denominate come “altre attività all’interno dell’impianto sportivo”, è significativo rilevare come – per tutto il periodo di permanenza del pubblico all’interno dell’impianto – agli “*stewards*” siano riconosciuti poteri di varia natura, quali il controllo del rispetto del Regolamento d’uso (dell’impianto), la vigilanza dei luoghi e lungo il perimetro delle aree di sicurezza (“*finalizzata ad evitare indebiti accessi nell’impianto medesimo attraverso lo scavalcamento delle recinzioni e dei separatori*”), l’osservazione e la vigilanza degli spettatori (“*inclusa la verifica della corrispondenza dell’identità del possessore del biglietto e quella di colui che materialmente occupa il posto, finalizzati anche a prevenire e rilevare comportamenti illici-*

⁴⁵ La norma (art. 6 d.m. 27449/07) in proposito fa riferimento alla: “*verifica della stabilità e dell’ancoraggio di strutture mobili*”, di “*rimozione di eventuali oggetti illeciti o proibiti*”, nonché di “*verifica della funzionalità degli impianti antincendio, delle uscite di sicurezza e dei sistemi di videosorveglianza*”.

⁴⁶ Potendo richiedere, a tal fine, l’esibizione di un valido documento d’identità, ed arrivando a negare l’ingresso in caso di difformità tra l’intestazione del biglietto e l’identità di colui che lo possiede, “*ovvero nell’ipotesi in cui la medesima persona sia sprovvista del suddetto titolo d’identità*”.

⁴⁷ I c.d. “tornelli”, ossia varchi metallici che consentono l’accesso all’impianto previa verifica elettronica del titolo d’accesso.

ti o comunque pericolosi per la pubblica incolumità”), l’osservazione e la vigilanza degli accessi e delle zone interdette al pubblico, la custodia di oggetti e/o di materiali lasciati incustoditi, ed infine il “*concorso attivo nelle procedure inerenti alla pubblica incolumità ed alle emergenze. ed ogni altro controllo ed attività per il cui espletamento non è richiesto l’esercizio di pubbliche potestà o l’impiego operativo di appartenenti alle Forze di Polizia*”.

Va da sé, quindi, come già da una prima lettura del testo normativo emerge con chiarezza il tenore ispettivo (e di ausilio con le forze dell’ordine) che caratterizza i poteri e le mansioni riconosciuti in capo a questi soggetti, potendo questi essere esercitati nei confronti di tutti gli spettatori muniti di regolare tagliando d’ingresso, ed “*in tutte le aree interessate dalla loro presenza*”.

6. *In particolare: “l’Attività in caso di violazione del Regolamento d’uso”*

Particolarmente interessante – ai fini della presente indagine – è quel tipo di attività che viene denominata come “Attività in caso di violazione del Regolamento d’uso”.

Posto, infatti, che la legge pone a carico delle società sportive organizzatrici l’obbligo di “*affiggere in tutti i settori degli stadi copie del regolamento d’uso dell’impianto*”, nonché quello di “*prevedere che sul retro dei biglietti sia espressamente indicato che l’acquisto del biglietto stesso comporta l’obbligo del rispetto del regolamento d’uso dell’impianto quale condizione indispensabile per l’accesso e la permanenza all’interno dello stadio*”⁴⁸, il decreto ministeriale n. 27449/07 prevede che in caso di trasgressione delle norme di accesso o di permanenza all’interno dell’impianto, nonché delle norme relative al suo utilizzo, lo steward possa procedere a negare l’accesso al contravventore oppure, in alternativa, ad invitarlo a lasciare l’impianto, oppure infine, in caso di diniego da parte di quest’ultimo (e limitatamente a quelle violazioni “*che prevedano l’applicazione della sola sanzione amministrativa pecuniaria*”), accertarne l’identità – attraverso la richiesta di esibizione del titolo d’accesso e di un valido documento d’identità – e segnalarne il nominativo nei confronti degli agenti delle Forze dell’ordine, ai sensi dell’art. 13 della Legge 24 novembre 1981, n. 689, allo scopo di stimolarne il loro intervento.

Da un primo esame della normativa, quindi, può ragionevolmente escludersi che in capo agli “*stewards*” possa essere riconosciuta la natura di pubblici ufficiali, ai sensi dell’art. 357 del codice penale.

Se tale norma infatti richiede – ai fini del riconoscimento della qualifica di Pubblico Ufficiale – l’esercizio di una pubblica funzione amministrativa “*caratte-*

⁴⁸ Così all’art. 9, comma 3-bis, della l. 41/07.

*rizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi*⁴⁹, in nessuna delle suddette norme, invero, è possibile rinvenire la presenza di tali poteri in capo a questi soggetti.

Gli “*stewards*”, infatti, sono soggetti non inquadrati – sotto il profilo giuridico-formale – alla pubblica amministrazione, né tantomeno sono dotati di poteri autoritativi o certificativi⁵⁰.

Per quel che riguarda, invece, la possibilità di riconoscere nei loro confronti la qualifica di incaricati di pubblico servizio – ai sensi dell’art. 358 del codice penale – occorre soffermarci nuovamente sulla nozione fornita dal codice.

L’art. 358 c.p., infatti, prevede che: “*Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio – prosegue la norma al 2° comma – deve intendersi un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest’ultima, e con esclusione delle semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale*”.

La ‘nuova’ formulazione dell’art. 358 c.p. – come risultante dalla novella effettuata dalla legge n. 86 del 26 aprile 1990 – nel fornire la nozione di ‘*persona incaricata di un pubblico servizio*’, accoglie una concezione funzionale-oggettiva dello stesso⁵¹ ed elimina, al contempo, ogni riferimento tra il tipo di rapporto intercorrente tra lo Stato (o altro ente pubblico) ed il soggetto che presta il suo servizio⁵².

In altre parole, tale disposizione finisce con l’attribuire rilevanza giuridica al concreto esercizio di un’attività preordinata al soddisfacimento di uno specifico interesse pubblico⁵³, anche prescindendo da ogni tipo di rapporto che possa intercorrere tra l’ente-datatore di lavoro ed il soggetto per conto del quale egli presti la propria attività.

Inoltre, il secondo comma dell’art. 358, nel precisare il contenuto di detta nozione, ricorre – come evidenziato dalla dottrina⁵⁴ – alla compresenza di un connotato positivo, nonché di un (duplice) connotato negativo.

⁴⁹ La legge prevede che delle attività svolte dagli “stewards” sia redatta apposita documentazione (“*su apposita modulistica da predisporre a cura del responsabile o del delegato alla sicurezza, trasmessa al responsabile del G.O.S.*”), ma è chiaro che difficilmente tale documentazione potrebbe avere rilevanza al di fuori di quelli che sono i rapporti tra questi ed il responsabile per la sicurezza.

⁵⁰ Nelle funzioni apicali essi debbono redigere una sorta di Relazione di servizio, ma questa ha validità unicamente per finalità di tipo interno.

⁵¹ Così Cass., Sez. VI Pen., 18/01/1994, n. 138.

⁵² G. FIANDACA-E. MUSCO, “*Diritto Penale, Parte Speciale*”, Bologna, 1997, Vol. I, p. 175 e ss.

⁵³ A. PAGLIARO, “*Principi di Diritto Penale, Parte Speciale*”, Milano, 2003, p. 19.

⁵⁴ G. FIANDACA-E. MUSCO, “*Diritto Penale...*”, *op. cit.*, p. 175.

Il primo è rappresentato dalla circostanza per cui un servizio pubblico, per essere considerato tale ai fini della legge penale, dev'essere disciplinato da norme di diritto pubblico.

Il secondo si caratterizza, da un lato, per la mancanza dei 'poteri tipici' della pubblica funzione (si allude ai "*poteri di natura deliberativa, autorizzativa e certificativa*", di cui all'art. 357 c.p.), dall'altro lato, per l'"*esclusione dello svolgimento di semplici mansioni d'ordine*", nonché "*della prestazione di opera meramente manuale*".

Orbene, nell'ambito della normativa che disciplina la figura degli "stewards", i primi due requisiti possono ragionevolmente ritenersi rispettati.

Lo 'steward', infatti (o – per usare la definizione adottata dalla legge italiana – il "*soggetto incaricato del controllo dei titoli di accesso, dell'instradamento degli spettatori, nonché di assicurare il rispetto del regolamento d'uso dell'impianto*"), è figura che è stata sin dal primo momento introdotta con apposito provvedimento di legge⁵⁵ (peraltro da tempo, e da più parti, invocato e condiviso⁵⁶).

In un momento successivo, esso ha nuovamente trovato la sua disciplina d'attuazione attraverso un atto normativo di secondo grado, di diretta emanazione dell'autorità di governo⁵⁷, sempre previa delega legislativa⁵⁸.

Ad ulteriore riprova dell'importanza e della natura 'pubblica' che a tali funzioni d'ordine è stata riconosciuta da parte della stessa Pubblica Amministrazione, va rilevato come – in seno alla normativa d'attuazione – è previsto il controllo diretto da parte dell'Autorità prefettizia nei confronti di tali soggetti, ai fini del mantenimento dei requisiti necessari per l'accesso e lo svolgimento di dette attività, pena il decadimento dall'incarico e l'applicazione di una sanzione amministrativa in capo alle società che si fossero trovate a 'reclutare' soggetti privi di tali requisiti.

Ad ulteriore conferma di tutto ciò, basti rammentare che negli'intendimenti dell'Unione Europea è stata rilevata la necessità che le attività svolte dagli 'stewards' debbano svolgersi in stretta collaborazione con le forze dell'ordine, realizzando quella forma di sicurezza "integrata", che include in sé tanto la nozione di 'safety' quanto quella di 'security'⁵⁹.

Nemmeno a livello interno, infine, va dimenticato come già in sede di

⁵⁵ L'art. 1 del d.l. 162/05, che, come visto in precedenza (par. 3), ha introdotto l'art. 6-quater nel corpo della legge 401/89.

⁵⁶ Basti leggere la Relazione governativa al d.l. 162/05 ("Decreto-Pisanu"), pubbl. su Guida al Diritto, Milano, 2005, fasc. 34, p. 20 ss.

⁵⁷ Il d. min. 27449/07.

⁵⁸ L'art. 2-ter del citato d.l. n. 8/07.

⁵⁹ Così negli Atti della Conferenza internazionale organizzata dalla Commissione europea, "*Towards an EU strategy against violence in sport*", Bruxelles, 28-29 Novembre 2007, già citata da L. MUSUMARRA, "*La gestione della sicurezza...*", *op. cit.*, p. 8.

relazione governativa del d.l. 162/05 (che, come visto in precedenza, ebbe per la prima volta a introdurre l’art. 6-quater) il legislatore ha esplicitamente evidenziato la circostanza per cui le funzioni da questi svolte siano “*assimilabili a quelle di ausilio delle forze dell’ordine*”⁶⁰.

La stessa dottrina, proprio all’indomani dell’introduzione dell’art. 6-quater nell’impianto della L. 401/89 non mancò di rilevare – ancora una volta in maniera puntuale – come le funzioni esercitate da questi soggetti siano “*chiaramente finalizzate al perseguimento di un rilevante interesse di carattere generale, ovvero il mantenimento dell’ordine pubblico e della sicurezza in occasione di manifestazioni sportive*”⁶¹.

Si può pacificamente concludere, allora, che il mantenimento dell’ordine pubblico nell’ambito e nel corso delle manifestazioni sportive – tanto all’interno degli stadi, quanto nelle loro ‘*immediate adiacenze*’ – sia un compito considerato dal legislatore (anche europeo, come poc’anzi visto) alla stregua di un’attività avente interesse pubblico, e che, proprio per tale ragione, esso venga affidato – in maniera congiunta e coordinata – tanto alle forze dell’ordine quanto agli “*stewards*”.

Le funzioni attribuite a questa particolare categoria di soggetti si caratterizzano, invero, per una dimensione di maggiore ausilio e sostegno nei confronti degli spettatori – ai fini di una pacifica partecipazione all’evento sportivo – rispetto a quelle normalmente svolte da parte dei rappresentanti delle forze dell’ordine (generalmente chiamati ad intervenire nelle situazioni di grave tumulto e disordine).

7. *Semplici ‘mansioni d’ordine’?*

Stando così le cose, allora, l’unico problema che rimane da risolvere (nonché vero ‘punto nodale’ della questione) sarà quello di verificare, o meno, la presenza – in capo a questi soggetti – dell’ultimo dei requisiti previsti l’art. 358 del codice penale.

Si vuole alludere alla possibilità di escludere (o, viceversa, ritenere sussistente) lo svolgimento, nei confronti di questi ultimi, di quelle “*semplici mansioni di ordine*”, nonché delle “*prestazioni di opera meramente materiale*”, espressamente richiamate dalla norma del codice penale.

Per rispondere in merito a tale quesito, occorrerà tornare brevemente alle tre “macro-aree” di attività che questi soggetti sono chiamati a svolgere.

⁶⁰ Così – testualmente – si legge nella Relazione, pubblicata su Guida al Diritto, 2005, fasc. 34, p. 20 e ss.

⁶¹ Così, F. PALMERO, “*Novità di...*”, *op. cit.*, p. 429.

Secondo il combinato disposto della l. 401/89 e del d.m. 27449/07 tali attività si sostanziano nel controllo dei titoli di accesso, nell'instradamento degli spettatori (nelle aree dell'impianto adibite alla visione della gara), e nella vigilanza, finalizzata al rispetto del Regolamento d'uso dell'impianto stesso.

Per quel che concerne le prime due grandi tipologie di attività, appare difficilmente configurabile un'attività materiale non avente carattere ripetitivo, che possieda un certo grado di discrezionalità (certamente, non in quello che è il loro ordinario svolgimento).

Anzi le suddette attività si possono pacificamente accostare a semplici mansioni d'ordine oppure, in alternativa, a prestazioni d'opera aventi mero carattere materiale.

Con riferimento, invece, alla terza "macro-area" di attività che tali soggetti sono chiamati a svolgere (avente per oggetto il 'rispetto del Regolamento d'uso dell'impianto'), è stato fatto notare⁶² come tali soggetti, pur dovendo agire "*sotto la vigilanza del responsabile del gruppo operativo di sicurezza*"⁶³, godono di un certo margine d'autonomia nell'espletamento delle loro mansioni, potendo essere chiamati a far fronte a situazioni d'emergenza (quali, ad esempio, l'interruzione delle operazioni di accesso in presenza di situazioni di disordine, tumulto, o comunque di pericolo per l'ordine pubblico), oppure a rimuovere personalmente gli ostacoli riscontrati al momento del controllo dei varchi di accesso o delle vie di sicurezza, oppure infine "*a valutare l'efficacia di un proprio intervento personale*".

Basti richiamare quei casi in cui – tanto in quella che viene denominata come attività di "prefiltraggio", quanto in quella che prende il nome di "filtraggio" – gli "*stewards*" sono tenuti ad attivare le procedure "*volte ad evitare l'introduzione di oggetti, strumenti e materiali illeciti, proibiti, atti ad offendere, o comunque pericolosi per la pubblica incolumità*" (così, l'art. 6 d.m. 27449/07), oppure ancora alle ipotesi in cui – nell'ambito di quelle che sono qualificate come "*altre attività all'interno dell'impianto sportivo*" – costoro si vedano riconosciuti ampi poteri ispettivi e di vigilanza, tutti preordinati alla tutela dell'ordine pubblico nel corso di tali manifestazioni.

Ciò è riscontrabile tanto per quanto riguarda il controllo degli accessi, delle aree di passaggio e delle zone interdette al pubblico, quanto per ciò che concerne il controllo degli oggetti e dei materiali lasciati incustoditi, quanto per quel che concerne l'eventuale separazione – nell'ambito di uno stesso settore – di gruppi di spettatori attraverso la creazione di zone temporaneamente sottoposte a divieto di stazionamento e movimento, quanto, infine, per ciò che concerne la possibilità di "*verificare la corrispondenza dell'identità del possessore del biglietto e quella di colui che materialmente occupa il posto*"⁶⁴.

⁶² Sempre da F. PALMERO, "*Novità di...*", *op. cit.*, p. 429.

⁶³ Giusta la previsione di cui all'art. 2 del d.m. 08/08/07.

⁶⁴ Attività che – recita il testo normativo – è "*finalizzata a prevenire e rilevare comportamenti illeciti o comunque pericolosi per la pubblica incolumità*".

In tutti questi casi è la stessa disciplina ministeriale⁶⁵ a prevedere che tutti questi poteri e mansioni siano loro riconosciuti al fine di valutare la possibilità di un loro intervento immediato e personale (soprattutto nei casi d’infrazioni di lieve entità), oppure di procedere all’immediata segnalazione – nei confronti alle forze dell’ordine – dei soggetti contravventori (stante il “*concorso attivo nelle procedure inerenti alla pubblica incolumità ed alle emergenze*” cui essi sono tenuti, nonché “*ogni altro controllo o attività disposti dalle autorità di pubblica sicurezza per il cui espletamento non è richiesto l’esercizio di pubbliche potestà o l’impiego operativo di appartenenti alle Forze di polizia*”).

Puntualmente, anzi, è stato fatto notare che, dall’analisi delle mansioni loro attribuite – sia per quanto riguarda le attività aventi ad oggetto il mantenimento della sicurezza dell’impianto (incolumità pubblica/*safety*), sia per quanto riguarda le attività sottese, invece, alla gestione dell’impianto sportivo ed all’organizzazione dell’evento (rispetto del regolamento d’uso/*security*) – emerge come entrambe queste tipologie di attività siano “*sovrapponibili alla pubblica funzione assolta in occasione dell’evento sportivo dagli organi istituzionali responsabili delle attività di soccorso pubblico e di ordine e sicurezza pubblica, che le esplicano attraverso soggetti – pubblici ufficiali – titolari delle correlate potestà pubbliche*”⁶⁶.

Minimo comune denominatore di tutte le attività appena citate è, quindi, la tutela dell’ordine pubblico nel corso delle manifestazioni sportive, nell’ambito della quale gli “*stewards*” si vedono riconosciuto un certo margine di autonomia e di discrezionalità nell’esplicazione delle mansioni loro affidate.

Il che vale – è bene sottolineare – non solo sotto il profilo della valutazione dell’entità dell’infrazione commessa, ma soprattutto ai fini della necessità di ricorrere ad un loro intervento immediato e personale (senza l’ausilio delle forze dell’ordine).

8. Conclusioni

Dalle considerazioni sin qui svolte se ne dovrà concludere, allora, che nelle ipotesi ivi menzionate gli “*stewards*” possano rivestire la qualifica di persone incaricate di un pubblico servizio, ai sensi dell’art. 358 del codice penale, alla luce della sua concezione oggettiva.

I più recenti orientamenti giurisprudenziali⁶⁷, infatti, hanno precisato che la

⁶⁵ Più precisamente, all’art. 6, lett. e), del d.m. 27449/07.

⁶⁶ Così L. MUSUMARRA, “*La gestione della sicurezza...*”, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁷ Cass., Sez. VI Pen., 18/06/2007, n. 23753 (pubbl. su *Diritto Penale e Processo*, Milano, 2008, fasc. 5, p. 611 e ss., con nota critica di Rossi S., “*Incaricato di pubblico servizio e ‘concezione oggettiva’: permangono le incertezze giurisprudenziali*”).

concezione oggettiva di persona incaricata di pubblico servizio deve ritenersi rispettata ogniqualvolta un soggetto – a prescindere da quella che possa essere la disciplina giuridica applicabile al suo rapporto di lavoro (di diritto pubblico o di diritto privato) – venga a svolgere un’*attività direttamente funzionale alle finalità pubbliche*⁶⁸.

Tra queste si può pacificamente inserire la tutela dell’ordine pubblico nel corso delle manifestazioni sportive.

Ad ulteriore conferma di una precisa volontà da parte del legislatore in tal senso, va inoltre segnalato come – sempre attraverso il citato d.l. 8/07 – è stato introdotto nell’impianto del codice penale un nuovo articolo – il 583-*quater* – che oggi prevede, quale autonoma fattispecie di reato, quella relativa alle *“lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico nel corso delle manifestazioni sportive”*.

Il ricorso alla generica nozione di *“pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico”* nel corso di tali manifestazioni non troverebbe alcuna ragion d’essere se non nella precisa volontà, da parte del legislatore, di predisporre una tutela quanto più efficace possibile nei confronti di *tutti* quei soggetti⁶⁹ che, a *qualunque* titolo, sono chiamati a garantire il rispetto dell’ordine pubblico nel corso delle manifestazioni sportive⁷⁰.

In proposito, una dottrina⁷¹ non ha mancato di mettere in luce la circostanza per cui tale norma non avrebbe *“alcuna coerenza normativa, né utilità, se non collegata al presupposto di un’assunzione di responsabilità tipica dell’incaricato di pubblico servizio”*.

Sarà – come sempre – l’esperienza concreta a fornire ulteriori indicazioni

⁶⁸ L’Autrice poc’anzi citata, nella sua nota di commento (p. 618) pone in luce la necessità di *“verificare se la singola mansione rappresenti la concretizzazione dell’intenzione pubblicistica della pubblica amministrazione o se, al contrario, non sia espressione di una volontà imprenditoriale della stessa”*.

In proposito, ella procede a richiamare quelli che sono stati qualificati dalla giurisprudenza come ‘indici rivelatori di pubblicità’, tra cui: a) la sottoposizione ad una attività di controllo ed indirizzo a fini sociali da parte dell’autorità pubblica; b) il potere di conferimento e revoca dei poteri direttivi da parte di un ente pubblico; c) il carattere pubblico delle risorse finanziarie impiegate; d) il perseguimento di finalità di interesse pubblico; e) il carattere strumentale dell’attività svolta ai fini del perseguimento di interessi collettivi.

⁶⁹ La norma, infatti, allude genericamente ai *“pubblici ufficiali in servizio di ordine pubblico nel corso delle manifestazioni sportive”*.

Non è chiaro, quindi, se essa debba ritenersi riferibile solamente alle forze di polizia, oppure anche gli ‘stewards’ in servizio, dovendosi ritenere qualificante – sul piano concreto – il semplice svolgimento di un *“servizio di ordine pubblico nel corso delle manifestazioni sportive”*.

⁷⁰ Detta disposizione era stata invocata dalla dottrina (A. NAZZARO, *op. cit.*, p. 58), in tempi nemmeno troppo recenti.

⁷¹ R. MASSUCCI, *“Steward. Profili giuridici, compiti e responsabilità”*, articolo pubblicato nel sito internet: <http://www.osservatoriosport.it>.

rispetto alle considerazioni sin qui svolte, ma soprattutto a dare piena prova dell’efficacia della normativa d’attuazione ormai da tempo in vigore, in un’ottica di prevenzione (ancor più che di repressione) di condotte che, con una preoccupante *escalation* di episodi di violenza, troppo spesso hanno finito col trasformare le manifestazioni sportive da momenti di svago e di aggregazione sociale – quali è auspicabile siano sempre – a mere occasioni per dare sfogo alle condotte più aggressive, violente e sconsiderate.

Bibliografia

- FIANDACA G.-MUSCO E., “*Diritto Penale – Parte Speciale*”, Vol. I, Bologna, 1997.
- FORLENZA O., “*Un inquadramento a rischio di legittimità per chi controlla i tagliandi d’ingresso*”, Guida al Diritto, Milano, 2005, fasc. 34.
- (Idem), “*Si inasprisce il quadro sanzionatorio contro l’attività di bagarinaggio*”, Guida al Diritto, Milano, 2005, fasc. 42.
- LAUDI M., “*Calcio: un servizio d’ordine gestito dalle società per rendere le nuove norme ancora più efficaci*”, in Guida al Diritto, Milano, 2001, fasc. 33.
- LIOTTA G., “*Attività sportive e responsabilità dell’organizzatore*”, Napoli, 2005.
- MASSUCCI R., “*Steward. Profili giuridici, compiti e responsabilità*”, in www.osservatoriosport.it (rivista on-line).
- MUSUMARRA L., “*La gestione della sicurezza negli impianti sportivi: gli steward*”, in www.giustiziasportiva.it (rivista on-line).
- NAZZARO A., “*Normativa anti violenza negli stadi: spunti e riflessioni?*”, in Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, Bologna, 2005, Vol. I, fasc. 2.
- PAGLIARO A., “*Principi di Diritto Penale – Parte Speciale*”, Milano, 2003.
- PALMERO F., “*Novità di diritto penale sostanziale*”, in Diritto Penale e Processo, 2006, fasc. 4.
- ROSSI S., “*Incaricato di pubblico servizio e ‘concezione oggettiva’: permangono le incertezze giurisprudenziali*”, in Diritto Penale e Processo, 2008, fasc. 5.

Riferimenti legislativi

- R.D. 18/06/1931, n. 773 (“Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza”).
- L. 13/12/1989, n. 401 (“Interventi nel settore del gioco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento delle manifestazioni sportive”).
- D.M. 25/08/1989, (“Norme di sicurezza per la costruzione e l’esercizio degli impianti sportivi”).
- D.M. 18/03/1996, n. 61, (“Norme di sicurezza per la costruzione e l’esercizio degli impianti sportivi”).

- D.M. 06/06/2005, n. 18432 (“Norme in materia di videosorveglianza, tagliandi e sicurezza”).
- D.L. 17/08/2005, n. 162, convertito con modificazioni dalla Legge 17/10/2005, n. 210 (“Ulteriori misure per contrastare i fenomeni di violenza in occasione i manifestazioni sportive”).
- D.L. 08/02/2007, n. 8, convertito con modificazioni dalla Legge 04/04/2007, n. 41 (“Misure urgenti per la prevenzione e la repressione dei fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche”).
- D.M. 08/08/2007, n. 27449 (“Organizzazione degli ‘steward’ negli impianti sportivi”).
- Codice Penale: art. 336 (“Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale”); art. 337 (“Resistenza a un pubblico ufficiale”); art. 357 (“Nozione del Pubblico Ufficiale”); art. 358 (“Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio”); art. 583-quater (“Lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico nel corso delle manifestazioni sportive”).

**“STEWARDS OF THE STADIUM, NEW EMPLOYEES TO SECURITY
AND PUBLIC ORDER: THE PUBLIC OFFICIAL, PUBLIC SERVICE
OR RESPONSIBLE FOR CONDUCTING A SERVICE OF PUBLIC NEED?”**

by Paolo Garraffa

Abstract

The paper is concerned to analyze, even critically, the discipline on the “stewards” of the stadiums.

Starting with a brief historical reconstruction of the legislation on safety of sandblasting sports (which has since been recognized the need to resort to figures of this kind), it proceeds to reconstruct the stages on the evolution that has seen legislation introduced this figure into Italian.

In the absence of their precise legal classification in the Italian law system, it tries to give an answer on that issue.

Il ricongiungimento familiare tra disciplina dei flussi migratori
e tutela del diritto all'unità familiare:
alcune riflessioni sui profili problematici e sulle prospettive
alla luce della giurisprudenza comunitaria e costituzionale

di Agata Anna Genna*

SOMMARIO: 1. Premessa: oggetto e scopo del lavoro. - 2. Le materie connesse al diritto al ricongiungimento familiare: immigrazione e famiglia. - 3. L'attuazione da parte del legislatore italiano della Direttiva 2003/86/CE. In particolare, alcune considerazioni sulle recenti modifiche introdotte. - 4. Il diritto al ricongiungimento familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia. - 5. (*segue*) ...e nella giurisprudenza della Corte costituzionale. - 6. Conclusioni. L'incidenza trasversale del diritto comunitario sul diritto nazionale di famiglia: sovranità "in discussione" anche nella disciplina dei rapporti familiari? - 7. (*segue*)... La tutela costituzionale dell'unità familiare nel bilanciamento tra diritti inviolabili dell'uomo e ordine pubblico: quale spazio per la libera circolazione degli affetti familiari?

1. *Premessa: oggetto e scopo del lavoro*

“Il ricongiungimento familiare è uno strumento necessario per permettere la vita familiare. Esso contribuisce a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione dei cittadini di paesi terzi negli Stati membri, permettendo d'altra parte di promuovere la coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale della Comunità, enunciato nel trattato”¹.

* Dottoranda di ricerca presso il Dipartimento di diritto pubblico dell'Università degli Studi di Palermo.

¹ In questi termini si esprime il contenuto del “considerando” n. 4 della Direttiva 2003/86/CE.

La Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003 è pubblicata in GUUE L 251 del 3 ottobre 2003, p. 12. Particolarmente travagliata ne è stata la gestazione. Infatti, una prima proposta di Direttiva sul ricongiungimento familiare (COM/1999/638 del 1 dicembre 1999), fu formulata dalla Commissione a seguito del parere del Parlamento europeo (COM/200/624 del 6 ottobre 2000). Il Consiglio non riuscì ad approvarla, e chiese la presentazione di una nuova proposta (COM/2002/205 del 2 maggio 2002) sulla quale fu trovato – non senza difficoltà – un accordo politico, in occasione del Consiglio Giustizia e Affari interni del 27-28 febbraio 2003. Sul procedimento di approvazione della Direttiva, cfr., tra gli altri, G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 35-37.

Da queste affermazioni, contenute nella Direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare, trae spunto l'idea del presente contributo, che si pone l'obiettivo di valutare se esista o meno uno iato tra le dichiarazioni, potremmo dire, d'intenti, contenute nel "considerando" sopra richiamato e l'effettiva tutela del diritto al ricongiungimento familiare che, solo se pienamente garantito, costituisce una delle condizioni fondamentali per consentire che la politica di immigrazione sia soprattutto una politica di integrazione².

Dal contenuto del "considerando", è possibile ricavare fin d'ora un dato di indubbio rilievo che vuole segnare un cambiamento rispetto alla pregressa concezione del migrante quale (solo) *homo oeconomicus*. Ovvero, l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, che ha riguardo al lavoratore migrante nella sua "complessità umana"³, costituisce una sorta di strumento, complesso e ricco di potenzialità – finalizzato alla realizzazione dell'unità familiare – per agevolare l'integrazione dei cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio dell'Unione europea.

L'opportunità di leggere il diritto al ricongiungimento familiare come strumento per facilitare l'integrazione sembra, infatti, costituire la chiave di volta che consente di collegare l'istituto non solo al principio della libertà di circolazione delle persone ma anche al concetto di cittadinanza dell'Unione⁴. Seguendo tale *suggerimento* il diritto in parola sembrerebbe assumere esso stesso la natura di diritto fondamentale dell'uomo. In questa direzione, la giurisprudenza comunitaria ha già dato alcuni segnali sottolineando l'esigenza di ricondurre le questioni connesse al ricongiungimento familiare al più generale problema della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo⁵. Tuttavia, è opportuno avverti-

² Attenta dottrina osserva che "l'immigrazione costituisce una risorsa importante per lo sviluppo dell'Unione e dei suoi Stati membri sia dal punto di vista strettamente economico che culturale, sociale e politico, tanto da suggerire l'adozione di un'impostazione flessibile, comune a tutti gli Stati membri, che tenga conto del fatto – come sostiene la Commissione europea – che le pressioni migratorie continueranno e che un'immigrazione ordinata può recare vantaggi all'Unione stessa, agli immigrati ed ai paesi di origine". Così, M.C. CICIRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, in *La Comunità internazionale*, n. 1/2006, p. 112.

³ L'acquisizione, sebbene abbia solo in tempi relativamente recenti assunto un'eco particolare, è in realtà stata enunciata nelle conclusioni dell'avvocato generale Trabucchi nella causa C-7/1975, *Coniugi F. v Stato belga*. Sul punto, cfr. S. NINATTI, *Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di giustizia*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 239-281.

⁴ Suggerisce tale cambiamento di prospettiva, M.C. CICIRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, cit., pp. 118-119.

⁵ In particolare, si fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia *Parlamento v. Consiglio* del 27 giugno 2006, causa C-540/2003. Tale pronuncia sembra rievocare le sentenze della Corte di giustizia, *Schmidberger* del 12 giugno 2003, C. 112/2003 e *Omega-Spielballen* del 14 ottobre 2004, C. 36/2002. Si osservi che nelle richiamate pronunce, la Corte aveva lasciato spazio agli Stati membri nell'individuazione dello *standard* di garanzia dei diritti fondamentali, tale indicazione viene recepi-

re che non si tratta di un orientamento consolidato, poiché – come si avrà modo di esaminare nel prosieguo – ciò che ancora si rinviene in maniera pressoché unanime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in quella della Corte di giustizia e della Corte costituzionale è la configurazione dell'istituto non già come un diritto pieno ed incondizionato, ma come pretesa del singolo sottoposta al bilanciamento con l'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori in entrata⁶.

Prima di esaminarne più nel dettaglio i controversi profili, però, è opportuno individuare una definizione del diritto in commento e procedere ad un inquadramento normativo dello stesso⁷.

Il ricongiungimento familiare è un istituto tramite il quale si permette a chi risiede o soggiorna regolarmente in uno Stato di essere raggiunto dai suoi familiari provenienti da altri Paesi; esso costituisce, dunque, *una situazione meramente "dinamica" e intrinsecamente transnazionale*⁸.

Attraverso l'esercizio di tale diritto si attua, pertanto, un flusso migratorio per "coesione familiare", strumentale, come già detto, alla realizzazione e al godimento dell'unità familiare⁹.

Per quanto attiene al quadro normativo, tale diritto si può ricondurre – a livello interno – nell'ambito della disciplina costituzionale a tutela della famiglia di cui agli articoli 29, 30, 31 Cost., nonché agli articoli 2, 3, 10, 2° comma e 117,

ta anche nella sentenza *Parlamento v. Consiglio* dove si consente agli Stati membri di usare un "margine di discrezionalità" rievocativo delle acquisizioni giurisprudenziali della Corte di Strasburgo. Sottolinea, oltre a tali profili, anche l'osmosi tra le due giurisprudenze sovranazionali, S. NINATTI, *Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di giustizia*, cit., pp. 276-277. Sulle sentenze *Schmidberger* e *Omega-Spielballen*, v. A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, fasc. 3, pp. 644-692.

⁶ Cfr. Corte costituzionale, 14 maggio 2006, n. 158, in *Diritto e giustizia*, n. 22/2006, p. 36 ss.; Corte costituzionale, ordinanza 17 maggio 2001, n. 140, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 1156 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Amrollabi c. Danimarca*, del 11-7-2002, ric. n. 56811/00, in *echr.coe.int*.

⁷ Sulle fonti del diritto in commento, cfr. M.C. CICIRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, cit., pp. 109-112; R. PANOZZO, *Il ricongiungimento familiare alla luce della disciplina del testo unico sull'immigrazione e del regolamento di attuazione – schema riassuntivo*, in *diritto.it*; P. FRANCO, *Sul diritto all'unità familiare nel diritto europeo e nel diritto italiano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, fasc. 1, pp. 525-529.

⁸ Così C. AMALFITANO in M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2008, p. 417.

⁹ L'art. 28 T.U. immigrazione riconosce l'unità familiare come diritto soggettivo perfetto a favore degli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, rilasciato per motivi di lavoro, di studio, asilo, motivi religiosi (art. 28, 1° comma) e, secondo la giurisprudenza, anche per motivi di famiglia.

Il diritto all'unità familiare può essere esercitato sia dallo straniero già presente nel territorio italiano che voglia riacquistare l'unità familiare perduta sia dallo straniero che facendo ingresso per la prima volta in Italia intenda mantenere l'unità familiare e quindi portare con sé i familiari stessi.

1° comma Cost. e – a livello internazionale – nell'alveo di numerosi strumenti convenzionali, tra i quali, il Patto internazionale dei diritti civili e politici firmato a New York il 16 dicembre del 1966 (artt. 17 e 23), la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre del 1989 (artt. 7, 9, 10, 16, 18-22) e la Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie firmata a New York il 18 novembre 1990 (artt. 4, 14, 17). Tra queste fonti, un rilievo particolare deve attribuirsi alla Convenzione europea del 1950 per la protezione dei diritti dell'uomo (artt. 8 e 12 CEDU).

Infine, il diritto *de quo* può ritenersi sancito anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel 2000¹⁰ (art. 7, il quale tutela espressamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare).

Dalle fonti sopra citate è possibile desumere che la disciplina del diritto al ricongiungimento familiare si presenta estremamente variegata e in continua evoluzione, in particolare, con riferimento alle diverse categorie di soggetti coinvolti nelle dinamiche del ricongiungimento¹¹.

Sulla base di questa definizione, ci si propone di esaminare trasversalmente, da un lato, l'incidenza delle linee evolutive delle politiche europea e nazionale in materia di immigrazione, soprattutto alla luce della (futura) creazione dello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia. Dall'altro, ci si prefigge di esaminare le modalità attraverso cui il legislatore europeo e quello nazionale hanno preso atto dell'evoluzione dei modelli familiari, anche con riguardo alle situazioni familiari atipiche.

Si cercherà di mantenere quale angolo visuale quello che privilegia i profili di interferenza tra le due macro-materie coinvolte, ovvero, immigrazione e famiglia, al fine di valutare quale sia la composizione che – soprattutto sotto i profili giurisprudenziali europeo e nazionale – esse trovano nell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario, in un contesto che chiaramente presenta una forte caratterizzazione transnazionale.

Nello svolgimento dell'indagine, si darà rilievo centrale al diritto al ricongiun-

¹⁰ Nuovamente proclamata e firmata dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione il 12 dicembre 2007.

¹¹ In particolare, se il diritto è invocato da un cittadino di uno Stato terzo che soggiorni regolarmente nel territorio dell'Unione, tale diritto sarà disciplinato secondo quanto disposto dalla Direttiva 2003/86/CE e della legislazione nazionale di attuazione; mentre se ad invocarlo è un cittadino comunitario che soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, allora la disciplina a cui riferirsi è quella dettata dalla Direttiva 2004/38/CE e dalle norme interne di recepimento. In argomento, con riguardo a tale ultima Direttiva e alla sua attuazione nell'ordinamento italiano, cfr., *ex plurimis*, A. LANG, B. NASCIBENE, *L'attuazione in Italia della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2007, pp. 43-63; A. LANG, *Le modifiche al decreto legislativo n. 30 del 2007 sui cittadini comunitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3-4/2008, pp. 120-139; M. MALENA, *La parabola dei decreti "sicurezza": quando il diritto non si ferma a pensare*, in www.forumcostituzionale.it.

gimento familiare così come disciplinato dalla Direttiva 2003/86/CE e dai decreti legislativi che vi hanno dato attuazione. È opportuno specificare fin d'ora che la legislazione comunitaria in materia di ricongiungimento familiare presenta due peculiari caratteristiche, dal punto di vista della tecnica legislativa usata, essa si connota per essere flessibile; inoltre, sotto il profilo del riparto delle competenze tra Comunità e Stati membri, essa riconosce a questi ultimi talune deroghe¹².

Infine, si precisa che un esame privilegiato sarà riservato alla Direttiva relativa all'esercizio del diritto riferito al cittadino di paesi terzi, mentre più circoscritta – e solo incidentale – sarà l'indagine sulla Direttiva 2004/38/CE riferita al medesimo diritto del cittadino comunitario. Tale analisi, infatti, avrà ad oggetto solo profili comparatistici, volti a valutare se e in quale misura il diritto *de quo* subisca variazioni di carattere soggettivo ed oggettivo in relazione allo *status civitatis* del titolare del diritto stesso¹³.

2. *Le materie connesse al diritto al ricongiungimento familiare: immigrazione e famiglia*

La questione del ricongiungimento familiare ha un respiro piuttosto ampio di cui è opportuno dar conto. In particolare, si osservi che la tematica del diritto all'unità familiare in Europa, la quale comprende in sé quella relativa al ricongiungimento familiare, ha costituito – e costituisce tuttora – terreno di “scontro”, prima, e di composizione/bilanciamento, poi, di due macro-materie: la disciplina dell'immigrazione e il diritto di famiglia.

¹² La Corte di giustizia nell'interpretare la Direttiva sul ricongiungimento familiare ha letto tali deroghe come “l'espressione delle difficoltà di procedere ad un ravvicinamento delle legislazioni in un settore che, sino a quel momento, ricadeva unicamente nella competenza degli Stati membri”. Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. consiglio*, *Raccolta*, p. I-5769. Per un commento a tale pronuncia, v. E. ADOBATI, *La Corte di Giustizia respinge il ricorso contro la Direttiva n. 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di paesi terzi*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 3/2006, pp. 526-530; F. MACRI', *La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2006, pp. 793-817; A. PISAPIA, *Una sentenza additiva in punto di attuazione della Direttiva sul ricongiungimento familiare*, nota a Corte di giustizia 27 giugno 2006 in causa C-540/03, in *Giustizia civile*, n. 3/2007, pp. 543-546.

¹³ Il trattamento normativo del migrante extracomunitario e di quello comunitario non è perfettamente coincidente. Infatti, mentre la Direttiva 2003/86/CE – riguardante il ricongiungimento dei cittadini extracomunitari – è caratterizzata da un'ottica restrittiva, la Direttiva 2004/38/CE – che disciplina il medesimo diritto del cittadino comunitario – si distingue perché accoglie una prospettiva più ampia. Quest'ultima, non solo individua con notevole larghezza i familiari che godono della libertà di circolazione e di soggiorno (art. 2), ma invita, altresì, gli Stati membri ad agevolare l'ingresso ed il soggiorno tanto di ogni altro familiare, che sia convivente o a carico, o comunque necessiti di assistenza per motivi di salute, quanto al *partner* di una relazione stabile (art. 3, 2° comma).

La questione centrale che emerge in tale contesto è soprattutto quella relativa all'integrazione degli immigrati e dei loro familiari nelle società europee e alle politiche ad essa connesse, poiché, come si avrà modo di esaminare, l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare realizza un flusso migratorio, dall'intensità "contenuta", per "coesione familiare", la cui disciplina – utilizzando un termine ormai invalso nella dottrina costituzionalistica – si presenta "multilivello"¹⁴. Tale disciplina, sul versante dell'immigrazione, costituisce una materia "concorrente"¹⁵ mentre su quello del diritto di famiglia, trova l'incidenza trasversale/indiretta del diritto comunitario su quello nazionale.

In tale prospettiva "multilivello" sembra che nello spazio giuridico europeo relativo alla materia in oggetto vi sia ancora una prevalenza del diritto (pubblico) dell'immigrazione sul diritto (privato) di famiglia.

Il rischio sopra paventato in realtà, sul piano nazionale, sembra essersi concretizzato nelle rigidità normative del Testo Unico sull'immigrazione¹⁶ (d.lgs. n. 286 del 1998 e successive modifiche) che tende ad inquadrare il diritto fondamentale all'unità familiare¹⁷ nell'alveo della più generale regolamentazione dei flussi d'ingresso.

¹⁴ Particolarmente copiosa è la letteratura, cfr., *ex plurimis*, P. BILANCIA, F.G. PIZZETTI (a cura di), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, Giuffrè, 2004; A. D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, Giappichelli, 2007.

¹⁵ Ovvero, la competenza degli Stati membri convive con quella della Comunità; ciò si ricava dall'art. 63, comma 2°, ai sensi del quale "Le misure adottate dal Consiglio a norma dei punti 3 e 4 non ostano a che uno Stato membro mantenga o introduca, nei settori in questione, disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali". Dunque, dalla lettura di tale norma si evince che il diritto comunitario si pone come parzialmente cedevole rispetto alla normativa statale. Di recente la Commissione in una Comunicazione (COM/2001/387 al Consiglio e al Parlamento europeo) ha proposto un metodo aperto di coordinamento della politica comunitaria in materia di immigrazione, al fine di inquadrare al meglio le rispettive competenze – nazionali e comunitarie – per indirizzarle verso il conseguimento di obiettivi comuni.

In generale, con riguardo ai principi delimitativi tra le competenze dell'Unione e della Comunità europea e quelle degli Stati membri, v., tra gli altri, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale – ordinamento – tutela giurisdizionale – competenze*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 239 e ss.; A. MANZELLA, *La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2000, pp. 531-543; R. MASTROIANNI, voce *Competenze delle Comunità Europee*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1089-1099; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008, pp. 101 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci editore, 2008, pp. 53 ss.

¹⁶ Sulle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e le norme sulla condizione dello straniero scrutinate dalla Consulta, cfr., tra gli altri, A. MARANDOLA, *La legge sull'immigrazione davanti alla Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, n. 11/2004, pp. 1469-1471; B. NASCIBENE, *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi-Fini: perplessità e critiche*, in *Corriere giuridico*, n. 4/2003, pp. 532-540; G. SAVIO, *La riscrittura della legge "Bossi-Fini" attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Studium Iuris*, n. 12/2005, pp. 1490-1496.

¹⁷ Il diritto all'unità familiare implica, per gli Stati membri, da un lato obblighi di carattere negativo, rispetto ai limiti all'espulsione e, dall'altro, obblighi di carattere positivo, rispetto all'am-

Dunque, sulla base delle considerazioni appena espresse, è possibile cogliere, per un verso, la fisiologica tensione – tra la disciplina (pubblicistica) dei flussi migratori e la tutela (civilistica) della famiglia – vissuta dal diritto al ricongiungimento familiare e, per altro verso, è possibile individuare il nesso sussistente tra la garanzia concessa all'immigrato relativa al godimento di una serena vita familiare e il correlativo successo delle politiche di integrazione.

La percezione di tali profili indubbiamente rende il diritto al ricongiungimento familiare uno degli aspetti più controversi e allo stesso tempo ineludibili della disciplina dell'immigrazione.

Pertanto, è opportuno tener conto della prospettiva da ultimo sollecitata svolgendo alcune riflessioni sulla politica comunitaria in materia di immigrazione¹⁸, orientate a fungere da substrato all'esame del diritto in commento.

Si può osservare che l'aspetto che presenta profili di maggior interesse è quello legato alla politica di immigrazione¹⁹ quale parte dello spazio di libertà,

missione sul proprio territorio. Si osservi che in ogni fattispecie – nel caso di obblighi negativi e positivi degli Stati – è consentito un certo margine di apprezzamento, tramite la ponderazione degli interessi individuali e collettivi, ovvero sia dell'interesse generale della società complessivamente intesa. Sui fondamenti giuridici della dottrina del margine di apprezzamento e sulla più significativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'utilizzo di tale "metodo", cfr. P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 145-181.

¹⁸ Non può essere questa la sede per esaminare la complessa ed articolata evoluzione della politica comunitaria in materia di immigrazione, tuttavia la scelta di darne, comunque, conto nasce dall'esigenza di contestualizzare al meglio la disamina del diritto in commento. In argomento, cfr. *ex plurimis*, M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 219-277; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, *passim*; G. CAGGIANO, *L'integrazione europea a "due velocità" in materia di immigrazione legale ed illegale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, fasc. 3, pp. 1098-1108.

¹⁹ Il titolo IV del Trattato istitutivo della Comunità europea (c.d. terzo pilastro o pilastro GAD) disciplina forme di cooperazione intergovernativa tra Stati membri relative ad alcuni settori di interesse comune, tra le cui "3) misure in materia di politica dell'immigrazione nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b) immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; 4) misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri" (art. 63, par. 3 e 4). Si osservi che la politica comunitaria in materia di immigrazione si caratterizza per l'estrema varietà delle fonti, la quale si riflette in una frammentazione della disciplina. Le fonti sono costituite sia dagli atti – vincolanti e non vincolanti – adottati in base al Titolo VI TUE, sia dall'*acquis* di Schengen, sia dagli atti comunitari adottati in base al Titolo IV CE.

Sul terzo pilastro dell'Unione europea, cfr., *ex plurimis*, G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2007, pp. 335-374; F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2007, p. 773 ss.

sicurezza e giustizia²⁰ soprattutto nella prospettiva di uno spazio unificato, così come declinato dal Trattato di Lisbona²¹.

Tornando alla prospettiva sopra individuata e colorando, questa volta, il termine “multilivello” di una sfumatura psico-sociologica, è possibile sostenere che sono due i piani di indagine coinvolti, che riguardano il soggetto-migrante: egli è, da un lato, lavoratore e, dall'altro, persona, i cui diritti fondamentali e – nel caso in oggetto – quello all'unità familiare, vanno riconosciuti e tutelati.

Tali piani possono, quasi inevitabilmente, innescare veri e propri “urti” con le esigenze di ordine pubblico e di contenimento dei flussi migratori. Una delle possibili ragioni di tali collisioni è da ricercare nella non perfetta coincidenza sulla natura giuridica dell'istituto nell'ambito dell'ordinamento comunitario e in quello interno.

Un contesto, dunque, in cui non solo il legislatore, ma anche il giudice sembra teso tra due estremi – costituiti da istanze pubblicistiche e privatistiche – per cui la soluzione più adeguata appare essere quella a cui si può giungere solo nell'ottica della ragionevolezza attuando il principio (elastico) del bilanciamento dei contrapposti interessi e valori aventi pari dignità costituzionale²².

Tale compito di contemperamento – già di per sé complesso – è divenuto sempre più attuale e necessario in relazione all'affermazione della nozione di “famiglia transnazionale”²³, nuova identità del tradizionale modo di intendere la

²⁰ Di ciò si ha conferma anche dalla lettura del “considerando” n. 1 della Direttiva 2003/86/CE, che così recita: “al fine di creare progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il trattato che istituisce la Comunità europea prevede, da una parte, l'adozione di misure finalizzate alla libera circolazione dei cittadini, congiuntamente a misure di accompagnamento relative al controllo delle frontiere esterne, all'asilo e all'immigrazione e, dall'altra, l'adozione di misure in materia di asilo, immigrazione e tutela dei diritti dei cittadini di paesi terzi”.

²¹ In *G.U.U.E. C 306* del 17 dicembre 2007. Secondo il nuovo Trattato, tale spazio assicura “la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione e la lotta alla criminalità” (art. 3, par. 2 TUE nuovo).

Per un commento sull'intero trattato, cfr., tra gli altri, R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2008, p. 21 ss.; E. CANNIZZARO, *La riforma costituzionale dell'Unione europea e il Trattato di Lisbona*, in *costituzionalismo.it*.

Con riferimento alle nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione, v. G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2008, pp. 105-144.

Inoltre, interessanti spunti sull'argomento si rinvengono in B. NASCIMBENE, *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aja*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2008, pp. 433-444.

²² In argomento, v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, *passim*.

²³ Il riferimento all'espressione *de qua* è in L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea. Tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, Cedam, 2007, p. 78. In particolare, l'A. richiama le conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed del 16 maggio 2001 relative alla causa C-413/99, *Baumbast e R.*, in *Raccolta*, 2002, p. I-7091. Al punto 23

famiglia, che è sorta come conseguenza del regime di libera circolazione delle persone e della loro maggiore mobilità.

In tale contesto, infatti, il riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare si pone nella prospettiva della continuità transnazionale dei rapporti familiari, quantomeno di quelli afferenti alla c.d. famiglia nucleare²⁴.

3. *L'attuazione da parte del legislatore italiano della Direttiva 2003/86/CE. In particolare, alcune considerazioni sulle recenti modifiche introdotte*

La definizione del contesto di riferimento ci consente di analizzare meglio la recente (e tardiva)²⁵ attuazione della Direttiva 2003/86/CE da parte del legislatore italiano avvenuta con il decreto legislativo n. 5 dell'8 gennaio 2007²⁶. L'attuale versione di tale decreto, dopo essere stata modificata con il decreto legislativo *correttivo*²⁷ n. 160 del 2008, è stata da ultimo "riscritta" dalla legge n. 94 del 2009²⁸ per quanto attiene, in particolare, all'art. 29 T.U. immigrazione.

Con riferimento alla prima attuazione di tale Direttiva, la più recente giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che "il legislatore ha dato rilievo, in via generale, a ragioni umanitarie e solidaristiche idonee a giustificare il superamento di cause ostative al rilascio o al rinnovo dei titoli autorizzativi dell'ingresso o

delle suddette conclusioni afferma "la famiglia tradizionale esiste ovviamente ancora [...], ma è divenuta di gran lunga meno dominante nella società occidentale", "i rapporti familiari e le forme di vita in comune sono divenute più instabili e più varie".

²⁴ La tutela è infatti essenzialmente riferita al rapporto di coniugio e di filiazione, anche se il ricongiungimento è previsto anche per certi parenti a carico (figli maggiorenni e genitori). Si osservi, inoltre, che nel diritto comunitario la nozione di "familiare" è ancora quella legata alla "famiglia tradizionale, monogamica ed eterosessuale".

²⁵ L'art. 20 della Direttiva fissava al 3 ottobre 2005 il termine entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto predisporre le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi.

²⁶ D. lgs. n. 5 dell'8/1/2007, in *G.U.*, n. 25 del 31/1/2007, in vigore dal 15/2/2007. In argomento, cfr., A. DI PASCALE, M. PASTORE, *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2007, pp. 13-40; M. PAGGI, *Commento alle nuove norme sul ricongiungimento familiare*, in www.meltingpot.org; M. PAGGI, *Ricongiungimento familiare il commento alle nuove norme*, in www.meltingpot.org; R. PANOZZO, *Il ricongiungimento familiare alla luce della disciplina del testo unico sull'immigrazione e del regolamento di attuazione – schema riassuntivo*, cit.; P. PASSAGLIA, *nota a Corte di Cassazione 11 luglio 2006, n. 15754 in Il Foro italiano*, 2007, fasc. 5, pt. 1, p. 1557.

²⁷ La natura correttiva ed integrativa del decreto si desume dall'intitolazione (*Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 8 gennaio 2007 n. 5, recante attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare*) e dal preambolo (ove appare il riferimento al decreto legislativo principale).

²⁸ La legge n. 94/2009 recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" è pubblicata in *G.U.* n. 170 del 24/07/2009.

della permanenza nel territorio nazionale da parte degli stranieri *in possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi necessari per esercitare il diritto al ricongiungimento familiare*²⁹.

Tale primo recepimento, accolto dalla giurisprudenza della Consulta con note favorevoli, ha subito, come sopra rilevato, di recente modifiche così rilevanti (quasi stravolgenti il testo originario) da mettere decisamente in dubbio la possibilità di estendere – alle stesse – il giudizio positivo della giurisprudenza appena citata.

L'attenzione, quindi, in questa sede, sarà volta ad esaminare i profili più problematici, emergenti in modo prevalente in seguito alle ultime modifiche, al fine di verificare se il diritto in oggetto – che già si presentava condizionato – abbia subito ulteriori restrizioni³⁰. Invero, si cercherà di verificare se tali restrizioni siano o meno compatibili con quanto prescritto dalla Direttiva, fedelmente recepita dal decreto legislativo originario.

Si osservi che la parabola degli interventi normativi volti a dare attuazione a tale Direttiva non solo non sembra destinata ad arrestarsi ma appare avvicinarsi sempre di più allo spirito e alle linee-guida della l. 189/2002 (c.d. Legge "Bossi-Fini"), nell'ottica, quindi, di un maggiore restringimento.

Le considerazioni che seguono si riferiscono, in primo luogo, alle recentissime modifiche dell'art. 29 T.U. immigrazione introdotte dalle "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" (disegno di legge n. 733-B approvato definitivamente dal Senato in data 2 luglio 2009 e promulgato dal Presidente della Repubblica in data 15 luglio 2009)³¹ e, in secondo luogo, alla restante disciplina conte-

²⁹ Corte cost., sent. 148/2008, punto 5 del *considerato in diritto*, in www.giurcost.org. (corsivo aggiunto).

³⁰ D. lgs. n. 160 del 3/10/2008, in *G.U.*, n. 247 del 21/10/2008. Alcuni spunti sulle recenti modifiche si rinvengono in R. PANOZZO, *Le modifiche alla disciplina del ricongiungimento familiare introdotte dal d. lgs. 160/2008. Prime riflessioni*, in www.diritto.it; M. PASTORE, *Il decreto legislativo 160/2008: restrizioni per decreto al diritto al ricongiungimento familiare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3-4/2008, pp. 74-87; M. PASTORE, *Ricongiungimento – Trattamento delle domande presentate prima dell'entrata in vigore del nuovo decreto (5 novembre 2008)*, in www.meltingpot.org.

³¹ All'articolo 29, dopo il comma 1-bis è inserito il seguente:

"1-ter. Non è consentito il ricongiungimento dei familiari di cui alle lettere a) e d) del comma 1, quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale";

all'articolo 29, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la lettera a) è sostituita dalla seguente:

"a) di un alloggio conforme ai requisiti igienico-sanitari, nonché di idoneità abitativa, accertati dai competenti uffici comunali.

Nel caso di un figlio di età inferiore agli anni quattordici al seguito di uno dei genitori, è sufficiente il consenso del titolare dell'alloggio nel quale il minore effettivamente dimorerà";

all'articolo 29, il comma 5 è sostituito dal seguente:

"5. Salvo quanto disposto dall'articolo 4, comma 6, è consentito l'ingresso per ricongiungimento

nuta nello stesso articolo – non intaccata dalla legge n. 94 del 2009 – con riguardo soprattutto alle altre categorie di familiari ammesse a beneficiare del ricongiungimento (c.d. soggetti passivi)³².

Le riflessioni che “a prima lettura” suscitano le ultime modifiche si muovono in tre direzioni.

In primo luogo, il legislatore nazionale sembra aver preso una (definitiva) posizione in ordine al problema del ricongiungimento in caso di matrimonio poligamico ed in ciò si discosta dalle precedenti versioni della disposizione in esame che nulla prevedano al riguardo. In tale circostanza, allineandosi a quanto previsto dall’art. 4, par. 3 della Direttiva, pertanto, il ricongiungimento dei familiari di cui alle lettere *a)* e *d)* del comma 1 dell’art. 29 T.U. immigrazione³³ non è consentito qualora “il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale”.

In secondo luogo, nell’ipotesi di ricongiungimento del genitore naturale al figlio minore, già regolarmente soggiornante in Italia con l’altro genitore, il legislatore ora sembra richiedere il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito per entrambi i genitori. Diversamente, nella versione precedente (non più in vigore) la verifica del possesso di tali requisiti veniva effettuata solo con riguardo al genitore naturale che chiede di essere ricongiunto³⁴.

al figlio minore, già regolarmente soggiornante in Italia con l’altro genitore, del genitore naturale che dimostri il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito di cui al comma 3. Ai fini della sussistenza di tali requisiti si tiene conto del possesso di tali requisiti da parte dell’altro genitore”; all’articolo 29, il comma 8 è sostituito dal seguente:

“8. Il nulla osta al ricongiungimento familiare è rilasciato entro centottanta giorni dalla richiesta”.

Così si presenta l’ultima versione dell’articolo 29 T.U. immigrazione consultabile in www.camera.it.

³² L’art. 29, comma 1, nella sua ultima versione relativa alle categorie di familiari, così recita: “Lo straniero può chiedere il ricongiungimento per i seguenti familiari: a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni; b) figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l’altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; c) figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale; d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute”.

³³ Lettera “*a*) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni”; lettera “*d*) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute”.

³⁴ “Salvo quanto disposto dall’articolo 4, comma 6, è consentito l’ingresso, per ricongiungimento al figlio minore regolarmente soggiornante in Italia, del genitore naturale che dimostri, entro un anno dall’ingresso, il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito di cui al comma 3” (art. 29, comma 5, d.lgs. n. 5/2007).

L'impressione che se ne desume – sebbene la disposizione non appaia chiarissima – è nel senso non solo di una maggiore tutela del minore “doppiamente” garantito dai requisiti economici di entrambi i genitori, ma anche nella direzione di consentire l'ingresso nel territorio italiano solo a chi (nella fattispecie, il genitore naturale) sia già nelle condizioni di integrarsi immediatamente in modo adeguato e senza dilazioni temporali.

Infine, il legislatore non solo conferma il termine – già prolungato a centotanta giorni dal decreto correttivo – per il rilascio del nulla osta al ricongiungimento, ma cassa anche quella parte della disposizione in cui si consente all'interessato, trascorso il termine, di ottenere comunque il visto di ingresso³⁵. In conclusione, anche in materia di condizioni per il ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario, sembra che il legislatore sia più orientato a “re-spingere” che ad “integrare”.

Proseguendo nell'analisi delle altre disposizioni contenute nell'art. 29 T.U. immigrazione si rileva che, per quanto attiene agli *status* familiari³⁶, rispetto alla disciplina previgente (risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 2, 1° comma, lett. e) del d.lgs. 5/2007), il decreto correttivo n. 160 del 2008 aggiunge allo *status* di coniuge (prima rilevante *tout court*) due condizioni: l'assenza di separazione e la maggiore età.

L'introduzione di tali condizioni, che devono coesistere, rappresenta una sorta di ritorno al passato. Infatti, dopo una (timida) apertura in senso estensivo, apportata dal d.lgs. 5/2007 – in linea con le indicazioni della Direttiva – si registra un cambiamento che sebbene non sia in aperto contrasto con la Direttiva³⁷, tuttavia è difficilmente comprensibile³⁸. Peraltro, come sopra osservato, in seguito alle modifiche intervenute nel luglio del 2009, il ricongiungimento del coniu-

³⁵ “Trascorsi centotanta giorni dalla richiesta del nulla osta, l'interessato può ottenere il visto di ingresso direttamente dalle rappresentanze diplomatiche e consolari italiane, dietro esibizione della copia degli atti contrassegnata dallo sportello unico per l'immigrazione, da cui risulti la data di presentazione della domanda e della relativa documentazione” (art. 29, comma 8, d.lgs. n. 5/2007).

³⁶ Si osservi che nemmeno la novella prevede nulla in tema di ricongiungimento di *partners* registrati e conviventi stabili. In argomento, cfr. M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, cit.; A. GALIMBERTI, *Ricongiungimenti, no a coppie di fatto*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 Marzo 2009, n. 77; L. PASCUCCI, *Coppie di fatto: un limite al ricongiungimento familiare?*, in *Famiglia e Diritto*, n. 11/2007, pp. 1042-1050.

³⁷ L'art. 4, par. 5, così recita: “Per assicurare una migliore integrazione ed evitare i matrimoni forzati gli Stati membri possono imporre un limite minimo di età per il soggiornante e il coniuge, che può essere al massimo pari a ventuno anni, perché il ricongiungimento familiare possa aver luogo”.

³⁸ Tali modifiche sono state giustificate con il fine di evitare matrimoni di comodo e di contrastare i matrimoni forzati, che costituiscono ipotesi di abuso del diritto. Sull'argomento, cfr. E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio fra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2006, pp. 347-368, in particolare v. i riferimenti bibliografici sui diversi aspetti dell'abuso del diritto e sulla valutazione della giurisprudenza comunitaria sull'argomento richiamati ivi nella nota 50.

ge non è consentito qualora quest'ultimo sia "coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale" (art. 29, comma 1-*ter*).

Anche le modifiche introdotte dalla novella del 2008, con riferimento ai figli maggiorenni, possono essere lette nel senso di un ritorno alle previgenti disposizioni. Mentre la formulazione precedente al d.lgs. 5/2007 disponeva che potevano beneficiare del ricongiungimento "i figli maggiorenni a carico, qualora permanentemente non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute", la versione attuale reintroduce la condizione dell'"invalidità totale", quale unico parametro per determinare la gravità dello stato di salute ai fini del ricongiungimento³⁹. Sebbene nemmeno tale modifica sembri violare la Direttiva⁴⁰, tuttavia essa non consente una valutazione "caso per caso" ed esclude aprioristicamente dalla categoria dei beneficiari quei figli maggiorenni che affetti "solo" da invalidità parziale non sono, comunque, in grado di provvedere alle loro indispensabili esigenze di vita.

Infine, anche per i genitori la novella del 2008 ripropone la versione precedente al d.lgs. 5/2007. Il ricongiungimento ora è possibile solo per i "genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute".

Un ulteriore limite alla possibilità di tale ricongiungimento si rinviene nell'art. 29, comma 1-*ter*; laddove il legislatore del 2009 non consente il ricongiungimento di tale categoria di soggetti qualora, come sopra commentato, "il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale".

Si osservi che sebbene anche la formulazione dell'art. 29, comma 1, lett. d) non tradisca apertamente i vincoli derivanti dalla Direttiva⁴¹, tuttavia provoca un irrigidimento della disciplina poiché toglie qualsiasi possibilità di valutazione del singolo caso all'autorità amministrativa, trasformando un'attività che dovrebbe essere discrezionale in attività vincolata, estremamente lontana pertanto dal

³⁹ "Lo straniero può chiedere il ricongiungimento per i seguenti familiari: [...] figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale" (art. 29, comma 1, lett. c), d. lgs. 5/2007, così come modificato dal d. lgs. 160/2008).

⁴⁰ L'art. 4, par. 2, lett. b), così dispone: "In virtù della presente direttiva e fatto salvo il rispetto delle condizioni stabilite al capo IV, gli Stati membri possono, per via legislativa o regolamentare, autorizzare l'ingresso e il soggiorno dei seguenti familiari: [...] b) i figli adulti non coniugati del soggiornante o del suo coniuge, qualora obiettivamente non possano sopperire alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute".

⁴¹ L'art. 4, par. 2, lett a), così recita: [...] "a) gli ascendenti diretti di primo grado del soggiornante o del suo coniuge, quando sono a carico di questi ultimi e non dispongono di un adeguato sostegno familiare nel paese d'origine".

metodo di valutazione “caso per caso”. Ciò, peraltro, dà luogo ad un sistema rigido che, pur presentandosi – o meglio, mascherandosi – come un mera sistemazione tecnica, in realtà è frutto di una precisa scelta di politica migratoria che si allontana dallo spirito comunitario che invece era stato condiviso dal legislatore del 2007⁴². Ed invero, con il d.lgs. 5/2007, il legislatore aveva modificato – conformandosi alla disciplina comunitaria – quelle previsioni di legge in materia di *status* rilevanti ai fini del ricongiungimento familiare, che a seguito dell'intervento della l. 189/2002 (c.d. Legge “Bossi-Fini”), si presentavano più restrittive rispetto a quanto previsto in particolare dall'art. 4, par. 2 della Direttiva 2003/86/CE.

Dai rilievi sopra individuati, dunque, è possibile desumere la sussistenza di due distinti, ma concorrenti, profili di illegittimità, di cui sembrano affette le disposizioni esaminate, rilevanti sia sul versante del diritto comunitario sia su quello del diritto costituzionale.

Per quanto attiene alla prospettiva comunitaria, si rileva, come già osservato, un contrasto – o meglio, una non perfetta conformità – con le disposizioni della Direttiva comunitaria oggetto di recepimento. Infatti, fermo restando che il riconoscimento del diritto al ricongiungimento con riguardo ai figli maggiorenni e ai genitori sia previsto dalle disposizioni comunitarie come una *facoltà* esercitabile dai legislatori nazionali, tuttavia, nel momento in cui tali legislatori decidano di avvalersene devono rispettare i principi e i criteri direttivi individuati dal legislatore comunitario.

Allontanarsene significa, invece, dettare una disciplina non più conforme a quella comunitaria, il che equivale, in generale, alla possibilità di prospettare – nel caso se ne integrino i presupposti e le condizioni – l'esercizio di rimedi giurisdizionali quali la procedura di infrazione di cui agli artt. 226-228 TCE e l'azione per far valere la responsabilità extracontrattuale dello Stato, nel caso *de quo*, del legislatore.

È opinione di chi scrive ritenere possibile l'esperimento del secondo fra i rimedi astrattamente prospettabili, poiché nel caso in esame sembrano sussistere le tre condizioni che la giurisprudenza comunitaria detta per l'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno. Tali condizioni si rinvergono, in primo luogo, nel fatto che la norma comunitaria violata deve essere idonea a conferire diritti ai singoli danneggiati, il cui contenuto possa essere individuato sulla base della norma stessa. In secondo luogo, nella circostanza che la violazione della norma deve essere sufficientemente grave e manifesta. Ed, infine, nella sussistenza di un nesso di causalità diretto tra la violazione e il danno.

In particolare, è pienamente integrata la condizione della “violazione grave

⁴² La dottrina, pressoché unanime, ha espresso un parere positivo sul d.lgs 5/2007, ritenendolo “conforme alle previsioni della Direttiva ed anzi per diversi aspetti più favorevole”. Così, A. DI PASCALE, in A. DI PASCALE, M. PASTORE, *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, cit., p. 28.

e manifesta”, poiché il legislatore del 2008 nell’esercizio del suo potere normativo – che, nel caso di specie, poteva sussistere soltanto se “correttivo ed integrativo” – ha violato, in modo grave e manifesto, appunto, i limiti del suo potere discrezionale. Ed invero il notevole restringimento del diritto al ricongiungimento familiare disciplinato dalla Direttiva sembra equivalere al mancato riconoscimento del diritto stesso.

Per quanto riguarda, invece, la prospettiva costituzionale, le disposizioni sopra esaminate – ed in generale la manovra legislativa complessivamente considerata – sembrano essere in contrasto con gli artt. 70, 76 e 77 Cost., nelle parti in cui il Governo⁴³ ha disciplinato la materia eccedendo i “principi e criteri direttivi” della legge delega⁴⁴, che vanno ricercati nella Direttiva comunitaria a cui la prima, secondo una prassi ormai consolidata ma di dubbia costituzionalità, rinvia *per relationem*.

Tale prassi, sebbene si innesti nell’ambito di un *modus operandi* che per lungo tempo ha anche ricevuto l’avallo della Corte costituzionale, appare censurabile poiché, come autorevolmente sostenuto⁴⁵, è fonte di alcuni problemi di costituzionalità, almeno sotto un duplice profilo.

Da un lato, l’individuazione dei principi sostanziali attraverso il meccanismo del rinvio, in sostituzione della determinazione da parte del Parlamento, viola la *ratio* dell’art. 76 Cost. che richiede che sia proprio tale organo rappre-

⁴³ Sulla delegazione legislativa nella fase discendente, cfr. F. RAIA, *Il processo di integrazione europea alla luce della legge 4 febbraio 2005 n. 11 il ruolo del governo nella fase discendente*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴⁴ Come è stato rilevato in dottrina, la giurisprudenza costituzionale (almeno fino alla pronuncia n. 280 del 2004) sull’art. 76 Cost. è “asimmetrica”.

“La Corte costituzionale, pur avendo in linea teorica affermato sin dalla sentenza n. 3 del 1957 la propria competenza a sindacare «la legge delegante [se questa] non contiene, anche in parte», i requisiti di cui all’articolo 76 Cost., ha infatti sempre inteso, di fatto, l’osservanza di questi ultimi da parte della legge di delega come «*political question*, affidata alla libera valutazione delle Camere». È invece sul versante dei decreti legislativi delegati che la Corte ha adottato, specie a partire dal 1999, un indirizzo maggiormente restrittivo nel sindacato sul rispetto dell’articolo 76 Cost. (si è parlato in proposito di “asimmetria” della giurisprudenza costituzionale in materia). Piuttosto che sindacare le leggi di delega per carenza dei requisiti di cui all’articolo 76 Cost., la scelta della Corte è stata in definitiva quella di «procedere[re] essa stessa alla determinazione dei principi e criteri direttivi rimasti inespresi» attraverso una «duplice operazione ermeneutica» consistente nella individuazione dell’oggetto e dei principi e criteri direttivi della legge di delega, da un lato, e nell’interpretazione del decreto legislativo delegato alla luce della legge delega così «colmata» per sindacare l’eventuale contrasto del primo con l’articolo 76 Cost., dall’altro”. Così, R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, in particolare, cfr. *ivi* note 22, 23 e 24 per i puntuali riferimenti dottrinali.

Sull’argomento, cfr., altresì, G. DI COSIMO, *Deleghe e argomenti*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it.

⁴⁵ In dottrina, cfr. M. CARTABIA, *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, fasc. 3, pp. 2044-2055.

sentativo ad essere attivamente coinvolto nelle scelte sostanziali della normativa delegata.

Dall'altro lato, il rischio sotteso alla determinazione *per relationem* degli elementi essenziali della legge di delega previsti dall'art. 76 Cost. "condurrebbe la Corte ad operare un anomalo giudizio sul decreto legislativo, basato su un parametro "doppiamente" interposto. [...] In altri termini, il parametro sarebbe costituito dalla sequenza "art. 76 Cost. – legge di delega – norme comunitarie" e la violazione delle ultime si rifletterebbe sul primo, portando nell'alveo del giudizio di costituzionalità *ex art. 76 Cost.* un problema di conformità del diritto interno al diritto comunitario"⁴⁶.

Invece, seguendo ancora la riferita dottrina, il giudizio di costituzionalità sui decreti legislativi di attuazione delle norme comunitarie, lungi dal fondarsi su un "parametro doppiamente interposto", dovrebbe fisiologicamente fondarsi sull'art. 76 Cost. se il decreto legislativo presenti profili di contrasto con la legge di delega (e questa sia compatibile con il diritto comunitario) o sugli articoli 11 e 117, 1° comma, Cost., qualora, invece, la legge delega determini un inadempimento comunitario. Ipotesi, quest'ultima che sembra essere integrata dal decreto legislativo correttivo in commento sul quale è probabile l'instaurazione di un futuro giudizio di legittimità costituzionale.

L'instaurarsi di tale giudizio potrebbe fondarsi, altresì, sull'orientamento inaugurato da ultimo dalla Consulta che tende a ricondurre il legislatore ai principi della delegazione dettati dalla Carta costituzionale. Tali principi, invece, sono stati ad oggi reinterpretrati e tradotti nella prassi in un modo non del tutto corretto, che ha causato uno "snaturamento dei caratteri del decreto legislativo"⁴⁷.

Peraltro, sono diverse le censure che possono essere sollevate in ordine a tale intervento correttivo attraverso cui il Governo ha adottato norme *non* necessarie e *non* occorrenti per dare migliore attuazione alla Direttiva.

In primo luogo, guardando al contenuto è possibile osservare che sia nel caso del ricongiungimento dei figli maggiorenni sia nel caso del ricongiungimento con i genitori, non si ravvisava la necessità di alcun intervento correttivo, essen-

⁴⁶ M. CARTABIA, cit., p. 2053.

⁴⁷ Tale orientamento restrittivo della Consulta si rinviene nella decisione n. 44 del 2008, consultabile in *www.giurcost.org.*, per un commento della stessa, v. A. PIROZZOLI, *Sull'attuazione della delega legislativa*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, fasc. 12, pp. 2678-2681.

È bene osservare che la direzione della giurisprudenza costituzionale verso un maggiore rigore nel rispetto dell'art. 76 Cost. manifestato, in particolare, nel sindacato sull'eccesso di delega, si rinviene nella sentenza n. 340 del 2007 (la quale si ispira, per quanto attiene alle riflessioni sul rapporto "leggi e atti aventi forza di legge" e alle ricadute sulla forma di governo, alla storica sentenza n. 171 del 2007, che, com'è noto, ha dichiarato l'incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza). Su tale pronuncia, cfr. E. FRONTONI, *Considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 340 del 2007: verso un maggiore rigore nel sindacato sull'eccesso di delega*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, fasc. 5, pp. 1105-1109.

dosi il legislatore del 2007 correttamente conformato a quanto disposto dalla Direttiva in esame.

In secondo luogo, esso costituisce un utilizzo improprio/abusivo dello strumento della delega legislativa, quantomeno per quanto attiene alle disposizioni correttive che, come già osservato, non erano necessarie. Ed, infine, tale intervento ha provveduto a restringere irragionevolmente un diritto, la cui natura, sebbene ciò non sia del tutto pacifico, si avvicina a quella dei diritti fondamentali, *bypassando* l'adeguata *sedes materiae*, ovvero la discussione in sede parlamentare.

In conclusione, l'intervento correttivo appare censurabile perché, ponendosi sulla scia di una inarrestabile (?) «grande espansione» della delegazione legislativa e dell'elusione del modello costituzionale delineato dall'art. 76 Cost., sembra essere non rispettoso dei principi, recentemente ribaditi dalla Consulta, che presiedono il giudizio di conformità della norma delegata (in questo caso correttiva ed integrativa) alla norma delegante⁴⁸. Ed invero, sebbene il legislatore delegato goda di un "potere di riempimento" ampio e lasciato al suo libero apprezzamento, questo non può spingersi fino al punto di assurgere esso stesso a principio o a criterio direttivo. L'esorbitanza di tale potere, quindi, non può che tradursi in una censura di illegittimità per eccesso di delega che, nell'ipotesi di una decretazione legislativa correttiva, deve condursi con maggior rigore per la necessità di un coordinamento formale e di una coerenza logica e sistematica che, a parere di chi scrive, non sembra caratterizzare la successione degli interventi normativi di recepimento della Direttiva.

4. *Il diritto al ricongiungimento familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

L'indagine sul ricongiungimento familiare induce ora a percorrere – senza alcuna pretesa di esaustività – le tappe più significative che si registrano nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale. Preme osservare che nel definire tale *excursus* si avrà riguardo – in modo intercalare – anche

⁴⁸ Si osservi che secondo i principi più volte affermati dalla Consulta, il sindacato di costituzionalità sulla delega legislativa postula che "il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante, condotto alla stregua dell'art. 76 Cost., si espliciti attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli. L'uno relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega". Corte cost., sent. n. 340/2007, punto 2 del *considerato in diritto*, in www.giurcost.org. Nella medesima scia si pongono altresì le coeve pronunce della Corte cost. nn. 54 e 341 del 2007. Annotata, quest'ultima, da A. PACE, *Anatocismo e riserva di legge*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁹ le cui acquisizioni hanno sovente, in maniera più o meno esplicita, influenzato quella delle altre due Corti.

Infatti, è stata soprattutto la Corte europea a dare attenzione alla tutela del ricongiungimento familiare. In particolare, nell'ambito della giurisprudenza di tale Corte è possibile individuare due filoni. Il primo ha ad oggetto l'ipotesi in cui allo Stato contraente sia imposto un obbligo positivo, *i.e.* favorire la ricostituzione dell'unità familiare. Il secondo, invece, riguarda l'ipotesi in cui è imposto un obbligo negativo, *i.e.* non violare l'unità familiare già costituita.

L'analisi della giurisprudenza della Corte europea induce a rilevare, altresì, un andamento non del tutto lineare, ma oscillante. Infatti, nella risoluzione del conflitto tra l'esigenza di garantire, da un lato, un'adeguata tutela alla famiglia e, dall'altro, quella di rispettare le prerogative degli Stati membri volte a controllare il flusso migratorio all'interno dei propri confini, si sono registrate alterne vicende.

Inizialmente, la Corte CEDU ha fornito indicazioni favorevoli alla tutela della vita familiare⁵⁰. Per un periodo di tempo relativamente lungo, secondo tale orientamento giurisprudenziale, nei casi riguardanti il ricongiungimento familiare, le istanze statali in materia di immigrazione dovevano cedere di fronte al fondamentale principio del rispetto della vita familiare. Conseguentemente, gli Stati membri erano tenuti a garantire il ricongiungimento familiare in favore di soggetti non aventi la loro cittadinanza.

In seguito, nei successivi casi⁵¹ la Corte CEDU ha assunto un atteggiamento più restrittivo nei confronti delle pretese volte al riconoscimento del diritto in esame⁵².

Si osservi che il modo di procedere della Corte europea ha influenzato soprattutto la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, in alcune sue

⁴⁹ Tra le principali sentenze della Corte europea che riguardano le problematiche in esame v. *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Gran Bretagna*, del 28-5-1985, serie A, n. 94, in *Rivista di diritto internazionale*, 1987, p. 366 ss.; *Moustaquim c. Belgio*, del 18-2-1991, serie A, n. 193, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 99 ss.; *Beldjoudi c. Francia*, del 26-3-1992, serie A, n. 234-A, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 646 ss.; *Gül c. Svizzera*, serie A, R. 1996-159, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1996, p. 229 ss.; *Boughanemi c. Francia*, del 24-4-1996, serie A, R. 1996-593, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1996, p. 468 ss.; *Mehemi c. Francia*, del 26-9-1997, serie A, n. 51, R. 1997-1959, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, p. 216 ss.; *El Boujaïdi c. Francia*, del 26-9-1997, serie A, n. 51, R. 1997-1980, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, p. 221 ss.; *Ezzoubdi c. Francia*, del 13-2-2001, ric. n. 47160/99 in *www.echr.coe.int*; *Boultif c. Francia*, del 2-8-2001, ric. n. 54273/00, in *www.echr.coe.int*; *Sen c. Paesi Bassi*, del 21-12-2001, ric. n. 31465/96, in *www.echr.coe.int*.

⁵⁰ Si veda il caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, cit.

⁵¹ Tra cui *Gül c. Svizzera*, cit.

⁵² Nel caso *Sen c. Paesi Bassi* cit., la Corte CEDU ha stabilito che, nel valutare i casi di ricongiungimento familiare, occorre compiere un'attenta ponderazione dei contrapposti interessi dell'individuo a potersi ricongiungere alla propria famiglia e dello Stato a regolamentare l'immigrazione all'interno del proprio territorio.

significative pronunce, ha spesso richiamato gli Stati membri al rispetto dell'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁵³.

Invece, dal “dialogo” tra le Corti così come sopra descritto sembra esclusa la Corte costituzionale⁵⁴, la quale ha seguito un percorso più autonomo che nel prosieguo si cercherà di ricostruire.

Se pertanto si possono individuare talune dissonanze nell'interpretazione che del diritto in commento hanno dato le tre Corti, una decisiva assonanza si può, invece, individuare nel fatto che tale diritto, estrinsecazione diretta del principio di unità familiare, è da esse configurato, non già quale *diritto* pieno ed incondizionato, ma come *pretesa* del singolo da bilanciare di volta in volta con il corrispondente interesse dello Stato ospitante a controllare i flussi migratori⁵⁵.

Individuati alcuni capisaldi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ricostruiamo adesso il percorso seguito in materia di ricongiungimento familiare dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Si osservi, innanzitutto, che la situazione familiare dei cittadini di Stati terzi – oltre a trovare tutela diretta nell'ambito della Direttiva 2003/86/CE – è tenuta, altresì, in considerazione in via “derivata/indiretta” dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria nel caso in cui la relazione familiare si instauri tra un cittadino comunitario – che eserciti la libertà di circolazione garantita dall'art. 39 TCE – e un cittadino extracomunitario⁵⁶.

Restano, invece, escluse dall'applicazione della suddetta disciplina le ipotesi in cui il cittadino comunitario c.d. “sedentario”⁵⁷ non eserciti tale libertà. In questo caso, infatti, trattandosi di “situazione puramente interna”, non verrà applicata la disciplina comunitaria sul ricongiungimento, ma quella nazionale

⁵³ Si osservi che la Corte europea in un caso emblematico (*Aristimuño Mendizabal c. France*) ha interpretato l'articolo sopra richiamato alla luce del diritto comunitario, attestando in questo modo una sorta di circolazione non solo dei modelli ma anche delle interpretazioni giurisprudenziali. Nella pronuncia al § 69 si legge, infatti, “*La Cour estime donc que l'article 8 doit être interprété en l'espèce à la lumière du droit communautaire*”. Per un commento si rinvia a M. DI CIOMMO, *La Corte di Strasburgo interpreta l'art. 8 CEDU alla luce del diritto comunitario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵⁴ Sull'argomento, v. F. BIONDI, *L'unità familiare nella giurisprudenza della corte costituzionale e delle Corti europee (in tema di ricongiungimento familiare e di espulsione degli stranieri extracomunitari)*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, ESI, 2006, pp. 91-93.

⁵⁵ Tuttavia, è possibile intravedere un'inversione di tendenza rispetto a tale stato nella recente pronuncia della Corte costituzionale n. 183 del 2008 in www.giurcost.org.

⁵⁶ A tale cittadino extracomunitario, in qualità di familiare, è riconosciuto un diritto di circolazione e di accesso al lavoro – in seguito al ricongiungimento – di natura “derivata”. Così, L. PASCUCCI, *Ricongiungimento familiare dei lavoratori comunitari migranti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6/2008, p. 560.

⁵⁷ Così lo definisce L. PASCUCCI, *Ricongiungimento familiare dei lavoratori comunitari migranti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 560, in particolare, cfr. *ivi* nota 62.

sull'immigrazione, nei limiti, generalmente più restrittivi⁵⁸, in cui quest'ultima lo ammette.

La portata di questa disciplina – che in passato era contemplata dagli artt. 10 e 11 del Regolamento 1612/68 CEE – ora contenuta nella Direttiva 2004/38/CE⁵⁹ è stata progressivamente chiarita ed “arricchita” dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Essa, infatti, al riguardo ha mostrato un'attenzione crescente, fino al punto di assumersi – staccandosi dalla connotazione mercantilistica delle prime applicazioni – in alcune pronunce⁶⁰, l'onere di garantire con maggior vigore la vita familiare dei cittadini degli Stati terzi⁶¹; in ciò palesemente influenzata dalla maggiore sensibilità sull'argomento manifestata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶².

Si osservi, infatti, che sebbene dal punto di vista normativo il diritto al ricongiungimento familiare, anche in seguito all'entrata in vigore della citata

⁵⁸ Sulle situazioni puramente interne e sulle ipotesi di “discriminazione alla rovescia” a cui possono dar luogo, cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 67-73.

Nella materia che ci occupa, un caso emblematico che si è di recente posto all'attenzione della Consulta riguarda – nell'ambito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 1-*bis* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), aggiunto dall'art. 29, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo) – la disparità di trattamento del cittadino italiano rispetto al cittadino di altri Stati membri dell'Unione europea. Il riferimento è all'ordinanza della Corte costituzionale n. 107 del 2008, in *www.giurcost.org*.

⁵⁹ La Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 (*GUUE* L 158 del 30 aprile 2004), relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ha segnato l'ultima evoluzione legislativa in tema di libera circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari nel territorio degli Stati membri.

Si osservi che in virtù del combinato disposto tra la Direttiva 2004/38/CE e l'art. 18 TCE, è possibile desumere il passaggio dalla libertà di circolazione in funzione dello svolgimento di un'attività economica alla stessa libertà funzionale alla cittadinanza europea. In argomento, v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 478 ss.

⁶⁰ Il riferimento è, in particolare, alle sentenze *Singh*, Corte di giustizia, 7 luglio 1992, C. 370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh*, in *Raccolta*, 1992, I-4265; *Carpenter*, Corte di giustizia, 11 luglio 2002, C. 60/00, *Secretary of State for the Home Department e Mary Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I-6279; *Akrich*, Corte di giustizia, 23 settembre 2003, C. 109/01, *Secretary of State for the Home Department e Hacene Akrich*, in *Raccolta*, I-9607. Da ultimo, cfr., Corte di giustizia, 29 luglio 2008, C. 127/08, *Metock c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, in *www.costituzionalismo.it*.

⁶¹ Un considerevole passo avanti in tale direzione è rinvenibile nella sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, 11 dicembre 2007, C. 291/05, in dottrina commentata, tra gli altri, da L. PASCUCCI, *Ricongiungimento familiare dei lavoratori comunitari migranti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 545-561.

⁶² Le affermazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sono richiamate in Corte di giustizia 11 luglio 2002, C. 60/00, *Secretary of State for the Home Department e Mary Carpenter*, cit., punto 42.

direttiva, ha continuato a svolgere un ruolo strumentale all'esercizio della libertà di circolazione – presupponendo un effettivo spostamento tra almeno due Stati dell'U.E. – senza riuscire a configurarsi quale diritto assoluto ed incondizionato, dal punto di vista giurisprudenziale ha conosciuto importanti evoluzioni.

La Corte di giustizia, invero, interpretando estensivamente le categorie di persone indicate dalla normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei lavoratori, ha di riflesso ampliato il novero dei beneficiari del ricongiungimento familiare, al fine di eliminare quegli ostacoli che potrebbero impedire al cittadino europeo, che esercita la libertà di circolazione, di essere accompagnato o raggiunto dai suoi familiari nello Stato membro ospitante.

In particolare, nella giurisprudenza comunitaria più volte è stata sottolineata la necessità – per garantire un effettivo esercizio della libertà di circolazione – di realizzare “condizioni ottimali di integrazione della famiglia del lavoratore comunitario nell'ambiente dello Stato membro ospitante”⁶³, attraverso il ricongiungimento familiare, che, come detto, assume veste strumentale rispetto alla suddetta libertà⁶⁴.

Si osservi che le acquisizioni giurisprudenziali maturate nell'intervallo temporale che separa due *leading cases* – *i.e.* *Singh* e *Akrich*⁶⁵ – hanno contribuito all'affermazione di un diritto al ricongiungimento familiare sempre più autonomo rispetto alla sua natura in origine meramente accessoria alla libertà di circolazione.

Ulteriori passaggi chiave, nella direzione dell'estensione del modo di intendere e di applicare il diritto in esame, possono individuarsi nelle decisioni della giurisprudenza comunitaria in cui si fa leva sul principio dell'effetto utile della norma⁶⁶ e sulla necessità della circolazione di modelli giuridici da uno Stato membro all'altro⁶⁷.

Si fa riferimento, nell'ordine, alle sentenze *Chen*⁶⁸ e *Garcia Avello*.

⁶³ Così, Corte di giustizia, causa C-413/99, *Baumbast e R.*, in *Raccolta*, 2002, p. I-7091, par. 50.

⁶⁴ Art. 3, 1° comma, Dir. 2004/38/CE.

⁶⁵ Corte di giustizia, 7 luglio 1992, C. 370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh*, cit. e Corte di giustizia, 23 settembre 2003, C. 109/01, *Secretary of State for the Home Department e Hacene Akrich*, cit.

⁶⁶ Si fa riferimento alla decisione della Corte di giustizia, 19 ottobre 2004, C-200/02, *Kunquian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, consultabile in www.curia.eu.int.

⁶⁷ Cfr., Corte di giustizia 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Belgio*, in *Raccolta*, p. I-11613 ss.

⁶⁸ I coniugi *Chen*, entrambi cittadini della Repubblica popolare cinese, al fine di avere un secondo figlio (possibilità negata dalla normativa cinese) e di consentirgli l'acquisto della cittadinanza comunitaria, approfittavano della situazione lavorativa del marito che lo portava spesso a permanenze prolungate nel Regno Unito. Essi, infatti, programmavano la nascita del secondo figlio nel territorio dell'Irlanda del Nord, poiché la Costituzione irlandese prevedeva l'attribuzione della cittadinanza in base allo *ius soli* a tutte le persone nate sul territorio dell'“Isola di Irlanda”. In seguito all'acquisto della cittadinanza della piccola Catherine, la madre chiedeva il diritto di soggiorno nel

A proposito della prima decisione è stato osservato che se nei primi anni la Corte si chiedeva “che diritto sarebbe mai la libera circolazione se il lavoratore non potesse portare con sé la famiglia?”, in seguito la medesima Corte, applicando il principio dell’effetto utile alla norma che attribuisce il diritto di residenza ai figli, sembra chiedersi “che diritto sarebbe mai se questi non possono godere dell’assistenza dei genitori?”⁶⁹.

In buona sostanza, la Corte attraverso l’applicazione di tale principio giunge ad una protezione sostanziale della famiglia, che non è più confinata a mero attributo del lavoratore.

Con riferimento al caso *Garcia Avello*, invece, l’elemento innovativo si rinviene nella consapevolezza della familiarità crescente tra i singoli sistemi giuridici provocata dalla maggiore mobilità dei cittadini all’interno dello spazio comunitario da cui discende la necessità della circolazione dei modelli giuridici da uno Stato membro all’altro. Tale necessità si configura alla stregua di un vero e proprio obbligo, qualora il suo disconoscimento potesse avere effetti negativi sull’integrazione dei cittadini negli Stati membri, sulla loro vita familiare e sulla libera circolazione⁷⁰.

Proseguire nella lettura della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia⁷¹ ci consente, altresì, di ricostruire il diritto in commento non solo in connessione con la libera circolazione dei cittadini europei, ma anche – sulla base del combinato disposto della Direttiva 2004/38/CE e dell’art. 18 TCE – in relazione al principio di cittadinanza comunitaria, che da tale interpretazione esce indubbiamente rafforzato.

Una lettura ampia della cittadinanza è infatti in grado di affievolire, se non (addirittura) incrinare, la necessità di dimostrare il nesso economico effettivamente esistente con le libertà fondamentali comunitarie e il diritto all’unità familiare. L’adesione da parte della Corte di giustizia a tale lettura segna, pertanto, una vera e propria svolta⁷².

Regno Unito – dove la famiglia si era intanto trasferita – per sé e per la figlia. Il rifiuto di tale permesso dava origine ad un procedimento nazionale il cui epilogo è costituito dall’intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia.

Il caso *Chen*, come visto, trae origine da una vicenda che, sebbene nello svolgimento sia piuttosto semplice, dimostra un sapiente uso, da parte dei coniugi *Chen*, degli strumenti offerti dal diritto comunitario.

⁶⁹ Così, S. NINATTI, *Il diritto alla vita familiare all’esame della Corte di giustizia*, cit., p. 260.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 262.

⁷¹ Sentenza *Eind*, Corte di giustizia, Grande sezione, 11 dicembre 2007, C. 291/05, annotata, tra gli altri, da W. CHIAROMONTE, *Il rientro del lavoratore nello Stato membro di cui è cittadino ed il diritto di soggiorno del familiare cittadino di un paese terzo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2008, pp. 88-94.

⁷² Si osservi che la cittadinanza diventa il fulcro del ragionamento dei giudici comunitari in una serie di sentenze a partire dal 2000, una vicenda esemplare è costituita dalla decisione *Baumbast*, cit.

Infatti, se il diritto alla libera circolazione nell'Unione europea si atteggia quale diritto fondamentale e personale, a chi scrive non sembra del tutto azzardato ipotizzare che il futuro *acquis* giurisprudenziale possa muoversi nella direzione del riconoscimento del ricongiungimento familiare quale diritto "assoluto" e, pressoché, incondizionato. Tale natura potrebbe, invero, derivargli di riflesso dalla sua attrazione nell'alveo del concetto "espansivo" di cittadinanza europea.

In conclusione, l'analisi, pur sintetica, dei principali interventi giurisprudenziali dimostra come il giudice comunitario nella materia del ricongiungimento familiare segua una sorta di curva crescente nella direzione di una maggiore tutela. Tale giudice, infatti, se dapprima tratta i ricorrenti solo come attori economici nel prosieguo, invece, li considera come veri e propri cittadini, attribuendo in questo modo un ruolo di primo piano alla tutela dei loro diritti fondamentali⁷³.

5. (segue) ...e nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Proseguendo nell'analisi dei più significativi approdi giurisprudenziali, si osservi che una prospettiva di indubbia rilevanza è quella desumibile dalla giurisprudenza costituzionale.

Peraltro, essa pare innestarsi nella rappresentazione, sopra suggerita, di una tutela "multilivello" del diritto al ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario.

Gli addentellati normativi, richiamati da tale giurisprudenza, sono costituiti dagli artt. 29-31 Cost.⁷⁴ – strettamente connessi alla nozione di unità familiare –

⁷³ Un arresto significativo in tale direzione è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006 *Parlamento c. Consiglio*, cit. Tale sentenza è interessante per diverse ragioni. In primo luogo, la Corte si sofferma sul rapporto tra la tutela dei diritti fondamentali e il diritto comunitario confermando l'orientamento, ormai ben consolidato, secondo cui le norme del diritto comunitario (in questo caso quelle desumibili dalla direttiva 2003/86/CE) vanno interpretate in senso conforme ai diritti fondamentali dell'individuo e, in caso contrario giudicate invalide (*ex art. 230 TCE*). In secondo luogo, la sentenza si sofferma sul difficile rapporto esistente fra le esigenze di tutela della vita familiare – di cui il ricongiungimento familiare rappresenta una delle principali estrinsecazioni – e le prerogative degli Stati membri a controllare il flusso migratorio dei cittadini di Stati terzi. Infine, la medesima pronuncia si segnala per le divergenze sussistenti tra la Corte di giustizia e l'Avvocato generale su alcune questioni di rilievo non secondario. Cfr., *amplius*, F. MACRÌ, *La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, cit.

⁷⁴ In particolare è possibile riferirsi all'interpretazione sistematica ed evolutiva delle suddette norme condotta alla luce degli artt. 2 e 3 Cost., avendo cura nel non accogliere quelle soluzioni "esasperate" che confliggono con il tenore letterale del dettato costituzionale. Cfr., più diffusamente, E. LAMARQUE, voce *Famiglia* (*Dir. Cost.*), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 2418-2425. Sulla nozione di famiglia accolta dalla Costituzione italiana, cfr., altresì, C. BERGONZINI, *Sub art. 29 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzio-*

e dall'art. 10, 2° comma, Cost., attraverso cui si riconoscono allo straniero i diritti derivanti dalle norme e dai trattati internazionali, tra i quali merita particolare attenzione il diritto della persona al rispetto della sua vita privata e familiare di cui all'art. 8 della CEDU e all'art. 7 della Carta di Nizza e il diritto di formare una famiglia e di mantenere l'unità del nucleo familiare previsto dall'art. 12 della CEDU e dall'art. 9 della Carta di Nizza.

Si osservi che l'espressione "unità familiare" sopra richiamata si ritrova espressamente solo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, mentre le Corti europee ricorrono alla formula "vita familiare" che risulta di più ampio respiro, nella quale è compreso il rispetto dell'unità della famiglia.

Inoltre, merita pregio rilevare che la nozione di "unità familiare" e, per analogia anche quella di ricongiungimento familiare, accolta dalle tre Corti che se ne sono occupate – ovvero, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia e la Corte costituzionale – non coincide perfettamente.

Concentrando ora l'attenzione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale è possibile osservare che la stessa, ormai da tempo, è costante nel ritenere che le norme che tutelano dal punto di vista costituzionale i diritti e le libertà fondamentali siano da riconoscere ai singoli – termine che comprende anche gli stranieri – "non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani"⁷⁵.

Con particolare riferimento ai diritti connessi all'unità familiare, che trovano, come già rilevato, fondamento negli artt. 29-31 Cost., la Consulta afferma che l'esigenza della convivenza del nucleo familiare "si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori"; inoltre, aggiunge che "il diritto e il dovere di educare i figli, e perciò tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono [...] diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri"⁷⁶.

ne, Padova, Cedam, 2008, pp. 302-311; F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Sub art. 29 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, pp. 601-621; L. CALIFANO, *La famiglia e i figli nella Costituzione italiana*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 685-705.

Sull'evoluzione di tale nozione, v., da ultimo, P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2008, p. 577 ss.

⁷⁵ "Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani". Corte cost., sent. n. 105/2001, punto 4 del *considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

⁷⁶ Corte cost., sent. 203/1997, punto 4 del *considerato in diritto*. Ivi è testualmente richiamata la sentenza Corte cost. n. 28 del 1995, entrambi consultabili in www.giurcost.org.

Per un commento alla sentenza n. 28 del 1995, v. SCIANCELEPORE G., *Il diritto al ricongiungimento*

Dall'evoluzione degli indirizzi della Consulta in materia⁷⁷, un'attenta dottrina evince che il ricongiungimento è concepito alla stregua di un "diritto di rango costituzionale e non *semplicemente* legislativo", per cui eventuali limiti apposti dalla legge – la quale si configura come "una disciplina costituzionalmente necessaria, in quanto attuativa di un diritto fondamentale della persona" – possono essere sindacati facendo ricorso a criteri rigorosi, nell'ottica di una verifica della omogeneità dei diritti e dei valori – sempre di rango costituzionale – con cui il diritto al ricongiungimento familiare va bilanciato⁷⁸.

Una conferma dell'impostazione sopra richiamata proviene anche da una recente pronuncia della Consulta, la quale ribadisce che "il ricongiungimento è, dunque, diretto a rendere effettivo il diritto all'unità della famiglia che [...] si esprime nella garanzia della convivenza del nucleo familiare e costituisce espressione di un diritto fondamentale della persona umana (sentenze n. 113 del 1998 e n. 28 del 1995)"⁷⁹.

Si osservi, in particolare, che l'esame del diritto in parola, nella giurisprudenza costituzionale, procede di pari passo con l'analisi dei profili problematici relativi all'ampiezza della "famiglia ricongiungibile".

A tale ultimo riguardo è possibile distinguere due successivi orientamenti: il primo "garantista"⁸⁰ – che ha provveduto ad introdurre importanti correzioni alle scelte legislative – propende per una nozione estesa di famiglia e il secondo "restrittivo"⁸¹ – che, invece, ha ridimensionato l'ampiezza del precedente indirizzo – ne privilegia una nozione più circoscritta, coincidente con la famiglia nucleare.

In particolare, il secondo degli indirizzi richiamati opera una distinzione tra "unità familiare" – che riguarda soltanto la famiglia nucleare e che dà luogo ad

familiare tra normativa speciale e disciplina costituzionale, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, fasc. 4, pp. 1279-1290.

⁷⁷ L'orientamento "pioniere" sul ricongiungimento familiare degli stranieri va individuato nella sentenza Corte cost. n. 28 del 1995. In seguito, spunti interessanti in ordine alla tutela della "convivenza familiare" dello straniero si rinvencono anche nelle sentenze Corte cost. n. 203 del 1997, n. 376 del 2000 e n. 379 del 2000.

⁷⁸ L'orientamento dottrinale a cui si fa riferimento è di G. SIRIANNI, "Diritto alla unità familiare" e "interesse agli affetti" dei cittadini extracomunitari secondo la Consulta, in *www.costituzionalismo.it* (corsivo aggiunto).

⁷⁹ Corte cost., sent. 183/2008, punto 3 del *considerato in diritto*.

⁸⁰ Tale orientamento si evince dalle sentenze della Corte Cost. nn. 28/1995, 203/1997, 376/2000, cit.

⁸¹ Tale indirizzo si desume dalla sentenza n. 224/2005 e dall'ordinanza n. 454/2005 della Corte costituzionale, per un commento al riguardo si rinvia a G. SIRIANNI, "Diritto alla unità familiare" e "interesse agli affetti" dei cittadini extracomunitari secondo la Consulta, cit. Con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 224/2005, cfr., anche, G. BUCCI, L. PATRUNO, *La Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione si pronunciano sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini stranieri*, in *www.costituzionalismo.it*. Ivi, gli A., oltre a riferirsi alla giurisprudenza della Consulta, richiamano la pronuncia n. 209/2005 della Corte di cassazione che vi si allinea.

un diritto costituzionalmente tutelato – e “affetto familiare” – che concerne gli ascendenti e i figli maggiorenni e che è qualificato alla stregua di un mero interesse. Pertanto, sulla scia di tale indirizzo, il ricongiungimento familiare si pone come diritto inviolabile solo se viene invocato nei confronti del coniuge (non legalmente separato) e dei figli minorenni, non assumendo tale natura giuridica nei confronti degli ascendenti e degli figli maggiorenni, soggetti già allontanatesi dal nucleo familiare *stricto sensu* inteso. Per questi ultimi, infatti, l’“interesse” al ricongiungimento familiare va discrezionalmente bilanciato con il diritto dello Stato a regolamentare l’ingresso degli stranieri in Italia.

L’ultimo indirizzo sopra richiamato⁸² se, per un verso, appare criticabile perché segna una sorta di arretramento rispetto al precedente, facendo emergere delle differenziazioni nella titolarità dei diritti fondamentali tra cittadini e stranieri, per altro verso non lo è perché, nella direzione della conformità, pare avvicinarsi di più allo spirito della disciplina comunitaria.

Quest’ultima, infatti, sembra operare una distinzione tra “famiglia nucleare” e “famiglia allargata”, calibrando la portata del diritto al ricongiungimento familiare in modo differente in relazione all’appartenenza del ricongiungibile nell’una o nell’altra (nozione di) famiglia. Ed invero, mentre nel “considerando” n. 9, espressamente tale disciplina asserisce che “il ricongiungimento familiare dovrebbe riguardare in ogni caso i membri della famiglia nucleare, cioè il coniuge e i figli minorenni”, nel “considerando” n. 10 essa osserva semplicemente che “dipende dagli Stati membri decidere se autorizzare la riunificazione familiare per parenti in linea diretta ascendente, figli maggiorenni non coniugati, *partners* non coniugati⁸³ o la cui relazione sia registrata, nonché, in caso di matrimoni poligami⁸⁴, i figli minori di altro coniuge”.

Infine, un ulteriore profilo di rilievo emergente della giurisprudenza costituzionale in materia – che verrà esaminato nelle considerazioni conclusive – riguarda la possibilità di limitare il ricongiungimento qualora vi siano preminenti esigenze da salvaguardare, ovvero esigenze di ordine pubblico e/o di sicurezza nazionale.

⁸² Tale orientamento trova conferma anche nelle più recenti ordinanze della Corte costituzionale n. 368 del 2006 e nn. 335 e 397 del 2007.

⁸³ Sulla tutela del convivente di fatto in merito al ricongiungimento familiare, cfr., tra gli altri, M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, cit.; L. PASCUCCI, *Il ricongiungimento familiare nell’interpretazione della Corte costituzionale*, in *Famiglia e Diritto*, n. 2/2008, p. 123 ss.; L. PASCUCCI, *Coppie di fatto: un limite al ricongiungimento familiare?*, cit.; con riguardo alla “natura e alla effettività dei vincoli familiari” come presupposti per l’esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, cfr. Corte cost. ordinanza n. 143 del 2007, in *www.giurcost.org*.

⁸⁴ In materia di ricongiungimento e poligamia, v. A. GALOPPINI, *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2002, fasc. 2, pp. 741-757.

6. *Conclusioni. L'incidenza trasversale del diritto comunitario sul diritto nazionale di famiglia: sovranità "in discussione" anche nella disciplina dei rapporti familiari?*

Analizzata la disciplina del ricongiungimento familiare del cittadino extra-comunitario alla luce delle diverse questioni emergenti, va ora esaminato se e in che misura il diritto comunitario incida o interferisca nella materia dei rapporti familiari così come disciplinati dal diritto nazionale.

Tale prospettiva ci induce altresì a considerare quali siano i confini del diritto di famiglia, se esso cioè si limiti a regolare i rapporti tra i singoli componenti o comprenda anche "altro" e, in questa direzione, in che misura la disciplina comunitaria sulla libertà di circolazione e soggiorno dei componenti della famiglia possa riguardare il contenuto di tale materia⁸⁵.

In altri termini, ci si interroga sul senso dei nessi piuttosto stretti sussistenti tra il diritto di famiglia e la libertà di circolazione delle persone e sulle tensioni emergenti nel momento in cui la "comunitarizzazione" – sebbene indiretta – riguarda modelli culturali nazionali, quali sono tradizionalmente quelli familiari. Peraltro, nella prospettiva di tale "comunitarizzazione", non del tutto proficua e destinata ad entrare in crisi appare la tendenza del legislatore comunitario ad attingere a metodologie proprie dell'ordinamento economico per applicarle a materie attinenti i diritti fondamentali e la persona.

E soprattutto la prospettiva sopra riferita ci spinge a valutare quanto sia attendibile la *suggerione*, proposta da più parti, di un vero e proprio diritto europeo delle relazioni familiari⁸⁶.

In linea generale, si osservi che il diritto nazionale può subire forme di "comunitarizzazione diretta", ossia di sostituzione del diritto degli Stati membri con una disciplina armonizzata o unificata, e/o forme di "comunitarizzazione indiretta", che si realizzano attraverso l'imposizione agli Stati membri di legiferare – anche nei settori di loro competenza esclusiva – in modo conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario.

In particolare, applicando la riferita distinzione alla materia in commento, si desume che la prima forma di "comunitarizzazione" ha ad oggetto il diritto (internazionale privato) della famiglia, mentre la seconda riguarda il diritto materiale⁸⁷.

⁸⁵ In particolare, ci si chiede in che senso i provvedimenti in materia di famiglia possano considerarsi "misure necessarie al corretto funzionamento del mercato interno" (art. 65 TCE) ed, ancora, perché l'intervento comunitario nella suddetta materia – ai sensi del Titolo IV del Trattato – si giustifichi alla luce del *favor* per la libera circolazione. In argomento, S. NINATTI, A. ROVAGNATI, *Verso un diritto europeo delle relazioni familiari?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2007, p. 426.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 425-428.

⁸⁷ Un'autorevole dottrina si interroga sulla possibilità che anche il diritto materiale di famiglia possa subire forme di "comunitarizzazione diretta", ovvero sia armonizzato o addirittura unificato. Al

Procedendo nell'indagine è possibile sostenere che, così come per altre materie non oggetto di competenza esclusiva delle istituzioni comunitarie, anche per il diritto di famiglia – ed è emblematico come proprio per la disciplina dell'immigrazione si sia posta la medesima questione – sembra che lo scenario che si stia allestendo contempra, per un verso, una progressiva espansione della competenza comunitaria (sebbene trasversale/indiretta) a cui corrisponde, per altro verso, una tendenza degli Stati membri a resistere di fronte alla "erosione" della propria sovranità⁸⁸ (anche se riguarda solo "porzioni" della stessa).

Esaminiamo la questione prospettata cominciando da quelli che sembrano costituirne i "punti fermi".

Innanzitutto, è opportuno evidenziare che la competenza a regolare ambiti concernenti le relazioni familiari è stata riconosciuta in via esclusiva agli Stati membri⁸⁹. Ciò trova conferma nel fatto che nessuna norma del Trattato CE attribuisce alle istituzioni comunitarie il potere di disciplinare il diritto di famiglia⁹⁰; manca, infatti, una base giuridica per uniformare o armonizzare le norme sostanziali del diritto di famiglia.

Tuttavia, la sovranità degli Stati membri in materia sta subendo sgretolamenti che, dapprima solo marginali, stanno lentamente assumendo un aspetto sempre più invasivo⁹¹.

riguardo, cfr. R. BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2005, p. 602, in particolare v. i riferimenti bibliografici ivi richiamati nella nota 110.

⁸⁸ Sul tema, v. N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel "commonwealth" europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, in particolare, pp. 269-306.

⁸⁹ Così si è espressa la Corte di giustizia, allineandosi, peraltro, con il carattere originalmente orientato al mercato dell'integrazione comunitaria. In tale contesto, infatti, le relazioni familiari erano estranee. V. Corte giust. 10 giugno 1999, causa C-430/97, *Jobannes c. Jobannes*, in *Racc.*, p. I-3475 ss.

⁹⁰ Osserva attenta dottrina che "neppure il forte legame che esiste tra la struttura sociale e giuridica di uno Stato e i caratteri fondamentali del suo diritto di famiglia può garantire la competenza esclusiva degli Stati membri in tale materia. Questi infatti sono tenuti, in virtù della *primauté* del diritto comunitario e in base al principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 CE [...] a rispettare il diritto comunitario anche quando legiferano nei settori non di competenza dello stesso, evitando di pregiudicarne i principi cardine, tra cui, per quanto qui in particolare rileva, il principio della libera circolazione delle persone nelle sue differenti declinazioni. Così, M. CONDINANZI, in *Id.*, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, cit., pp. 399-400.

In argomento, cfr., altresì, F. VARI, *Famiglia e competenze dell'Unione europea: un potenziale conflitto?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2008, pp. 160-162.

⁹¹ Il realizzarsi di tale cambiamento è stato ricondotto da una parte della dottrina fondamentalmente a due ragioni.

Da un lato, almeno inizialmente, l'ingerenza del diritto comunitario nel diritto (nazionale) di famiglia si è sviluppata per soddisfare esigenze di carattere economico. In particolare, attraverso il ricongiungimento familiare, definito "quale modello paradigmatico di libertà di circolazione a titolo derivativo" si è consentita una tutela più ad ampio raggio della libertà di circolazione delle persone, che avrebbe potuto essere compromessa nell'ipotesi di dinieghi e/o limitazioni al soddisfacimento

In relazione a tale ultima prospettiva, si può osservare che il diritto nazionale, nella materia che ci occupa, è sottoposto – come già accennato – alla “comunitarizzazione indiretta⁹²” che, nella materia *de qua*, significa essenzialmente conformità ai principi di libera circolazione e ai divieti di discriminazione dagli stessi contemplati.

Peraltro, si osservi che tali principi e divieti fondamentali hanno la forza di influenzare anche il contenuto degli atti adottati nel quadro del diritto internazionale privato della famiglia che è, invece, oggetto di comunitarizzazione diretta.

In particolare, il fenomeno della comunitarizzazione indiretta, unito al carattere flessibile del principio di attribuzione delle competenze, induce a riflettere sull'esistenza e sulla reale portata delle competenze della Comunità in materia familiare.

Al riguardo, chi scrive reputa possibile individuare – anche allo stato attuale – talune competenze della Comunità europea a tutelare gli *status* familiari.

Si ritiene, infatti, che l'esperienza dell'integrazione europea – che presuppone la convivenza di una pluralità di ordinamenti che si intersecano nella disciplina dei rapporti giuridici – determini un fenomeno di parziale erosione della sovranità statale anche con riguardo al diritto di famiglia.

Tuttavia, la suddetta constatazione – seppur realistica – va accolta con cautela poiché, il diritto di cui si discute affonda le sue radici in un contesto ricco di valori sociali e di ideali laici (in taluni ordinamenti tali valori sono connessi anche a quelli religiosi) ed è perciò auspicabile che la comunitarizzazione (diretta ed indiretta) di tale diritto avvenga in maniera equilibrata e ponderata proprio con riferimento a tali valori e nel rispetto delle diversità esistenti tra gli ordinamenti giuridici nazionali.

Nel perseguire tale equilibrato sviluppo, chi scrive ritiene che sia auspicabile accordare preferenza al principio del mutuo riconoscimento⁹³ della pluralità dei

del diritto all'unità familiare. Inoltre, tale ingerenza è stata altresì canalizzata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo – tra cui il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) – e al divieto di discriminazione sulla base della nazionalità o del sesso (artt. 12, 13, 141 CE).

Dall'altro lato, in conseguenza della parziale comunitarizzazione del terzo pilastro, l'incidenza (sempre trasversale) del diritto comunitario sul diritto di famiglia si è manifestata attraverso l'elaborazione di atti normativi di diritto internazionale privato e processuale adottati *ex artt* 61 e 65 CE. In argomento, M. CONDINANZI, in ID., C. AMALFITANO, *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, cit., pp. 400-402.

⁹² Tale comunitarizzazione può anche avvenire in modo “strisciante”, cioè nel caso in cui gli “atti comunitari adottati nell'esercizio di competenze attribuite enuncino nozioni relative ad ambiti del diritto privato sottratti al novero delle competenze”. Così, L. TOMASI, cit., p. 52.

⁹³ In particolare, a sostegno dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento – che assicura l'unicità-continuità dello *status* familiare – e nell'intento di non ostacolare la libertà di circolazione – è possibile richiamare sia alcune pronunce della Corte di giustizia, sia una parte della dottrina; ed invero, facendo leva sulla cittadinanza dell'Unione, è possibile individuare in quest'ulti-

modelli familiari nazionali invece di cercare di raggiungere, attraverso strumenti di armonizzazione⁹⁴, una loro *reductio ad unitatem*, la quale – anche alla luce del Trattato di Lisbona – non è attuabile per mancanza di una base giuridica in grado di legittimare tale intervento⁹⁵. Semmai, in una prospettiva di “conciliazione”, potrebbe sostenersi la complementarità tra reciproco riconoscimento e (tenue, se così si può dire) armonizzazione – mutuando nell’ambito del diritto di famiglia – quanto già “pacificamente” avviene nel settore della cooperazione giudiziaria penale.

7. (segue)... *La tutela costituzionale dell’unità familiare nel bilanciamento tra diritti inviolabili dell’uomo e ordine pubblico: quale spazio per la libera circolazione degli affetti familiari?*

*“La riunificazione familiare può essere rifiutata per motivi debitamente giustificati. In particolare la persona che desidera ottenere la riunificazione della famiglia non dovrebbe costituire una minaccia per l’ordine pubblico e la sicurezza interna [...]”*⁹⁶.

Si è scelto di completare le note conclusive di questo lavoro citando il “considerando” n. 14 della Direttiva 2003/86/CE perché esso sembra costituire – letto in combinato disposto con l’art. 6 par. 1 della medesima Direttiva e con l’art. 8, 2° comma, CEDU⁹⁷ – una sorta di norma di chiusura del sistema di tutela del diritto al

ma “l’obbligo di riconoscere gli stati giuridici personali e familiare che, di regola ciascuno Stato attribuisce ai soggetti che gli appartengono”.

Il riferimento giurisprudenziale è alle seguenti pronunce: Corte di giustizia 2 dicembre 1997, causa C-336/94, *Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, in *Raccolta*, p. I-6761 ss.; Corte di giustizia 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Belgio*, cit. L’espressione richiamata letteralmente è di R. BARATTA, *Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, cit., p. 592.

⁹⁴ Auspica un intervento diretto all’armonizzazione del diritto materiale di famiglia, L. TOMASI, cit., p. 337.

⁹⁵ L’art. 65, par. 3 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (il Trattato di Lisbona si articola in due trattati aventi il medesimo valore giuridico: il Trattato sull’Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea) non dispone nulla riguardo alla possibilità di procedere ad un’armonizzazione sostanziale del diritto di famiglia.

⁹⁶ La disposizione comunitaria continua precisando: “Nella nozione di ordine pubblico può rientrare una condanna per aver commesso un reato grave. In tale contesto è da notare che nel concetto di ordine pubblico e di sicurezza pubblica possono rientrare pure i casi in cui un cittadino di un paese terzo fa parte di un’organizzazione che sostiene il terrorismo internazionale, sostiene una siffatta organizzazione o nutre aspirazioni estremistiche” (Direttiva 2003/86/CE, “considerando” n. 14).

⁹⁷ Tale disposizione consente che il diritto al rispetto della vita familiare possa essere compreso dall’autorità pubblica qualora l’ingerenza rappresenti una misura che, in una società democratica, sia necessaria “per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per la difesa dell’ordine e per la

ricongiungimento familiare. In particolare, attraverso la lettura combinata di tali disposizioni, è possibile, altresì, trovare sostegno alle limitazioni introdotte dalla legislazione interna per controllare l'ingresso e la circolazione (in questo caso "derivata", perché concedibile per esigenze familiari) degli stranieri nel territorio nazionale.

In altri termini, anche nella disciplina comunitaria relativa al diritto in parola trova spazio la c.d. "ragione di Stato", in virtù della quale è possibile comprimere o negare un diritto fondamentale se ciò si rende necessario per l'ordine pubblico e la sicurezza interna.

Pertanto, il diritto al ricongiungimento familiare – sebbene, come già specificato, costituisca una diretta estrinsecazione del principio (inviolabile) di unità familiare – può, in ragione del bilanciamento con il diritto dello Stato al controllo delle frontiere, incontrare ostacoli e limitazioni.

Al riguardo, è opportuno osservare che la giurisprudenza costituzionale⁹⁸ ha riconosciuto al legislatore un ambito di discrezionalità piuttosto ampio, che nell'esercizio trova vincoli soltanto nel rispetto del canone della ragionevolezza⁹⁹. Detto in altre parole, lo Stato, attraverso l'esercizio della funzione legislativa, può dettare regole anche piuttosto severe per realizzare un ordinato flusso migratorio e nel fare ciò può – nella ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, la politica nazionale in materia di immigrazione – perfino sacrificare il diritto del migrante al ricongiungimento e ciò sarà costituzionalmente legittimo se non presenta profili di "manifesta irragionevolezza"¹⁰⁰.

Anche la più recente giurisprudenza costituzionale conferma quanto appena affermato.

La Consulta ribadisce, infatti, che "la principale norma concernente la condizione giuridica dello straniero è quella dell'art. 10, comma secondo, Cost. [...]. Da tale disposizione si può desumere, da un lato, che, per quanto concerne l'ingresso e la circolazione nel territorio nazionale (art. 16 Cost.), la situazione dello straniero non è uguale a quella dei cittadini, dall'altro, che il legislatore,

prevenzione dei delitti, per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri". In merito alla giurisprudenza europea sulle limitazioni pubblicistiche al diritto alla vita familiare, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa, tra "allargamento" dei confini e "restringimento" dei diritti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2004, pp. 76-85; A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Il ricongiungimento familiare fra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto del diritto alla vita familiare*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6/2004, pp. 556-557.

⁹⁸ Il riferimento è, in particolare, alle sentenze nn. 28/1995, 203/1997, 353/1997, 376/2000 e 224/2005 e alle ordinanze nn. 232/2001 e 454/2005.

⁹⁹ "Pur essendo pacifico, infatti, che la disciplina della permanenza degli stranieri è affidata alla discrezionalità del legislatore, cui spetta il bilanciamento di vari interessi fra loro anche in contrasto, è altresì vero che tale discrezionalità incontra il limite della ragionevolezza, come riconosciuto da questa Corte in numerose pronunce (sentenze n. 104 del 1969, n. 144 del 1970 e n. 62 del 1994)". Corte cost., sent. 148/2008, punto 1 del *ritenuto in fatto*, in www.giurcost.org.

¹⁰⁰ Si vedano, per tutte, la sentenza n. 206 del 2006 e, da ultimo, l'ordinanza n. 361 del 2007, in www.giurcost.org.

nelle sue scelte, incontra anzitutto i limiti derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute ed eventualmente dei trattati internazionali applicabili ai singoli casi. Occorre, inoltre, rilevare che lo straniero è anche titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona [...]. In particolare [...] ciò comporta il rispetto, da parte del legislatore, del canone della ragionevolezza, espressione del principio di eguaglianza, che, in linea generale, informa il godimento di tutte le posizioni soggettive¹⁰¹.

Nell'ambito di queste sia pur legittime "manovre" limitative del legislatore, che hanno avuto – quantomeno finora – l'avallo della giurisprudenza costituzionale ci si chiede quale spazio possa residuare alla libera circolazione degli affetti familiari degli stranieri e, soprattutto, in che misura tale spazio in futuro potrà subire "allargamenti" o "restringimenti" in virtù della inevitabile (nella prospettiva sempre più impellente di un "dialogo" tra le Corti) influenza della giurisprudenza europea.

In altri termini, se è ormai acquisizione pacifica che le norme della CEDU – così come interpretate dalla giurisprudenza di Strasburgo – fungono da norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale¹⁰², ci si interroga sulla sorte di quelle disposizioni legislative interne che in ragione della prevalenza dell'ordine pubblico nazionale sacrificano – senza rispettare adeguatamente il principio della proporzionalità – i diritti fondamentali del migrante extracomunitario.

THE FAMILY REUNION BETWEEN MIGRATORY FLOWS AND PROTECTION OF FAMILY UNITY RIGHT

by Agata Anna Genna

Abstract

This paper deals with the concept of right to family reunion, deriving from the case law of European Court of Justice and Italian Constitutional Court. First of all the relationship between the right to family reunion and migrants' rights is analyzed. Then the right to family reunion is considered as it flows from EC Directive 2003/86/CE and, consequently, from the execution norms adopted by Italian Parliament. Afterwards the influence of EC law on the national legislation on family rights is examined. The conclusion is about the importance of guaranteeing the free circulation of "family loves" bearing in mind the importance of the European integration and considering, on the other hand, the public order requirements.

¹⁰¹ Corte cost., sent. 148/2008, punto 3 del *considerato in diritto*.

¹⁰² Cfr., *ex plurimis*, A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2008, p. 215 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2008, p. 133 ss.; U. VILLANI, *Sul valore della convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2008, p. 7 ss.

In house e servizi pubblici locali: breve storia della capitolazione di un modello

di Santi Delia

SOMMARIO: 1. Cenni sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali. - 2. Servizi pubblici e partecipazione pubblica. - 3. Il concetto di *in house providing*. - 4. Il modello alternativo: le società miste. - 5. L'art. 23 *bis* del D.L. n. 112/08 convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, al vaglio dell'A.G.CO.M.: *l'in house* va in soffitta?

1. *Cenni sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali*

È constatazione di comune esperienza che l'amministrazione di servizio trovi la sua espressione fondamentale al livello periferico e, proprio per questo, l'itinerario che ha condotto nel tempo lo Stato a dispensatore di servizi ha coinvolto *in primis* gli enti locali.

L'odierno, e non ancora completo, assetto è figlio di oltre cento anni di evoluzione legislativa¹ in materia: dalla Legge Giolitti del 1903, con la quale si assistette alla nascita di un sistema municipalizzato dei servizi avulso della concorrenza e dal libero gioco del mercato, al R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 (“*Approvazione del t.u. della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province*”), con il quale si affermò la dicotomia tra lo svolgimento del servizio direttamente da parte dell’ente e l’affidamento in concessione ai privati; dall’ordinamento delle autonomie locali del 1990, con la codificazione dei cinque modelli di gestione (gestione diretta in economia, concessione a terzi, gestione a mezzo di azienda speciale, istituzioni, SPA a capitale pubblico create *ad hoc*), al Testo Unico enti locali del 2000, sino agli artt. 13 del D.L. n. 223/2006 e 23 *bis* del D.L. n. 112/08, imbevuti di principi comunitari e tesi al rispetto della sovrana concorrenza. Il paradosso, probabilmente, si consumò proprio con l’adozione del T.U.EE.LL., che, lungi dal segnare un punto di stabilità come con ogni testo unico si suole fare, venne contraddetto l’anno

¹ Per un breve *excursus* normativo si veda F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 9 e ss.

successivo da una riforma radicale, a sua volta messa in discussione in alcuni aspetti nucleari dall'art. 14 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 e dall'art. 4, comma 234, della legge finanziaria per l'anno 2004².

Se la Legge Giolitti aveva preso spunto dal modello inglese, si ispirava al chiaro obiettivo di togliere, progressivamente, mercato ai gestori privati restii ad abbassare i prezzi ed era fondata sull'azienda speciale dotata di propria autonomia amministrativa e contabile ma non giuridica, il Testo Unico del 1925 rappresentò una nuova apertura al mercato dei pubblici servizi locali. Il periodo fascista ed il dopoguerra, tuttavia, restrinsero notevolmente il ventaglio dei settori di competenza locale prendendo possesso di importanti servizi (telefonico, elettricità, ferroviario) ritenuti strategici per il rilancio del paese. Nel 1990, con la legge n. 142 sull'ordinamento delle autonomie locali, viene ancora una volta ribadito il ruolo centrale di tali enti nella gestione dei servizi pubblici, investiti "*nell'ambito delle rispettive competenze, [di] provvedere] alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*" attraverso la forma organizzativa ritenuta più idonea tra cinque diversi modelli³. Si assiste alla nascita di modelli aziendalistici⁴ di partecipate che, tuttavia, rispetto alla Legge Giolitti, si caratterizzavano per una spiccata autonomia giuridica rispetto all'ente locale ad essi partecipante⁵.

I primi anni di sperimentazione di tali modelli portano alla luce l'inefficienza, l'inefficacia, la diseconomicità e la non appropriatezza delle poco incisive partecipazioni pubbliche consacrate in tali forme. Si assiste, in particolare, nella stragrande maggioranza dei casi, ad un ruolo dell'Amministrazione che, per un verso, interviene in maniera labile alla gestione effettiva della partecipata pur essendo, per converso, gioco forza presente ove chiamata a costanti ripiani *ex*

² L. n. 350/2003.

³ Cfr. art. 22 L. n. 142/1990, ove si indicano quali possibili forme di gestione dei servizi: "*a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati*".

⁴ La costituzione di società pubbliche o miste – cui veniva affidata la concessione di pubblici servizi – cominciò per la verità ad essere praticata già prima della L. n. 142/1990: Cons. Stato, Sez. I, 1 febbraio 1985, n. 130, in *Foro It.*, 1987, III, 435; Sez. V, 14 dicembre 1998, n. 818, in *Cons. Stato*, 1988, I, 1625.

⁵ In tema cfr., tra gli altri, S. CASSESE, *La regolamentazione dei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *L'Industria*, XIII, 1992, 171 ss.

post. La crisi del sistema delle partecipate accentuerà la sempre più frequente tendenza volta a rappresentare l'ente pubblico quale indiscusso titolare del servizio, ma gestore solo eventuale dello stesso⁶. Ed è proprio in ragione dell'ingresso nel mercato della gestione dei servizi pubblici locali da parte delle partnership pubblico-private che, per la prima volta, si adombra il problema dell'affidamento dello stesso e della tutela del mercato e/o della lesione della concorrenza.

Il Testo Unico enti locali del 2000⁷ prova a dare una risposta a tale tendenza, scindendo tra servizi di rilevanza economica (art. 113) e privi di tale rilevanza (art. 113 *bis*) e cristallizzando, in maniera abbastanza netta, la regola dell'evidenza pubblica per l'affidamento degli stessi. Continuavano, tuttavia, ad esistere numerose ipotesi di affidamento diretto mal celati da lunghi periodi transitori e dalla incertezza della sua decorrenza in particolari settori. Anche i successivi ed incisivi aggiustamenti⁸ non riuscirono a cogliere nel segno ed offrire un'accettabile composizione dei contrapposti interessi in campo.

2. *Servizi pubblici e partecipazione pubblica*

Il conferimento ai Comuni delle funzioni "*materiali*" volte al soddisfacimento dei bisogni primari delle comunità di riferimento postula la partecipazione pubblica nella gestione degli stessi, che, dovendo, per espressa indicazione comunitaria, essere "*garantita*"⁹, non può essere lasciata, totalmente, al libero mercato

⁶ Sulla distinzione tra *provider* e *producer* si veda, tra gli altri, D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante s.p.a.*, in *Riv. it. pubb. comunit.*, 1997, 56 ss.

⁷ Cfr. art. 112, comma 1: "Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

⁸ Cfr. art. 14 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 e art. 4, comma 234, della Legge Finanziaria per l'anno 2004.

⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione Europea, 11 settembre 1996, sui "servizi d'interesse generale in Europa", in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 384 ss., con la quale si riconosce la nozione di servizio pubblico nella sua definizione essenziale, nelle sue giustificazioni e nei suoi principi e se ne afferma la dimensione europea. Il trattato di Amsterdam ha dato spazio alla nozione di servizio pubblico nei principi comunitari nel senso inteso dalla comunicazione della Commissione inserendo a tale scopo un nuovo articolo 16 (7 D), nel trattato CE, così formulato: "Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti". La direttiva sul servizio postale (97/67 del 15 dicembre 1997), pur aprendo in qualche misura il settore alla concorrenza, obbliga gli Stati membri a garantire, sotto la denominazione di servizio universale, prestazioni di livello minimo a vantaggio degli utenti e a tale scopo consente loro di riservare talune attività ad uno o più operatori (servizio riservato). In questo modo ha creato l'ossatura di un servizio pubblico

ma andrà in ogni caso governata e comunque stimolata. Abbiamo già accennato al fatto che la dicotomia tra gestione diretta ed esternalizzazione – ovvero affidamento a terzi – dell'attività della Pubblica Amministrazione rappresenta un approdo ricostruttivo da lungo tempo consolidato nell'ordinamento interno.

Già il R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 distingueva¹⁰ *“l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi”* da parte degli enti locali rispetto alla scelta degli stessi di *“concedere all'industria privata qualcuno dei servizi indicati all'art. 1”*¹¹. L'istituto della concessione a terzi fu poi oggetto di più approfondita disciplina a seguito dell'entrata in vigore degli artt. 265-267 del R.D. 14 settembre 1931, n. 1175 (*“Testo unico della finanza locale”*).

Dalla lettura delle superiori disposizioni si evince a chiare lettere che sarà ammissibile, sul piano teorico, e si risolve in una valutazione di opportunità e convenienza (sia pure sotto il profilo dell'interesse pubblico che deve muovere l'ente), che la gestione del servizio venga affidata, attraverso un rapporto di concessione, ad una impresa privata, operante ovviamente ai fini del proprio profitto, o venga svolta direttamente dall'ente pubblico, per mezzo di una propria impresa pubblica. Anche la giurisprudenza amministrativa ha, nel passato, lucidamente evidenziato la differenza – e la perfetta equivalenza – delle due situazioni (gestione diretta ed esternalizzazione). Per usare le parole dei Giudici di Palazzo Spada¹², *“l'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato”*; *“in sostanza si tratta dell'estensione alla pubblica amministrazione della libertà di autoproduzione”*.

Nel più recente periodo, il tema è stato compiutamente ripreso dalla Corte di giustizia europea¹³, la quale – in maniera singolarmente corrispondente a quanto già statuito dal giudice amministrativo nazionale – ha rilevato che un'autorità pubblica *“ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi”*. Tale posizione della Corte di giustizia, condivisa dalle altre istituzioni europee¹⁴, fa ritenere che l'ordinamento comunitario tuttora preveda

europeo. La Commissione, infine, ha pubblicato il 20 settembre 2000 una comunicazione (*“i servizi d'interesse generale in Europa”*) in cui conferma e precisa quella del 1996, definendo in particolare i campi d'applicazione rispettivi del servizio d'interesse generale e della concorrenza.

¹⁰ Cfr. art. 1, comma 1, R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578.

¹¹ Cfr. art. 26, comma 1, R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578.

¹² Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *giustizia-amministrativa.it*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹³ Corte Giust., 11 gennaio 2005, C-26/03, in *curia.europa.ueu*, <http://www.curia.europa.ueu/it>.

¹⁴ Cfr. Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70.

la piena alternatività tra autoproduzione ed esternalizzazione dell'attività da parte della pubblica amministrazione¹⁵. Si doveva evitare, tuttavia, al fine di distorcere in maniera irrimediabile il libero mercato della concorrenza, il rischio di assistere ad una, solo apparente, "autoproduzione" si da escludere la possibilità che dietro tale *fictio* si celassero interessi economici privati fruitori di indisturbati accessi al lucroso mercato, senza concorrenza, dei servizi. È stata, pertanto, animata da tali intenti, l'evoluzione, anche giurisprudenziale, che ha provato a modellare i requisiti dell'*in house* a tutela della concorrenza e del mercato; almeno fino all'introduzione dell'art. 23 *bis* del D.L. n. 112/08, che, quanto meno riguardo alle concessioni di pubblici servizi, ne ha decretato il *de profundis*.

3. *Il concetto di in house providing*

Com'è noto, l'espressione *in house providing*¹⁶ identifica la possibilità di "autoproduzione" da parte della p.a. di beni e servizi all'interno della propria struttura organizzativa senza ricorrere a "terzi"¹⁷ tramite l'attivazione delle obbligatorie procedure ad evidenza pubblica. La scelta della p.a. tra il sistema dell'affidamento all'esterno ricorrendo all'offerta di mercato e l'opposto modello della produzione *in house*, prim'ancora dei rigidissimi paletti legislativi ora in vigore, dovrebbe essere preceduta dalla comparazione degli obiettivi pubblici che l'ente intende perseguire (anche in ragione dei tempi necessari, delle risorse umane e finanziarie impiegabili e da impiegare per l'ottenimento degli stessi¹⁸), in base ai principi del cd. "best value"¹⁹.

¹⁵ In tal senso si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *giustizia-amministrativa.it*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁶ L'espressione *in house* è utilizzata per la prima volta nel Libro bianco del 1998 con il quale la Commissione Europea, relativamente al settore degli appalti pubblici, ha specificato il concetto di "appalti *in house*" come "quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale o locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata". Sul punto si veda C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, n. 3-4, 495 e ss, ed *ivi*, in particolare, note 46 e 47.

¹⁷ Il modello contrapposto a quello dell'*in house providing* è il cosiddetto *outsourcing* o *contracting out*, in cui la p.a. si rivolge al privato esternalizzando l'esercizio stesso dell'attività amministrativa o, più semplicemente, il reperimento delle risorse necessarie al suo svolgimento.

¹⁸ Sui principi che più in generale regolano le scelte discrezionali di ogni amministrazione pubblica si veda D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 281 e ss.

¹⁹ Nel sistema inglese il "Best Value Performance Plan" è un documento che tutti gli enti locali inglesi sono tenuti a pubblicare, al pari del bilancio di esercizio (consuntivo), e che, come dice la sua denominazione, rappresenta un'analisi delle *performance* realizzate e di quelle obiettivo, messe a confronto con quelle medie del comparto.

Assai delicato²⁰ è, dunque, l'equilibrio tra il legittimo²¹ ricorso al sistema dell'autoproduzione "*fai da te*" di beni e servizi ed i principi generali stabiliti dal Trattato delle Comunità Europee (a tutela della concorrenza e del mercato ed a presidio della garanzia della massima trasparenza in materia di affidamento e stipulazione di contratti pubblici) e dall'ordinamento nazionale (in tema di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa).

Il meccanismo dell'affidamento diretto a soggetti *in house*, deve, però, essere strutturato in modo da evitare che esso possa risolversi in una ingiustificata compromissione dei principi che presiedono al funzionamento del mercato e, dunque, in una violazione delle prescrizioni contenute nel Trattato a tutela della concorrenza. In altri termini, il modello operativo in esame non deve costituire il mezzo per consentire alle autorità pubbliche di svolgere, mediante la costituzione di apposite società, attività di impresa in violazione delle regole concorrenziali, che richiedono che venga garantito il principio di pari trattamento tra imprese pubbliche e private (art. 295 del Trattato CE)²².

La giurisprudenza comunitaria, sulle orme dell'ormai epocale sentenza "*Teckal*"²³, ha affermato che per un legittimo affidamento *in house* è necessario che concorrano le seguenti due condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario un "*controllo analogo*"²⁴ a quello esercitato sui propri servizi;

²⁰ Cfr. in tal senso D. CASALINI, *op. cit.*, 285 e ss., secondo cui la giurisprudenza comunitaria sull'*in house providing* rappresenta il tentativo di armonizzare i principi a tutela della concorrenza presenti nel Trattato CE, con il potere di auto-organizzazione parimenti riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri.

²¹ Com'è noto, a seguito della novella recata all'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000, dall'art. 14, c. 1, del D.L. 30 settembre 2003 n. 269, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 novembre 2003 n. 326, la p.a. è sostanzialmente libera di scegliere, relativamente alla gestione dei servizi pubblici, tra l'affidamento mediante procedure d'evidenza pubblica e l'affidamento *in house* (s.p.a. a capitale interamente pubblico).

²² Cfr. C. cost., 23 dicembre 2008 n. 439, in www.cortecostituzionale.it.

²³ Corte Giust., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas - Acqua Consortile (AGAC) di Reggio Emilia*, in *Urb. e app.*, 2000, 227.

²⁴ Sull'evoluzione del concetto di "*controllo analogo*" dopo la già citata sentenza *Teckal*, si vedano, tra le tante, Corte Giust., 3 novembre 2008, C-324-07, *Coditel Brabant SA*, in curia.europa.ueu, <http://www.curia.europa.ueu/it>; 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochbau*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemende Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, in curia.europa.ueu, <http://www.curia.europa.ueu/it>. In ambito nazionale, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, ord. 22 aprile 2004, n. 2316; 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Campania, Sez. I, 13 settembre 2006, n. 8085; 30 marzo 2005, n. 2784; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, in *Il corriere del merito*, n. 11/2006, 131. In dottrina, ai fini della corretta perimetrazione del requisito del "*controllo analogo*", è stato posto l'accento sull'esigenza di distinguere fra "*controllo strutturale*" e "*controllo sull'attività*" (D. CASALINI, *op. cit.*, 260 e ss.). Per la prima delle due accezioni ("*strutturale*"), in particolare, è stato ritenuto trattarsi di "*condizione necessaria ed imprescindibile*" per ravvisare un ipotesi di un *in house providing*

b) il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza²⁵.

La *ratio* appare chiara: in ragione della sussistenza di entrambi gli elementi, l'ente *in house* non dovrebbe ritenersi terzo rispetto all'amministrazione appaltante (e controllante), bensì considerarsi come "*longa manus*"²⁶ dell'amministrazione stessa.

La prima delle due condizioni viene soddisfatta da un elemento necessario²⁷, ma non ancora sufficiente ad ottenere irremovibili garanzie di "*inquina-*

(G. MANGIARDI, *Nota a Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418, in Urb. e app.*, 2002, 417). Per un'ampia rassegna sull'evoluzione del concetto di "*controllo analogo*" si veda F. CARINGELLA, *Il problema dell'in house providing: un nodo non risolto dal Codice*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, a cura di R. DE NICTOLIS, Milano, 2007, 335 e ss.

²⁵ La *ratio* di tale requisito si coglie agevolmente se si considera come le regole della concorrenza risulterebbero violate nel caso di affidamento diretto di un pubblico servizio ad un'impresa che operi a tutti gli effetti sul mercato, che verrebbe favorita rispetto alle altre imprese che vi operano senza godere di affidamenti diretti, così alterandosi la *par condicio* tra imprese concorrenti. Non è, invece, così quando si tratta di organismi che non stanno sul mercato o che vi stanno in posizione del tutto trascurabile, quali, appunto, sono quelli che operano esclusivamente o quasi esclusivamente a favore degli enti pubblici che li controllano. Nell'affermare la necessità che il soggetto aggiudicatario realizzi "*la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici*" che lo controllano, la Corte di Giustizia sembra fare riferimento tanto alle prestazioni svolte "*nei confronti*" dell'amministrazione controllante quanto a quelle svolte "*per conto*" della stessa. Sul punto è stato evidenziato che per attività svolta "*nei confronti*" dell'amministrazione controllante deve intendersi quella volta a soddisfare il fabbisogno dell'amministrazione e a procurare quei fattori produttivi nonché quelle risorse che sono necessarie per l'esercizio delle competenze (F. CARINGELLA, *op. cit.*, 358-359). L'attività svolta "*per conto*" dell'ente pubblico controllante, invece, consiste nello svolgimento di funzioni proprie dell'amministrazione che hanno come diretti destinatari gli utenti finali.

Dal punto di vista "*quantitativo*", è stato chiarito che l'individuazione della parte di attività svolta dall'ente *in house* in favore della controllante non deve avvenire in astratto, bensì verificando la situazione effettivamente esistente al momento della stipulazione. Un accertamento condotto in astratto, infatti, porterebbe ad escludere dalla nozione di *in house* tutti quegli enti che istituzionalmente hanno una pluralità di destinatari della propria attività, diversi dall'amministrazione controllante (così D. CASALINI, *op. cit.*, 264). Tale concetto è stato da ultimo ribadito, con le conclusioni 1 marzo 2005, rassegnate innanzi alla Corte Giust. nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, dall'Avvocato Generale J. Kokott, evidenziando che il parametro non dev'essere quello giuridico delle attività statutariamente previste, ma quello "*quanti-qualitativo*" delle attività effettivamente espletate.

²⁶ L'espressione è di C. ALBERTI, *op. cit.*

²⁷ In tal senso Corte Giust., 18 gennaio 2007, C-220/5, *Jean Aurooux e Comune de Roane*, in *jus.unitn.it*, <http://www.jus.unitn.it>; 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>; 11 gennaio 2005, cit. In ambito nazionale, nel senso che il controllo analogo non è assicurato, per ciò solo, dalla totale partecipazione pubblica vedi Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, in *Corr. giur.*, 2006, 7507; già prima 30 agosto 2006, n. 5072, che, confermando T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 8 novembre 2006, n. 5197, ha ritenuto nella specie inesistente il controllo analogo in ragione dell'ampiezza dei poteri autonomi di gestione del consiglio di amministrazione e della prescrizione statutaria della futura alienabilità di quote sociali. Tra le pronunce più significative anche T.A.R. Lombardia-Brescia, 5 dicembre 2005, n. 1250, in *Urb. e app.*, 2006, 586, con nota di R. Goso.

mento”: il capitale sociale dell'affidataria *in house* deve essere totalmente pubblico. La presenza del *partner* privato nella compagine sociale, infatti, introdurrebbe, *ipso facto*, potenziali interessi inconciliabili con il pieno dispiegamento del potere di intervento e direzione del socio pubblico, necessario affinché possa configurarsi il requisito del “*controllo analogo*”. In atto o in potenza, il rischio c'è e va scongiurato *ab origine*.

Accanto alla totale partecipazione pubblica di cui si è dato conto, inoltre, la più avveduta giurisprudenza²⁸ ha ritenuto necessaria la persistenza di maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare:

- il C.d.A. della società *in house* non dovrà avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico dovrà poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale²⁹;
- l'impresa non dovrà aver “*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*” dell'ente pubblico³⁰ e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società stessa a tutto il territorio nazionale e all'estero;
- le decisioni più importanti dovranno essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante³¹.

Come recentemente chiarito dalla Corte di Giustizia³² e dal Consiglio di Stato³³, dunque, “*deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente*”.

Solo ove sussistano entrambi i requisiti di cui si è detto potrebbe, dunque, procedersi all'affidamento diretto nei confronti della controllata senza incorrere in violazione delle norme comunitarie. Oggi, quanto meno in relazione alle

²⁸ Tra le più complete si veda T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986, in *giustizia-amministrativa.it*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si è addirittura proceduto ad un'elencazione, seppur non tassativa, di alcuni possibili elementi indicatori del “*controllo analogo*”.

²⁹ In tal senso Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *giustizia-amministrativa.it*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>, che ha escluso la sussistenza del controllo analogo pur essendosi in presenza di una s.r.l., ossia di un modello societario di norma caratterizzato da un più spiccato potere di intervento dei soci sulla questione societaria.

³⁰ In tal senso Corte Giust., 13 ottobre 2005, cit.; 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling*, in *www.iusambiente.it*. In ambito nazionale, Cons. Stato, Sez. V, n. 5072/06, cit.; T.A.R. Puglia-Lecce, 8 novembre 2006, n. 5197, in *dirittodeiservizipubblici.it*, <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>, che hanno escluso il controllo analogo in presenza della semplice previsione, nello statuto, della cedibilità delle quote a privati.

³¹ In questo senso, anche Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, in *giustizia-amministrativa.it*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

³² 3 novembre 2008, C-324-07, *Coditel Brabant SA*, in *curia.europa.ueu*, <http://www.curia.europa.ueu/it>.

³³ Sez. V, 9 marzo 2009, n. 313, in *giustizia-amministrativa.it*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

concessioni di pubblici servizi, la scelta dell'amministrazione per l'autoproduzione trova ulteriori e più rigidi presupposti (di tipo esogeno, stavolta), senza i quali non sarà in ogni caso possibile optare per l'*in house*.

4. *Il modello alternativo: le società miste*

La società a capitale misto è ritenuta come una forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori nella gestione di un pubblico servizio; tale figura, costituendo una modalità organizzativa ulteriore per la soddisfazione delle esigenze generali, rende più flessibile la risposta istituzionale a determinate esigenze e può risultare – se ricondotta nei canoni del pieno rispetto dei principi comunitari – di particolare efficacia, almeno in certi casi³⁴. Si fa riferimento al Libro Verde pubblicato dalla Commissione europea il 30 aprile 2004³⁵, laddove si afferma che la “*cooperazione diretta tra il partner pubblico ed il partner privato nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria ...*”, tra l'altro, “*permette al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni ...*”.

Tali tipologie di partenariato – prosegue la Commissione europea – non essendo disciplinate direttamente dal diritto comunitario degli appalti, dovrebbero comunque essere assoggettate al rispetto delle norme e dei principi in materia, non potendo “*la scelta del partner privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista ... essere dunque basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire*”³⁶. Il ricorso al mercato per la scelta del partner non può, pertanto, essere più messo in discussione.

Le medesime conclusioni sono state fatte proprie dal Parlamento europeo nella “*Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*” del 26 ottobre 2006³⁷, dove si afferma, tra l'altro, che “*se il primo bando di gara per la costituzione di un'impresa mista è risultato preciso e completo, non è necessario un ulteriore bando di gara*”³⁸. La necessità di una gara per la scelta del socio – oltre a confermare l'esclusione della riconducibilità alla figura dell'*in house* – ha condotto a ritenere non corretto annoverare tale figura tipo di affidamento tra quelli “*diretti*”.

³⁴ Cfr., nello stesso senso, il Libro Verde della Commissione europea del 30 aprile 2004 e la Risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006, richiamati *amplius infra*, al punto 8.5.

³⁵ Cfr., in particolare, il par. 3, punti 53 ss.

³⁶ Cfr. Libro Verde, cit., punto 58 ma anche punti 61, 62 e 63.

³⁷ Cfr. risoluzione n. 2006/2043 (INI).

³⁸ Cfr. risoluzione n. 2006/2043 (INI), punto 40.

Tuttavia, la stessa dottrina³⁹ – alla luce dell'evoluzione in senso restrittivo della giurisprudenza comunitaria – ha messo in evidenza la debolezza della tesi della equiparazione automatica fra la procedura di scelta del socio e la gara per l'affidamento del servizio. Pur riconoscendo la funzionalità del modello, si afferma che ci si trova di fronte ad una “*figura peculiare che potrà presentare non pochi problemi attuativi e che, per non essere censurata, dovrà ricevere una applicazione attenta*”⁴⁰.

Il Consiglio di Stato, con parere 18 aprile 2007, n. 456, ha evidenziato che “*l'evoluzione giurisprudenziale consente di escludere, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della 'società mista' a quello dell'in house providing*”: la presenza del capitale privato, infatti, è per ciò solo sufficiente a non riuscire a scongiurare il rischio di inquinamento tra le due compagini.

Pur potendosi affermare l'esclusione dell'accorpamento dei due modelli, continuano i Giudici di Palazzo Spada, non se ne deve dedurre “*la esclusione automatica della compatibilità comunitaria della diversa figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria in cui il socio privato sia scelto con una procedura di evidenza pubblica*”⁴¹, a patto che “*la società mista sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partnernariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partnernariato, prevedendo allo scadere una nuova gara*”.

Ove sussistano tali requisiti⁴², dunque, anche le società miste potranno ritenersi compatibili con il diritto comunitario senza che scoraggi oltremodo la circostanza che la Corte di Giustizia abbia ritenuto, in più di una circostanza, di bocciarne il modello. In tutti i casi portati al vaglio di tale consesso, infatti, il socio non era mai stato inizialmente individuato a mezzo gara⁴³.

³⁹ Cfr. tra gli altri S. ROSTAGNO, *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partnernariato pubblico-privato*, in www.giustamm.it.

⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ Come, al contrario, ha ritenuto il C.G.A., 27 ottobre 2006, n. 589. Per un breve commento si veda S. DELIA, *Ancora sull'affidamento in house: gli sforzi della nostra giurisprudenza e le regole generali del diritto comunitario*, in www.lexitalia.it.

⁴² Le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato in sede consultiva sono state poi ribadite in sede giurisdizionale: Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824; 23 ottobre 2007, n. 5587; Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento sulla Plenaria, tra gli altri, C. ACOCELLA C. – F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria* (n.d.r. commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1), in *Il foro amministrativo C.d.S.*, 2008, fasc. 3, pp. 740-796.

⁴³ A titolo di mero esempio, nella causa C-458/03 – *Parking Brixen*, la gestione del parcheggio, già affidata ad un operatore, era stata revocata e trasferita direttamente alla società partecipata,

A ben vedere, inoltre, non appare logico ritenere conforme ai modelli comunitari esclusivamente la dicotomia tra l'affidamento del 100% del servizio all'esterno e la (sola) rinuncia totale al mercato con la società pubblica *in house* e non consentire, invece – in settori specifici, individuati dalla legge per la peculiarità di una data materia e quindi l'inopportunità di una totale devoluzione ai privati, ma anche l'impossibilità tecnica di lasciar gestire il servizio interamente alla “*parte pubblica*” – un'apertura parziale a più flessibili “*forme di collaborazione*” pubblico-privato, laddove tale apertura si giustifichi razionalmente con l'esigenza di un controllo più stringente sull'operatore. Tanto più, ove si abbia riguardo a tutti quei casi in cui l'amministrazione è controllante non nella veste di committente, ma in quella di socio e l'affidamento sia delimitato da tutte quelle garanzie di definitezza dell'oggetto e della durata dell'affidamento che sole possono ricondurre il modello ad un affidamento all'esterno (sia pure per certi aspetti peculiare) e non *in house*⁴⁴.

Lo scorso anno, il T.A.R. Catania⁴⁵ ha sposato le indicazioni provenienti dalla Sez. II del Consiglio di Stato e rimesso la questione alla Corte di Giustizia Europea al fine di capire “*se è conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli articoli 43, 49 e 86 del Trattato, un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura “industriale” ed “operativa”, sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire*”.

5. *L'art. 23 bis del D.L. n. 112/08 convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, al vaglio dell'A.G.CO.M.: l'in house va in soffitta?*

Al fine di comprendere l'incidenza dell'art. 23 bis D.L. n. 112/08 sulla materia sin'ora trattata, appare opportuno accennare brevemente al contenuto generale della norma, per poi soffermarsi sugli effetti più particolarmente dirompenti inerenti la “vita” degli affidamenti *in house*.

con evidente lesione dei principi di tutela della concorrenza; la causa C-26/03 – *Stadt Halle* si riferiva ad un affidamento diretto disposto nel 2001 a favore di una società mista, costituita nel 1996 senza alcuna connessione con l'esercizio dello specifico servizio; nel caso C-340/04 – *Carbotermo*, la procedura selettiva per l'affidamento del servizio era stata sospesa e poi revocata dalla stazione appaltante (lo stesso è avvenuto per la causa C-410/04 – *ANAV*) al solo scopo di affidare direttamente le prestazioni alla società mista da questa controllata.

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, n. 456/07, *cit.*, punto 8.2.3.

⁴⁵ Sez. III, ord. n. 164/2008, Pres. Salamone, Rel. Milano.

Fondamentale, anzitutto, è comprendere la portata e l'ambito di applicazione della norma giacché, a mente del primo comma, sembra che essa abbia il compito di regolare *“tutti i servizi pubblici locali e prevalere] sulle relative discipline di settore con essa] incompatibili”*. La norma, dunque, attiene alle sole concessioni di pubblici servizi locali per le quali è il concessionario ad assumere il rischio dello svolgimento del servizio che verrà remunerato direttamente dall'utenza e, pur rappresentando una limpida bussola di sistema, non si applica ai cosiddetti servizi strumentali⁴⁶ in cui le prestazioni vengono erogate direttamente all'amministrazione e pagate dalla stessa senza ulteriori rischi di gestione.

La norma, inoltre, precisa di riferirsi al solo *“affidamento”* ed alla sola *“gestione”* *“dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”*. Ma cosa deve intendersi per *“rilevanza economica”*? Tale requisito, a parere di chi scrive ed in conformità alla più recente giurisprudenza comunitaria⁴⁷, deve essere interpretato in senso potenziale di economicità: si ritiene, dunque, che possano ritenersi di rilevanza economica tutti i servizi che, anche solo astrattamente, siano suscettibili di un'organizzazione tale da generare profitti e di conseguenza appetiti concorrenziali. Secondo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁴⁸, possono ritenersi servizi pubblici locali di rilevanza economica *“tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusioni dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale”*.

⁴⁶ Per una esemplare distinzione della categoria della concessione di pubblici servizi locali rispetto ai servizi strumentali si vedano, tra le altre, T.A.R. Liguria, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, secondo cui *“per beni e servizi “strumentali” debbano intendersi quelli specificamente rivolti all'ente pubblico locale azionista ed acquisiti mediante contratto di appalto pubblico di beni o servizi, non già quelli di interesse generale erogati – in luogo dell'ente locale, cui spetterebbe tale compito – indistintamente al pubblico dei cittadini utenti (anche se “occasionalmente” fruiti dall'ente locale), i quali ultimi costituiscono, propriamente, servizi pubblici locali”*; T.A.R. Lombardia-Brescia, I, 27 dicembre 2007, n. 1373, secondo cui *“la distinzione tra mero servizio e servizio pubblico va ricercata nel beneficiario diretto dello stesso. Di conseguenza ricorre l'ipotesi del servizio pubblico se la prestazione resa dall'appaltatore viene fornita per soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente. Costituisce, al contrario, mero servizio strumentale quello le cui prestazioni vengono effettuate direttamente a favore della stazione appaltante. Ciò, nella letteratura economico-aziendale, viene identificato con il termine “outsourcing”, ossia “approvvigionamento esterno”, per lo svolgimento di alcune fasi del processo produttivo che l'impresa ritiene più vantaggioso affidare a soggetti esterni anziché gestire direttamente attraverso la propria organizzazione aziendale”* (nello stesso senso anche T.A.R. Veneto, Sez. I, 31 marzo 2008, n. 788; T.A.R. Lazio, Sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192).

⁴⁷ Cfr. Corte Giust., 12 settembre 2008, C180/98 *Pavlov*, in www.curia.europa.ueu/it.

⁴⁸ Comunicazione 16 ottobre 2008, in www.agcom.it. Per un approfondimento sulla comunicazione si veda G. Guzzo, *La nuova disciplina “dualistica” dei s.p.l. di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della comunicazione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato del 16 ottobre 2008 e dell'articolo 2 della bozza dell'emanando regolamento di attuazione*, in www.dirittodeiservizi pubblici.it.

Interessante, anche perché ci consente di conoscere il punto di vista dei giudici contabili, inoltre, appare l'interpretazione offerta dalla Corte dei conti della Regione Lombardia⁴⁹, secondo cui “*non è possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, effettuata di volta in volta, con riferimento al singolo servizio da espletare, da parte dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può avere sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività/autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi)*”.

Con il secondo comma, il legislatore dimostra di aver fatto una scelta di fondo epocale a favore del ricorso al mercato nell'esternalizzazione dei servizi pubblici a rilevanza economica. Viene recepito, inoltre, l'insegnamento comunitario⁵⁰ di apertura delle procedure ad evidenza pubblica a tutti gli imprenditori ed a tutte le società in qualunque forma costituite. È stato tolto l'inciso, prima presente in sede di disegno di legge, riguardante la possibilità di partecipazione alle gare delle società miste il cui socio era stato scelto con gara ciò con l'evidente intento di ammetterle tutte indistintamente. La bozza di regolamento di attuazione⁵¹, tuttavia, prevede all'art. 2 che l'affidamento possa avvenire nei confronti di “*società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante le stesse procedure, nel rispetto dei principi di cui al medesimo articolo 23-bis, comma 2, che abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio*”. Le società miste, dunque, conformemente a quanto chiarito dalla Comunicazione interpretativa della Commissione Europea⁵², rientrano

⁴⁹ Parere 11 maggio 2009, n. 195/2009/PAR, in www.corteconti.it.

⁵⁰ Ci si riferisce, in particolare, a C.G.E., 18 dicembre 2007, C-351/06 *Frigerio*, con la quale è stato chiarito che “*l'art. 26 n. 1 e 2 della direttiva del Consiglio 92/50/CE osta a disposizioni nazionali, come quelle costituite dagli art. 113 comma 5 D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 198 comma 1 D.Lgs. n. 152 del 2006 e art. 2 comma 6 l.reg. Lombardia n. 26 del 2003, che impediscono ad operatori economici di presentare offerte, soltanto per il fatto che tali offerenti non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali. Il giudice nazionale, in tal caso, è obbligato a dare un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario e, qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a disapplicare ogni disposizione di diritto interno contraria a tali prescrizioni. Sono pertanto da condividere gli assunti dell'appellante, nella parte in cui censura da sentenza di primo grado di violazione dell'art. 113 del T.u.e.l. che non prescriverebbe alcuna limitazione di ordine soggettivo in ordine alla gestione ed erogazione di servizi pubblici locali. Il discrimine della forma societaria non opera nei riguardi della partecipante alla gara quando la stessa concerne la gestione del servizio, al cui affidamento può concorrere qualsivoglia soggetto, anche costituito in forma diversa dalla società di capitali*”. Tra quelle emesse dai giudici nazionali si veda Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242.

⁵¹ Cfr. schema di D.P.R. 26 febbraio 2009, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁵² N. 2008/C91/02, 12 aprile 2008 con la quale viene imposta la gara per la scelta del *partner*.

a pieno titolo tra gli altri operatori economici presenti sul mercato cui rivolgere la domanda pubblica di servizi⁵³.

L'art. 23 *bis* non indica con quali modalità dovrebbe svolgersi il procedimento di gara, tanto che, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁵⁴ ha segnalato al governo l'opportunità di chiarire quali procedure gli enti locali possono adottare. La bozza di regolamento, all'art. 3, sembra aver accolto tale rilievo, consentendo alle stazioni appaltanti di far riferimento “[a]lle norme applicabili in via generale per l'affidamento”.

Sancita, tornando al 23 *bis*, in nome della sovrana “disciplina comunitaria, e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”, la regola del ricorso al mercato, saranno davvero labili gli spazi residuati alle scelte di autoproduzione. Solo in via di deroga, per casi adeguatamente motivati e dotati di “peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento” che “non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”, ai sensi e nei limiti dei commi 3 e 4 dell'art. 23 *bis* e, dunque, “nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”, sarà ora possibile l'affidamento *in house*.

In primis, occorre allora chiarire a quali principi comunitari si debba far riferimento.

Non pare possa dubitarsi che, affinché possa ritenersi legittimo il ricorso all'*in house*, debba farsi riferimento alla *summa* di tutte quelle peculiarità tracciate dalla giurisprudenza comunitaria, da “Teckal” in poi, e fatte proprie dalla giurisprudenza “nostrana”. Si tratterà, dunque, di quel complesso di caratteristiche, cui si è brevemente fatto cenno nel precedente paragrafo 3, per certi versi dinamico e comunque da verificare in concreto ed in maniera attinente alla singola fattispecie d'esame. Dello stesso avviso è la Corte costituzionale⁵⁵ che, recentemente, ha ritenuto non conforme ai principi comunitari, così come interpretati dalla Corte di Giustizia Europea, l'art. 3, comma 3, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12.

⁵³ Cfr. in tal senso S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it; G. GUZZO, *Art. 13 del d.l. 223/09 ed extraterritorialità delle società miste nella più recente e controversa interpretazione della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato*, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Nello stesso senso anche il succitato schema di D.P.R. recante regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis*, comma 10, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112.

⁵⁴ Segnalazione al Governo 26 novembre 2008, in www.autoritalavoripubblici.it.

⁵⁵ 23 dicembre 2008 n. 439, in www.cortecostituzionale.it.

La verifica ed il rispetto dei superiori requisiti, che ormai potremmo definire classici o endogeni, sono necessari, ma non ancora sufficienti per consentire l'accesso all'affidamento diretto *in house*.

Ed infatti, “[n]ei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione”.

L'ente locale, dunque, dopo aver valutato le modalità ottimali di espletamento del servizio con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, alle migliori modalità di organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza da un lato e della universalità e dei livelli essenziali delle prestazioni, dall'altro, dovrà pubblicizzare la scelta, confortarla da un'analisi di mercato e relazionare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sui risultati per un parere. Si tratta di un'ulteriore verifica di compatibilità, questa volta attinente alle caratteristiche esogene rispetto alla potenziale affidataria ed ai suoi rapporti con l'affidante, da intraprendere per legittimare il ricorso all'*in house*. Tale valutazione, a parere di chi scrive, dovrà essere formalizzata dall'ente locale con le ordinarie modalità⁵⁶, salvo, eventualmente, una volta pervenuto riscontro da parte dell'Autorità, scegliere tra “*esecuzione*”⁵⁷ della delibera e autotutela.

L'A.G.CO.M.⁵⁸ ha avuto modo di chiarire che si tratta di un parere che, seppur obbligatorio, non riesce ad incidere in maniera effettiva sul procedimento di scelta dell'ente locale. Non essendo vincolante, infatti, non pare possa concretamente pensarsi che l'Amministrazione ne debba seguire pedissequamente le indicazioni. Come tale, poi, va da sé che non possa trattarsi come un provvedimento impugnabile da parte dell'ente locale interessato, che potrà discostarsene motivando o approfondendone l'analisi, o di terzi interessati. Le peculiari e difficilmente interpretabili “*caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*”, inoltre, saranno, a parere di chi scrive, arduamente sindacabili in sede giurisdizionale, ragion per cui vi è il concreto rischio che, soprattutto in caso di parere conforme da parte dell'A.G.CO.M., le scelte per l'accesso al modulo siano difficilmente sindacabili dal G.A.

Le prime applicazioni del modello, soprattutto avuto riguardo ai riscontri pervenuti dall'A.G.CO.M. alle istanze delle amministrazioni locali, portano a ritenere che lo stesso sia, in concreto, difficilmente applicabile, tanto da apparire

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. e), del T.U.EE.LL., la “*scelta*” circa l'organizzazione dei servizi pubblici è riservata al Consiglio Comunale.

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 134, commi 3 e 4, del T.U.EE.LL.

⁵⁸ Provvedimento 16 ottobre 2008, cfr. nota 47.

non conforme al diritto comunitario, che, al contrario di quanto possa pensarsi, prevede e non disdegna affatto la praticabilità del ricorso all'*in house*⁵⁹. I pareri resi dall'A.G.CO.M. nell'anno in corso, ad esempio, dimostrano come nella quasi totalità dei casi loro sottoposti gli enti locali *“non abbiano dimostrato la sussistenza di tali peculiarità e, quindi, delle ragioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato per l'affidamento della gestione del servizio”*⁶⁰. In diverse ipotesi, infatti, l'Autorità ha avuto modo di evidenziare che l'istruttoria svolta a monte dall'amministrazione non era sufficiente a dimostrare *“le ragioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato per l'affidamento della gestione del servizio”*⁶¹ o che la stessa non avesse *“dato adeguata pubblicità alla scelta di affidare il servizio in oggetto attraverso modalità in house, né che abbia proceduto altrimenti a verificare la presenza sul mercato di operatori che, singolarmente o in forma associata, fossero in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento”*⁶². Pur quando pubblicità e comparazione avevano formato oggetto di analisi da parte dell'ente richiedente, tuttavia, l'A.G.CO.M. ha correttamente rilevato che non è sufficiente *“oper[are] un confronto con le condizioni praticate da altri operatori attivi in contesti ambientali e geomorfologici differenti il quale si presta”* giacché la comparazione risulterebbe *“fuorviante nella misura in cui riguarda servizi svolti in ambiti territoriali differenti e gestiti con diverse modalità operative”*⁶³.

Non basterà, inoltre, affermare *“che l'affidamento ad una società pubblica, che non percepisce utile di impresa, può di fatto determinare efficienze anche per l'utenza finale”*, giacché *“tali efficienze [dovrebbero] emergere da un'attività di comparazione tra diverse offerte, ad esito di una consultazione del mercato finalizzata a verificare l'eventuale presenza di operatori in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento e di rispondere pertanto alle esigenze dell'Amministrazione”*⁶⁴.

L'applicazione pratica della norma, dunque, sembra circoscrivere la possibilità di affidamento diretto a casi del tutto eccezionali, data la difficoltà di individuare ipotesi di impossibilità di ricorso al mercato in presenza di servizi locali. La presunta *“apertura”* agli affidamenti diretti *in house*, che sarebbe stata operata con il comma 3 dell'art. 23 *bis*, è, quindi, solo apparente, giacché con la citata disposizione, a ben vedere, *“sono state introdotte condizioni (inesistenti*

⁵⁹ Cfr. note 13, 14 e 15.

⁶⁰ Autorità garante della concorrenza e del mercato, par. 29 aprile 2009, n. AS543, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶¹ Par. 14 maggio 2009, n. AS544; con la stessa motivazione, seppur riferiti a servizi diversi, pareri 29 aprile 2009, nn. AS532, AS533 e AS534, tutti in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶² Par. 23 aprile 2009, n. AS531, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶³ Par. 14 maggio 2009, n. AS544, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶⁴ Par. 2 aprile 2009, n. AS525, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

*in precedenza) tali da rendere il ricorso a detta forma di affidamento quasi impossibile*⁶⁵.

Più di un dubbio, pertanto, è lecito avanzare riguardo alla compatibilità di tale modello con quei principi comunitari che, nell'intento del legislatore, volevano essere perseguiti, giacché, con lo stesso, viene fortemente limitata la capacità degli enti locali di erogare direttamente, con propri strumenti organizzativi, servizi pubblici essenziali per la collettività di riferimento, essendo gli enti stessi obbligati, nella maggior parte dei casi, a far svolgere tali servizi (che pur rientrano nell'ambito delle loro competenze) ad imprese "terze" individuate mediante procedure ad evidenza pubblica⁶⁶. Il diritto comunitario, viceversa, come già accennato⁶⁷, ammette i c.d. affidamenti diretti, da intendersi, peraltro, non come affidamenti a trattativa privata (che, salvo i rari casi in cui sono consentiti, violano di per sé il principio di concorrenza), ma come manifestazioni del principio di autorganizzazione o di autonomia istituzionale, in virtù del quale "gli enti pubblici (soprattutto gli enti locali dotati di autonomia costituzionalmente garantita) possono organizzarsi nel modo ritenuto più opportuno per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni necessarie alle loro finalità istituzionali"⁶⁸.

Il diritto all'autonomia amministrativa dei comuni è, d'altra parte, sancito nella Carta europea delle autonomie locali e il Trattato di Lisbona sottolinea il ruolo dell'autonomia amministrativa regionale e locale nella formazione della relativa identità nazionale. Anche "in linea con il principio di sussidiarietà", pertanto, "gli enti regionali e locali hanno il diritto di scegliere liberamente la loro forma di prestazione dei servizi di interesse (economico) generale"⁶⁹.

Siffatta alternatività, di cui davano atto – con riferimento alla normativa all'epoca vigente – anche la dottrina e la giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra richiamate⁷⁰, con l'art. 23 bis e, potremmo dire, con l'applicazione sul campo del modello in esso delineato, risulta invece scalfita. Sembra proprio che il Legislatore sia, una volta ancora⁷¹, rimasto per lungo tempo indietro rispetto alle indicazioni provenienti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria

⁶⁵ Corte conti, Sez. autonomie, delib. 16 settembre 2008, n. 13, in *www.corteconti.it*.

⁶⁶ In tal senso anche C. TESSAROLLO, *Appalti concessioni di servizi e art. 23 bis*, in *www.diritto-deiservizipubblici.it*.

⁶⁷ Cfr. note 13, 14 e 15.

⁶⁸ R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, (Relazione al Convegno sul codice dei contratti pubblici – Roma, 19 ottobre 2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁹ Comitato delle regioni, parere 26 aprile 2006.

⁷⁰ Cfr. par. 2.

⁷¹ Ci si riferisce al dibattito sulla tutela cautelare ed alle indicazioni in tal senso provenienti dalla giurisprudenza comunitaria. Per un interessante contributo C. CONTESSA, *Tutela cautelare e diritto comunitario: spunti ricostruttivi di un rapporto difficoltoso*, Roma, 2008, 4.

salvo poi spiccare un ardito e, forse troppo lungo, salto in avanti il cui risultato, però, è andato ben oltre gli stessi intenti del diritto europeo.

Già prima del dirompente effetto della norma in commento, per la verità, si era assistito all'introduzione di diverse disposizioni tendenti ad individuare l'esternalizzazione quale soluzione organizzativa preferibile, quando non l'unica possibile. Precisamente, il suddetto principio dell'alternatività ha incontrato deroghe soprattutto a partire dal D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422 (*“Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59”*) e dal D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (*“Attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della L. 17 maggio 1999, n. 144”*), i quali individuano la gara quale unico sistema di affidamento, rispettivamente, del servizio pubblico di trasporto locale e del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale. Successivamente, analoga soluzione è stata contemplata per quanto concerne la gestione integrata dei rifiuti urbani (così l'art. 202 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

Nella prospettiva appena richiamata si spiega, ad esempio, anche una norma quale l'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, il quale – proprio *“al fine di tutelare la concorrenza e il mercato”* – limita la stessa discrezionalità dell'amministrazione quanto alla scelta se costituire determinate tipologie societarie o parteciparvi⁷². L'anno precedente, l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, anch'esso all'espreso *“fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori”*, vincolavano *“le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza”*, ad *“operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti”*, precisando che la norma restrittiva non può essere aggirata nemmeno attraverso la partecipazione ad altre società o enti.

A prescindere dalla coerenza di siffatte scelte legislative rispetto all'ordinamento europeo ed anche costituzionale, occorre peraltro prendere atto che l'art. 23 *bis* rappresenta il superamento del principio in discorso anche a livello di normativa generale e non più solo settoriale: abbandonando la previsione di tre forme organizzative equivalenti – affidamento con gara, a società mista ovvero *in house* – finora contenuta nell'art. 113, comma 5, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n.

⁷² Con tale norma, infatti, si vieta l'accesso delle amministrazioni a società *“aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali”*.

267 (peraltro espressamente reputato dalla Corte di giustizia rispettoso del diritto europeo⁷³), infatti, le nuove norme individuano la procedura competitiva ad evidenza pubblica quale opzione ordinaria per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, relegando gli altri moduli organizzativi al rango di soluzioni residuali (così i commi 2, 3 e 4) e, come abbiamo appurato, allo stato poco praticabili in concreto.

**IN HOUSE AND LOCAL COMMUNITY SERVICE:
BRIEF STORY OF A MODEL CAPITULATION**

by Santi Delia

Abstract

The Author briefly goes over the story of community service model management and the normative and jurisprudential arrangements followed from the beginning of 1900: from Giolitti Law of 1903, to regulations scheme of which at President of Republic Decree on the 26th of February 2009 provided by 23 *bis* article of decree n. 112/08, passed, with alteration, by the 6th of August 2008 n. 113 Law.

The heart of the analysis is the dichotomy, always admitted by community and national jurisprudential, between the choice of civil service for community service autoproduction and their outsourcing through the appeal of the market.

The legislative evolution analysis shows as the present set-up, defined with the introduction of the 23 *bis* article of decree n. 112/08, brings to a drastic reduction of the effective choice possibility of Civil Service among the several management models admitted till now, forcing to choose for the so-called outsourcing: the implementation of 23 *bis* article, in consideration of corroboration gained by local authority involved to accede to *in house* on Guarantor Authority of Competition and Market side, shows a real unworkability of the chose of services autoproduction on civil law side.

⁷³ C.G.E., 6 aprile 2006, C-410/04 *Anav*.

Giurisprudenza

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana -
Sez. Giur. - Decisione 30 marzo 2009, n. 219

Tardività delle memorie depositate nella giornata del sabato per impossibilità dello scambio derivante da disposizioni interne vigenti per gli uffici di segreteria del Consiglio.

Assorbimento dell'eccezione di inammissibilità dell'appello per mancato svolgimento di censure sulla sentenza appellata, ritenute "insite" nella argomentazioni della sentenza sul merito dell'appello.

Il giudizio sull'eccezione di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'esclusione da un concorso per mancata impugnativa del bando può ritenersi insito nella motivazione della sentenza sul merito.

Poiché secondo le disposizioni interne vigenti per gli uffici della segreteria, nella giornata di sabato è assicurata soltanto la ricezione atti, senza che ne sia assicurato lo scambio, è fondata l'eccezione di tardività della memoria depositata di sabato.

Nell'economia del giudizio può considerarsi assorbita nelle argomentazioni della sentenza la decisione sull'eccezione di inammissibilità dell'appello per mancanza di censure rivolte alla sentenza.

Può considerarsi implicita nel capo della decisione sull'ammissibilità degli appellanti al concorso per posti di dirigente odontoiatra la decisione sull'eccezione di inammissibilità del ricorso per la mancata impugnativa del bando.

1. Preliminarmente deve essere affrontato il problema del tempestivo deposito della memoria della resistente Tozzo, al fine di stabilire se della stessa possa essere tenuto conto o se ne debba essere ordinato lo stralcio, così come richiesto da parte ricorrente.

Per i fini che interessano, occorre prendere in esame la disposizione dell'art. 155 del codice di procedura civile, nel testo integrato, con effetto dal 1° marzo 2006, dall'articolo 2 della legge 28 dicembre 2005, n. 263, con l'aggiunta del comma 5 (che testualmente recita "*La proroga prevista dal quarto comma si applica altresì ai termini per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell'udienza che scadono nella giornata del sabato*"), in relazione al comma

quattro dello stesso articolo, che proroga di diritto la scadenza del termine (processuale) al primo giorno seguente non festivo, se il giorno di scadenza è festivo, ed alla disposizione di cui al comma 4 dell'art. 23 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, che fissa il termine per la presentazione delle memorie in vista della udienza di discussione, tenendo altresì conto della regola, dettata dagli art. 155 c.p.c. e 2963 c.c., secondo la quale nel computo del termine si esclude il giorno iniziale.

La regola da ultimo citata costituisce un "*criterio generale per il computo del tempo*", dettato in funzione di un'attività o anche di una utilità per il soggetto, legata appunto al decorso del tempo, con riguardo ai termini che assumono come punto di riferimento un evento al verificarsi del quale acquista rilevanza giuridica l'attività o l'inattività del soggetto interessato.

Essa deve essere coordinata con l'art. 23 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 – in forza della quale "*le parti possono produrre documenti fino a venti giorni liberi anteriori al giorno fissato per l'udienza e presentare memorie fino a dieci giorni*", nell'esame della eccezione del ricorrente, che oppone la tardività del deposito della memoria della resistente Manto, asserendo che non può essere presa in considerazione la memoria depositata nella giornata di sabato, ostandovi la possibilità di addivenire allo scambio nella suddetta giornata.

La tesi deve essere condivisa.

La disposizione contenuta nel citato art. 23, comma 4, della legge n. 1034 del 1971 è in funzione, essenzialmente del corretto esplicarsi del contraddittorio, per il quale, secondo un parametro che il legislatore ritiene rispondente a tale finalità, richiede che fra il giorno fissato per l'udienza e quello in cui il documento viene prodotto vi siano rispettivamente venti e dieci giorni liberi, per il contraddittore, al fine di apprestare le proprie difese.

Tale termine rimette alla ordinaria diligenza di chi vi abbia interesse di acquisire conoscenza immediata dell'avvenuto deposito, il che può avvenire soltanto nell'ipotesi che siano aperti al pubblico gli uffici nei quali tale conoscenza può essere immediatamente acquisita.

Secondo le disposizioni interne vigenti per gli Uffici di Segreteria di questo Consiglio di Giustizia Amministrativa, rese note al pubblico, gli Uffici sono aperti (al pubblico) tutti i giorni dalle ore 9,00 alle ore 12,30; il sabato è assicurata esclusivamente la ricezione atti, senza che, peraltro, ne sia assicurato lo scambio.

Ne consegue che l'avviso in parola, il quale avverte in ordine alle operazioni che possono essere assicurate nella giornata di sabato, non ricomprende – nel novero degli atti genericamente indicati – il deposito di memorie soggette a scambio, per l'ovvio rilievo che, in forza della ridotta operatività degli uffici medesimi, non può essere consentito l'accesso al pubblico né, conseguentemente, essere assicurato lo scambio delle memorie con i legittimi contraddittori.

Perché, dunque, potessero farsi decorrere da lunedì 1 dicembre 2008, i giorni liberi richiesti dalla norma processuale sopra citata, si sarebbe reso neces-

sario che il deposito della memoria fosse effettuato entro l'orario di apertura al pubblico di venerdì 28 novembre 2008, per l'eventuale, immediato scambio della copia depositata con i legittimi contraddittori.

L'eccezione, pertanto, deve essere accolta.

2. L'impugnazione per revocazione, peraltro, è inammissibile.

Erroneamente parte ricorrente ritiene che il Consiglio abbia ignorato le eccezioni di parte resistente.

Piuttosto, è stato ritenuto dal giudicante che, nell'economia del giudizio, le stesse potessero essere "*assorbite*" (cfr. decisione impugnata, p. 9, penultimo cpv che precede il dispositivo); cosa questa non inusuale, nella tecnica redazionale delle decisioni, che implica il giudizio sulla ininfluenza o mancanza di fondamento delle eccezioni medesime, e che, a tutto concedere può essere inficiato da vizio del procedimento logico-giuridico e non anche da errore di fatto.

Nel caso in esame, oltretutto, deve essere considerato che:

- a) per ciò che concerne il contenuto impugnatorio dell'atto di appello, in parte riferito nella motivazione della decisione impugnata per revocazione, non può non rilevarsi che l'aspetto critico della sentenza impugnata non richiede clausole di stile, ma può rinvenirsi insito nelle argomentazioni contrapposte alla motivazione con la quale il giudice di primo grado ha giustificato la propria statuizione; il che, nel caso in esame rende implicito il giudizio sulla mancanza di fondamento della eccezione, peraltro "*assorbita*";
- b) quanto poi alla eccezione che investe la mancata impugnazione del bando di concorso, il giudizio implicito è reso ancor più evidente nel capo della decisione che desume dalla stessa norma concorsuale sistematicamente interpretata coerentemente con la disciplina statale e comunitaria in ordine alla "*specializzazione*" insita nella laurea in odontoiatria e protesi dentaria, l'ammissibilità al concorso dei sanitari in possesso della laurea specifica, nel concorso per l'accesso al primo livello della dirigenza nell'area di odontoiatria (aperto anche ai laureati in medicina); che il Consiglio abbia avuto presente il bando e le sue clausole è insito nell'ultimo capoverso della p. 8 della decisione impugnata, che deve essere correlato alla esigenza, ivi espressa, che alle clausole del bando fosse data interpretazione coerente con le disposizioni (nazionali e comunitarie) riguardanti la laurea in questione ed il suo intrinseco contenuto di "*specializzazione*" nella medesima professione sanitaria cui la laurea si riferisce, come si evince dal chiarimento ulteriore fornito dal primo capoverso della pagina 9.

Il ricorso per revocazione è dunque inammissibile, non rinvenendosi i vizi revocatori denunciati (1).

(1) Segue una nota di Salvatore Raimondi.

Una sorprendente decisione del C.G.A. in materia di orari della segreteria e termini di deposito delle memorie, composizione del collegio giudicante nei giudizi per revocazione, e assorbimento di eccezioni processuali

1. La decisione in oggetto merita di essere annotata perché prospetta concezioni a dir poco singolari in ordine: ai poteri ordinatori del presidente per quanto concerne orari e modalità di funzionamento degli uffici di segreteria in relazione ai termini processuali a tali modalità correlati; alla composizione del collegio giudicante per la decisione del ricorso per revocazione; alla asserita possibilità di disporre l'assorbimento delle eccezioni processuali il cui accoglimento è preclusivo dell'esame dell'appello; alla asserita ammissibilità dell'appello concepito come semplice riproposizione delle censure svolte in primo grado, e privo di specifiche censure sui capi della sentenza di primo grado; alla configurazione delle argomentazioni sui motivi del ricorso (nel merito quindi) svolte nella sentenza, come giudizio "implicito" sia in ordine all'eccezione di inammissibilità dell'appello per mancata esplicitazione di censure dirette alla sentenza, sia in ordine all'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del bando di concorso dal quale discendeva la censurata esclusione dal concorso.

2. L'art. 23 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, stabilisce che le parti possono produrre memorie fino a dieci giorni liberi anteriori al giorno fissato per l'udienza. La disposizione è stata dettata per il giudizio di primo grado. Relativamente al giudizio d'appello, in mancanza di specifiche disposizioni legislative e regolamentari, ben prima che fosse approvata la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, con ordinanza del Presidente del Consiglio di Stato 1° marzo 1954, veniva fissato, per la presentazione delle memorie, il termine di dieci giorni liberi prima dell'udienza, poi legislativamente sancito per il giudizio innanzi ai Tribunali amministrativi regionali.

Per quanto concerne il C.G.A. con ordinanze presidenziali del 1954 e del 1965, il termine per il deposito delle memorie veniva portato da 10 a 15 giorni prima dell'udienza¹. Ci sono voluti oltre quaranta anni perché (negli anni '90) un presidente (Alberto Berruti) si accorgesse che tali ordinanze erano prive di base normativa e le revocasse. Da allora si è fatta correttamente applicazione del citato art. 23 della legge n. 1034 del 1971.

Sennonché, con decreto presidenziale del 18 maggio 2004, nel "disciplinare in modo unitario l'orario di apertura al pubblico degli uffici", è stato disposto che nella giornata di sabato l'ufficio ricezione atti è aperto "ore 9,00-ore 12,30

¹ P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, 3° ed., Milano, Giuffrè, 1982, 408.

(solo deposito atti)". Si aggiunge: "Nelle giornate di sabato, in dipendenza della esigenza contrattuale di assicurare la fruizione della "settimana corta" al personale avente diritto, non si assicura il rilascio di copie e di certificazioni".

Secondo le istruzioni impartite dal presidente alla segreteria – conoscibili soltanto con il "passa parola", metodo della cui appropriatezza, in materia di termini processuali in particolare, è lecito dubitare² – nella giornata di sabato le memorie si possono sì depositare, ma inutilmente, perché vengono collocate in una busta chiusa, non resa disponibile per lo scambio (non solo nello stesso giorno ma) neppure nei giorni successivi. Con la conseguenza che solitamente soltanto in udienza le controparti apprendono dell'esistenza delle memorie depositate il sabato.

In concreto, se il termine per le memorie scade di sabato, se ne deve anticipare la presentazione al precedente primo giorno non festivo (il venerdì, e se il venerdì è festivo, come è accaduto nel mese di maggio di quest'anno in cui era festivo il primo del mese, che cadeva di venerdì, al giovedì).

Nel caso che ha costituito oggetto della sentenza che si annota, essendo stata l'udienza fissata per il giorno 11 dicembre 2008, il termine per la presentazione delle memorie veniva a scadere il 30 novembre 2008, che era domenica, sicché il termine doveva intendersi anticipato a sabato 29 novembre. In tale data il patrocinatore di uno degli appellati faceva depositare una memoria, la quale non veniva resa disponibile per lo scambio. Appreso che la memoria non era stata scambiata lo stesso difensore, in sede di discussione, contestava che di essa non si potesse tenere conto mentre il patrocinatore dell'appellato faceva presente che non aveva potuto esaminarla sicché non era in grado di contraddire.

È di tutta evidenza che il richiamato decreto presidenziale, così come concepito, e come attuato, non è conforme a diritto. Il presidente può dettare disposizioni che riguardano gli orari di funzionamento della segreteria (ovviamente rispettando i limiti della ragionevolezza), ma non può incidere sui termini processuali³. Ed è proprio sul termine processuale per il deposito delle memorie che l'ordinanza incide. Con tutto il rispetto per la "settimana corta" dei dipendenti, non sembra che per assicurarne la fruizione si possano modificare i termini processuali.

² Dal punto 2 del decreto, nel quale si legge che nelle giornate di sabato "non si assicura il rilascio di copie e di certificazioni", è lecito desumere che lo scambio è rinviato al primo giorno non festivo, ma non che le memorie depositate vengono collocate in busta chiusa e non se ne può ritirare lo scambio. Tanto più che, nella prassi, sovente negli uffici di segreteria degli organi giurisdizionali amministrativi il ritiro dello scambio per le memorie depositate negli ultimi minuti che precedono l'orario di chiusura è rinviata al giorno successivo.

³ L'art. 12 D.lgs. n. 373 del 2003 espressamente prescrive che per l'organizzazione ed il funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa, in sede consultiva e in sede giurisdizionale, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti per il Consiglio di Stato. L'art. 71 R.D. 21 aprile 1942, n. 444, dispone che "L'ufficio di segreteria del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale deve essere aperto al pubblico nelle ore stabilite con ordinanza del Presidente". Come si vede il riferimento è alle ore e non ai giorni.

2. Passiamo alla composizione del collegio giudicante.

Esso, in sede di giudizio di revocazione, era presieduto dallo stesso magistrato che aveva presieduto il collegio autore della decisione di cui si chiedeva la revocazione (14 settembre 2007, n. 816), e ne faceva parte un componente dello stesso, e precisamente il componente laico che di questa era stato relatore.

Appare evidente il contrasto con l'art. 111, 1° e 2° comma, Cost., il quale sancisce il principio del giusto processo davanti al giudice terzo e imparziale (adoperiamo una sintesi verbale di due principi, il giusto processo, comma 1, e il giudice terzo ed imparziale, comma 2).

Come si desume dalla giurisprudenza della Corte costituzionale formatasi già prima che il giusto processo fosse introdotto in Costituzione con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, e confermata sino ad epoca recente, il valore principale che esso tutela è la genuinità del processo formativo della decisione, che deve essere scevra dai condizionamenti che possono derivare, oltre che da interessi propri del giudicante (per i quali soccorrono i rimedi dell'astensione e della ricsuazione), anche da precedenti pronunzie dello stesso giudice. La finalità e l'effetto delle sentenze della Corte costituzionale intervenute sul processo penale negli anni '80 è proprio l'eliminazione dei tratti di disciplina processuale alla stregua dei quali sulla stessa vicenda torni a pronunziarsi un giudice che si era pronunziato in precedenti fasi. Così viene dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 34, 2° comma, cod. proc. pen. nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità a svolgere le funzioni di giudice del dibattimento: del giudice delle indagini preliminari che abbia adottato la misura della custodia cautelare nei confronti del soggetto poi rinviato a giudizio⁴; del giudice che, come componente del tribunale del riesame, si sia pronunziato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare nei confronti dell'indagato o dell'imputato⁵; del giudice che si sia pronunziato collegialmente sull'appello avverso le ordinanze in materia cautelare⁶.

Compaiono in queste sentenze i concetti di "imparzialità" e di "terzietà" del giudice visti come connotati essenziali del giusto processo. Si legge nella sentenza n. 131 del 1996: "Il "giusto processo" – formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in

⁴ Corte cost. 15 settembre 1995, n. 432, in *Giur. cost.* 1995, 3371, con nota di P.P. RIVELLO, *Un significativo mutamento d'indirizzo della Corte costituzionale: finalmente riconosciuta l'incompatibilità del magistrato chiamato a partecipare al dibattimento dopo avere adottato quale g.i.p. una misura cautelare personale.*

⁵ Corte cost. 24 aprile 1996, n. 131, in *Giur. cost.* 1996, 1139, con nota di M. MARGHERITELLI, *La doppia partecipazione al giudizio incidentale ed al giudizio di cognizione: l'illusione dell'imparzialità del giudice penale.*

⁶ Corte cost. 24 aprile 1996, n. 131, cit.

giudizio – comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio".

E nella sentenza n. 155 del 1996 si legge: "Tra i principi del "giusto processo", posto centrale occupa l'imparzialità del giudice, in carenza della quale le regole e le garanzie processuali si svuoterebbero di significato. L'imparzialità è perciò connaturata all'essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto "terzo", non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasione di funzioni decisorie ch'egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza"⁷.

Si precisa ancora che la terzietà deve essere organizzata "prima ancora che come diritto delle parti ad un giudice terzo, come modo d'essere della giurisdizione nella sua oggettività", e "deve essere apprezzata sin dal momento della formazione dei collegi e degli uffici giudicanti"⁸.

È da notare che nelle pronunzie in esame si afferma il valore dell'apparenza. Il principio del giusto processo risulta violato anche nell'ipotesi in cui il giudice possa soltanto apparire condizionato. Nella sentenza n. 131 del 1996, si legge che le incompatibilità dei giudici determinate da ragioni interne al procedimento sono finalizzate ad evitare non solo i condizionamenti ma anche "le apparenze di condizionamenti" derivanti da precedenti valutazioni dello stesso giudice. Queste ultime «possono pregiudicare o fare apparire pregiudicata l'attività di "giudizio"». Nello stesso senso le sentenze n. 177 e n. 371 del 1996, nelle quali si legge che l'istituto dell'incompatibilità del giudice derivante da atti compiuti precedentemente nella stessa vicenda penale è preordinato alla "garanzia di un giudizio imparziale che non sia *né possa apparire* condizionato da precedenti valutazioni"⁹.

Orbene tale concezione del giusto processo davanti a giudice terzo ed imparziale è stata pienamente recepita dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria con decisione 25 marzo 2009, n. 2, emessa in relazione ad un giudizio di rinvio, ma facente espresso riferimento anche al giudizio di revocazione.

Si legge in tale decisione che, sebbene non siano applicabili al giudizio civile ed a quello amministrativo le regole delle incompatibilità soggettive per precedente attività svolta nello stesso procedimento penale, sono però applicabili

⁷ Corte cost. 20 maggio 1996, n. 155, in *Giur. cost.* 1996, 1502.

⁸ Corte cost. 1 ottobre 1997, n. 307, in *Giur. cost.* 1997, 1888.

⁹ Corte cost. 31 maggio 1996, n. 177, in *Giur. cost.* 1996, 1629; Corte cost. 2 novembre 1996, n. 371, ivi, 3386, con nota di E. VASSALLO, *Pronuncia su altra imputazione e incompatibilità del giudice.*

le disposizioni sull'astensione e la ricusazione previste dal codice di procedura civile, alle quali le norme del processo amministrativo fanno riferimento; "ciò in quanto il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo in relazione specifica al quale peraltro, può e deve trovare attuazione, pur tuttavia con le peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento".

Con specifico riferimento al ricorso per revocazione l'adunanza plenaria si è così pronunciata: "Ritiene...questa adunanza plenaria, che, ancorché il ricorso per revocazione possa fondarsi anche solo su errore dei sensi, non di apprezzamento, sussistano le ragioni che inducono ad escludere che di tale giudizio possa conoscerne la stessa persona fisica che ha pronunciato la sentenza impugnata, ben potendo la cd. forza della prevenzione svolgere un ruolo decisivo nella fase rescindente".

Risulta pertanto sotto ogni profilo confermato che la partecipazione al collegio giudicante di alcuni degli stessi componenti – il presidente ed un laico (che per giunta era stato relatore) – del collegio che aveva emesso la pronuncia di cui si chiedeva la revocazione vizia gravemente la decisione perché lascia a dir poco dubitare della terzietà ed imparzialità del giudice. (E non può essere trascurato il profilo dell'apparenza. È poco rassicurante per la parte e per il suo difensore vedere che il giudizio per revocazione viene deciso dagli stessi giudici che hanno concepito la sentenza revocanda).

Il dubbio peraltro è accentuato dalla sorprendente circostanza che, nel caso in oggetto, il ricorrente ha subito una pesante condanna alle spese (ben seimila euro) sproporzionata rispetto alla natura della controversia. Si trattava di un giudizio proposto da un giovane laureato aspirante ad un posto di dirigente medico. E sproporzionata rispetto agli orientamenti normalmente seguiti dal Consiglio¹⁰. Non solo. Il ricorrente è stato condannato a pagare due dei seimila euro complessivi in favore dell'Avvocatura dello Stato che non difendeva nessuna delle parti, amministrazione resistente essendo soltanto l'azienda sanitaria. L'impressione è che il Consiglio abbia considerato il ricorso per revocazione come un'offesa. Ipotesi invero scoraggiante.

3. Nel giudizio di appello conclusosi con la decisione impugnata con il

¹⁰ Ad esempio, con decisione 25 marzo 2009, n. 186, a conclusione di un giudizio avente ad oggetto una procedura di privatizzazione del valore di circa quindici milioni la parte soccombente è stata condannata al pagamento delle spese del giudizio per tremila euro. Invero in fatto di condanna alle spese riesce impossibile cogliere una coerente linea di orientamento del Consiglio. Così, ad esempio, con decisione 15 aprile 2009, n. 236, il Consiglio ha condannato la parte soccombente al pagamento delle spese del giudizio (per l'importo di € 3.000,00) sebbene questa non fosse costituita in giudizio, mentre con altra decisione depositata nello stesso giorno, n. 232, si è così pronunciata: "Nulla per le spese del giudizio, in favore delle parti non costituite".

ricorso per revocazione, l'appellato aveva sollevato l'eccezione di inammissibilità dell'appello sotto il profilo che gli appellanti si erano limitati a riproporre pedissequamente le censure svolte nel ricorso senza minimamente contestare i diversi capi della sentenza appellata. Sul punto non una parola invero si rinviene nella decisione. Donde il primo motivo del ricorso per revocazione.

Un secondo motivo riguardava un'altra eccezione, già sollevata in primo grado e riproposta in appello, che pure, ad avviso del ricorrente, era stata ignorata nella decisione revocanda. I ricorrenti in prime cure, nell'impugnare la loro non ammissione ad un concorso per posti di dirigente odontoiatra, denunciavano presunti vizi risalenti al bando di concorso, ed ancora prima al regolamento senza che gli stessi fossero stati impugnati. Il Tribunale amministrativo non si pronunciava esplicitamente su tale eccezione, ma considerava quale ulteriore ragione di legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione la circostanza che non fosse stato impugnato altresì il bando di concorso (*"Il provvedimento impugnato deve essere considerato pienamente legittimo anche per le seguenti, ulteriori, considerazioni: a) il bando del concorso in questione prevedeva espressamente il possesso del duplice requisito di cui all'art. 28 del d.p.r. n. 483/1997, ma non è mai stato impugnato"*).

L'eccezione veniva riproposta in appello, ma non diversamente da quella precedentemente rammentata, veniva ignorata.

Si legge al riguardo nella decisione che si annota, con riferimento ad entrambe le eccezioni, che erroneamente parte ricorrente avrebbe ritenuto che esse fossero state ignorate, e si aggiunge: "Piuttosto, è stato ritenuto dal giudicante che, nell'economia del giudizio, le stesse potessero essere *"assorbite"* (cfr. decisione impugnata, p. 9, penultimo cpv che precede il dispositivo); cosa questa non inusuale, nella tecnica redazionale delle decisioni, che implica il giudizio sulla ininfluenza o mancanza di fondamento delle eccezioni medesime, e che, a tutto concedere può essere inficiato da vizio del procedimento logico-giuridico e non anche da errore di fatto".

Il ragionamento è davvero sorprendente. Nessuno dubita che, in caso di accoglimento del ricorso si possa fare luogo all'assorbimento, ma è certamente da escludere (e per quanto risulta non è mai stato affermato) che possano essere assorbite eccezioni di inammissibilità il cui accoglimento precluderebbe l'esame del merito del gravame.

4. Altre osservazioni, concernenti in modo specifico rispettivamente la prima e la seconda eccezione, che si leggono nella decisione, sono anch'esse non condivisibili.

Per quanto concerne il mancato svolgimento nell'appello di censure rivolte in modo specifico alla sentenza, si legge nella decisione che si annota che «l'aspetto critico della sentenza impugnata non richiede clausole di stile, ma può rinvenirsi insito nelle argomentazioni contrapposte alla motivazione con la qua-

le il giudice di primo grado ha giustificato la propria statuizione; il che, nel caso in esame rende implicito il giudizio sulla mancanza di fondamento della eccezione, peraltro “assorbita”.

È agevole al riguardo osservare che, avendo l'appello carattere impugnatorio, le censure svolte devono riguardare in modo specifico i capi della sentenza appellata.

In tale senso è orientata la pacifica giurisprudenza amministrativa: “È inammissibile l'appello fondato sulla semplice riproposizione delle censure svolte in primo grado, senza specifica e concreta impugnativa dei diversi capi della sentenza appellata, atteso che l'appello ha carattere impugnatorio, sicché le censure in esso contenute devono investire puntualmente il decisum di primo grado e, in particolar modo, precisare i motivi per i quali la decisione impugnata sarebbe erronea e da riformare. Il giudizio di appello davanti al Consiglio di Stato non ha per oggetto il provvedimento impugnato in primo grado, ma la sentenza con la quale è stato deciso il ricorso; pertanto, stante l'obbligo di specificità dei motivi sancito dall'art. 6 n. 3 R.D. 17 agosto 1907 n. 642, l'appellante ha l'onere di confutare, anche se in modo sommario, le argomentazioni svolte nella sentenza impugnata, dalle quali non sono scindibili le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado” (in tal senso, tra le tante Cons. Stato, VI, 16 marzo 2005, n. 1102; IV, 6 aprile 2004, n. 1871).

L'orientamento è sostenuto da un preciso ragionamento che invero sembra difficilmente attaccabile. E comunque non eludibile con le poche asserzioni che si ritrovano nella decisione annotata.

5. In relazione alla seconda eccezione relativa alla mancata impugnazione del bando di concorso, si legge nella decisione che “il giudizio implicito è reso ancor più evidente nel capo della decisione che desume dalla stessa norma concorsuale sistematicamente interpretata coerentemente con la disciplina statale e comunitaria in ordine alla “specializzazione” insita nella laurea in odontoiatria e protesi dentaria, l'ammissibilità al concorso dei sanitari in possesso della laurea specifica, nel concorso per l'accesso al primo livello della dirigenza nell'area di odontoiatria (aperto anche ai laureati in medicina); che il Consiglio abbia avuto presente il bando e le sue clausole è insito nell'ultimo capoverso della p. 8 della decisione impugnata, che deve essere correlato alla esigenza, ivi espressa, che alle clausole del bando fosse data interpretazione coerente con le disposizioni (nazionali e comunitarie) riguardanti la laurea in questione ed il suo intrinseco contenuto di “specializzazione” nella medesima professione sanitaria cui la laurea si riferisce, come si evince dal chiarimento ulteriore fornito dal primo capoverso della pagina 9”.

È parso opportuno riprodurre per intero il pezzo per sottolineare in primo luogo che l'argomentazione appare piuttosto forzata e per questo non chiara. Ed in secondo luogo che lo stesso Consiglio in casi identici si è esattamente orien-

tato per l'inammissibilità del ricorso: "Come sottolineato nella sentenza appellata il provvedimento di esclusione dal concorso in esame è attuativo dell'articolo 3 del bando laddove si stabilisce che: "possono partecipare al concorso i medici in servizio alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 229/1999, titolari di rapporto convenzionale a tempo indeterminato per la medicina dei servizi con le Aziende UU.SS.LL. della Regione che alla data del 31/12/1998 risultavano titolari di rapporto convenzionale a tempo indeterminato da almeno cinque anni, nonché coloro che abbiano maturato tale requisito alla data del 31/12/1999 o del 31/12/2000".

"L'appellante non è in possesso di detto requisito (avendo maturato l'anzianità quinquennale nel maggio del 2001) e quindi doveva essere escluso dal concorso.

"D'altra parte la norma del bando, in quanto immediatamente lesiva dell'interesse del ricorrente alla partecipazione al concorso, doveva essere tempestivamente impugnata (Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 1/2003), senza attendere l'esito concorsuale.

"Come esattamente rilevato dal TAR, dalla inoppugnabilità in parte qua del bando di concorso (rilevabile anche d'ufficio), discende, in via consequenziale, l'inammissibilità della impugnazione rivolta contro il provvedimento di esclusione del concorso, poiché costituente atto meramente esecutivo ed applicativo del bando medesimo" (C.G.A., 6 maggio 2008, n. 396).

6. In conclusione, la decisione si presenta, in relazione a tutti i punti sui quali ci siamo soffermati nelle righe che precedono, tutt'altro che commendevole. In particolare per quanto concerne l'accorciamento del termine per le memorie denuncia una disposizione che, per adoperare un eufemismo, è *extra moenia iuris*¹¹. E per quanto concerne la composizione del collegio in relazione alla particolare natura del giudizio per revocazione, è nettamente in contrasto con un preciso principio sancito dalla Costituzione, esattamente recepito dall'adunanza plenaria con una decisione recentissima.

¹¹ In materia la decisione che si annota, che è stata la prima, è stata seguita da CGA, 28 agosto 2009, n. 741.

C.G.A. Regione Sicilia 07.10.2008 n. 842

Domanda di esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo in difetto di valida procura dei difensori – esclusione – poteri di rappresentanza processuale – insufficienza – ulteriori poteri di rappresentanza sostanziale – necessità – acquisizione giudiziale – acquisizione in sanatoria – diverse modalità di esercizio dello stesso potere acquisitivo.

La fattispecie acquisitiva di cui al comma 3 dell'art. 43 t.u.e. non è diversa da quella di cui al relativo comma 1. Anche allorquando l'Amministrazione adotti un provvedimento ai sensi dell'art. 43 comma 3 t.u.e., ciò può farlo soltanto mediante l'emanazione di un atto formale, costituente il momento terminale di un procedimento valutativo di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, che si pongono in rapporto all'interesse all'acquisizione del bene al patrimonio indisponibile.

Tale provvedimento non può risolversi nella mera proposizione di una eccezione processuale tesa a paralizzare l'accoglimento della domanda del ricorrente che chiede la restituzione del bene, poiché in tal caso si tratterebbe di un provvedimento adottato per facta concludentia che risulterebbe incompatibile con la necessità di compiere la valutazione discrezionale degli interessi in gioco. Per contro, il provvedimento deve essere adottato in sede di amministrazione attiva ed è autonomamente impugnabile per i vizi suoi propri (1).

(1) Segue una nota di Ivana Vassallo.

L'art. 43 del T.U. sull'espropriazione: un tentativo di interpretazione costituzionalmente orientata

1. *I fatti*

La decisione in commento consente di mettere in evidenza il tentativo della giurisprudenza amministrativa di formulare una interpretazione dell'art. 43 commi

3 e 4 del D.P.R. 08/06/2001 sotto certi aspetti “correttiva”, volta a superare alcuni dubbi di legittimità costituzionale, da più parti paventati. La questione, tuttavia, va analizzata anche con riguardo al ruolo, recentemente ribadito dalla Corte Costituzionale nelle sentenze 24 ottobre 2007 n. 348 e 349, che le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, svolgono nel nostro ordinamento, quali norme interposte alle quali devono uniformarsi sia il legislatore statale che regionale¹.

Sotto tale profilo, l'auspicio è che la Corte Costituzionale, approfittando dell'occasione alla stessa fornita dal T.a.r. Campania, con ordinanza 11 novembre 2008 n. 730², con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale

¹ Con le sentenze 348/07 e 349/07, la Corte Costituzionale ha dettato la chiave di lettura dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale. Superando ogni esitazione in ordine alla interpretazione dell'art. 117 comma 1 Cost., i giudici della consulta hanno rifiutato l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che riconosceva in modo diffuso un generale potere di disapplicazione della norma interna incompatibile con la norma C.E.D.U. ed hanno affermato che la disposizione *de qua* pone un imperativo di conformità della potestà legislativa statale e regionale al diritto internazionale, anche pattizio. Le norme della C.E.D.U. integrano e rendono operativa la disposizione di cui all'art. 117 Cost., dando “contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere”. Pertanto, la norma interna incompatibile con la C.E.D.U., nel significato alla stessa attribuito dalla Corte di Strasburgo, specificamente istituita per dare ad essa interpretazione e applicazione e dunque preposta dagli stessi Stati Contraenti a svolgere una “funzione interpretativa eminente”, deve essere tacciata, a seguito di un controllo centralizzato, di illegittimità costituzionale. In ogni caso rimane fermo, anche per siffatto parametro, trattandosi di norme interposte che occupano nella gerarchia delle fonti una posizione intermedia tra Costituzione e legge ordinaria, l'imprescindibile controllo di legittimità costituzionale, non limitato alla lesione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale ma esteso ad ogni profilo di contrasto con le norme costituzionale. C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in Foro it., 2001, V, 194; A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea, in Il nuovo titolo V della Parte II della Costituzione*, Milano, 2002; V. MAZZARELLI, *Corte Costituzionale e indennità di esproprio: “serio ristoro” e proporzionalità dell'azione amministrativa*, in Giorn. Dir. Amm., 2008, 1, 32 e ss; M. PACINI, *Corte costituzionale e occupazione acquisitiva: un adeguamento soltanto parziale alla giurisprudenza CEDU*, in Giorn. Dir. Amm., 2008, 1, 37 e ss; S. MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte Costituzionale inaugura il giudizio di “convenzionalità” ex art. 117 Cost.* in Resp. Civ. e Prev., 2008, 1, 65; L. CAPPUCCIO, *La Corte Costituzionale interviene sui rapporti tra Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e Costituzione*, in Foro it., 2008, I, cc. 47 e ss; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in Foro it., 2008, I, cc. 50 e ss.

² Il T.a.r. Campania, Napoli, nell'Ord. 730/08 solleva una questione di legittimità costituzionale dell'art 43 t.u.e. in riferimento agli artt. 3, 24, 42, 97 e 113 Cost. I giudici campani ritengono che la norma suddetta appaia incostituzionale “nella misura in cui si consente alla p.a., anche deliberatamente, attraverso l'utilizzazione dello strumento di cui al citato art. 43, di eludere gli obblighi procedurali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica, le quali ultime peraltro sono poste non soltanto dall'Autorità comunale, ma anche da quella regionale e da quelle preposte alla tutela di ulteriori e distinti vincoli”.

dell'art. 43 t.u.e., intervenga con una pronuncia che costituisca espressione di una presa di posizione decisa, univocamente diretta alla protezione della proprietà privata, quale diritto dotato di una tutela "multilivello"³.

Circa la sentenza oggetto di questa breve nota, questi, in breve, i fatti. Il T.a.r. Sicilia, Catania, con sentenza 4 ottobre 2007 n. 1585 annulla il decreto di acquisizione coattiva di un fondo, emanato ai sensi dell'art. 43 t.u.e. dal Comune di Siracusa, e la conseguente determinazione di liquidazione del danno; condanna la p.a. alla restituzione dell'immobile, al ripristino dello stato dei luoghi e al risarcimento dei danni. Il Comune di Siracusa propone appello avverso tale sentenza, deducendo, tra l'altro, la violazione dell'art. 43 t.u.e. nella parte in cui il giudice di *prime cure* ha ritenuto inammissibile la domanda, formulata in giudizio ai sensi del comma 3 dell'art. 43 t.u.e., di esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo, rilevando il difetto di valida procura dei difensori costituiti a proporre la domanda. Il C.G.A. conferma la sentenza impugnata, sottolineando, sotto il profilo formale, che la procura alle liti ai sensi dell'art. 83 c.p.c. concerne soltanto la rappresentanza processuale (sicché il conferimento di ulteriori eventuali poteri di rappresentanza sostanziale non è coperto dalla speciale potestà certificativa del difensore). Ed evidenziando, sotto il profilo sostanziale, che "la fattispecie acquisitiva di cui al comma 3 dell'art. 43 t.u.e. non è diversa da quella di cui al relativo comma 1". Sia nell'una che nell'altra ipotesi, si tratta di "diverse modalità di esercizio dello stesso potere acquisitivo", per cui non è sufficiente la mera proposizione di una eccezione processuale per paralizzare l'accoglimento della domanda del ricorrente, ma occorre che la relativa istanza sia sorretta da un substrato sostanziale.

Come detto, si tratta di una pronuncia che consente una breve riflessione sull'art. 43 t.u.e.

La norma è stata introdotta dal legislatore del 2001 allo scopo di adeguarsi alle censure mosse dalla Corte Europea dei Diritti Umani contro la pratica delle cd. espropriazioni indirette.

I giudici di Strasburgo hanno criticato gli istituti di origine giurisprudenziale della occupazione usurpativa e acquisitiva⁴ reputando che gli stessi non rispetti-

³ In dottrina si fa riferimento alla tutela "multilivello" della proprietà (sul piano internazionale, comunitario e costituzionale) e, a fronte di situazioni di vera e propria *rottura* nei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale, si sottolinea "la necessità di coordinare *i diritti e le Corti*". Cfr. R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2006, 159. F. SALVIA, *Garanzie delle norme e garanzie del sistema: il caso della proprietà*, in *Dir. amm.* 2007, 01, 47.

⁴ Senza voler ripercorrere le diverse tappe che hanno condotto alla nascita, *jure pretorio*, della occupazione acquisitiva, a partire dall'arresto delle Sezioni Unite della Cassazione del 1983, si intende qui soltanto rimarcare la fondamentale differenza tra l'istituto *de quo*, che sussiste allorché la pubblica amministrazione occupi il fondo del privato in presenza di un titolo abilitativo, con irreversibile trasformazione dello stesso e l'istituto della occupazione usurpativa, che si configura in dipendenza

no la tutela che l'ordinamento sovranazionale accorda alla proprietà, in quanto in contrasto col principio di legalità di cui all'art. 1 Primo Prot. allegato alla C.E.D.U.⁵. Secondo la Corte Europea dei Diritti Umani, il principio di legalità, presuppone, a prescindere da quale ne sia la fonte, giurisprudenziale o legislativa, che il tessuto normativo che regola il procedimento espropriativo si componga di *norme sufficientemente chiare, precise e prevedibili*. Inoltre, la Corte di Strasburgo non considera conforme ai basilari principi di civiltà giuridica un sistema in cui venga attribuito un effetto traslativo della proprietà ad *un comportamento illegittimo, traendo la p.a. vantaggio da una inequivoca situazione di illiceità*⁶.

Il legislatore, pertanto, cogliendo l'occasione del riordino della materia espropriativa, ha reagito a tali critiche e, nel chiaro intento di conformarsi al dettato costituzionale che ammette l'espropriazione della proprietà privata "nei modi" previsti dalla legge, ha introdotto, con l'art. 43 t.u.e., la cd. *acquisizione coattiva sanante*.

La lettura della decisione che si annota, offre l'occasione per valutare se lo scopo del legislatore del 2001 possa ritenersi raggiunto, essendo stata ogni forma di espropriazione indiretta definitivamente espunta dal sistema e sostituita da un modo di acquisto della proprietà del tutto coerente con i principi generali dell'azione amministrativa, o al contrario, se permangano ancora dei nodi da sciogliere.

La norma parla di "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico" e prevede, *prima facie*, due diverse forme di "occupazione provvedimentoale": una prima, di natura amministrativa (commi 1 e 2) e una seconda, di natura giudiziale (commi 3 e 4)⁷. La sentenza in commento offre lo

dell'apprensione del bene altrui *ab initio* in carenza di dichiarazione di pubblica utilità, assente *ab origine*, o successivamente annullata con effetti *ex tunc*, o inefficace per inutile decorso dei relativi termini. Esso costituisce non un esercizio viziato del potere amministrativo ma un mero comportamento illecito non integrante alcun provvedimento discrezionale e non comportante alcun effetto traslativo della proprietà del bene in capo alla p.a. Cass. Sez. Un. sentenza 16.02.1983 n. 1464.

⁵ L'art. 1 Prot. Primo addizionale alla C.E.D.U. così recita: "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

⁶ G. MARI, nota a T.a.r. 10.06.2005 n. 3307, *Sulla conformità del potere di acquisizione ex art. 43 t.u.e. ai principi di legalità e di effettività della tutela giurisdizionale*, in Riv. Giur. Edilizia, 2005, 4, 1303. R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, cit., 172. S. MIRATE, nota a Corte Europea Diritti Uomo 06.03.2007: *La Corte Europea torna a "condannare" l'occupazione acquisitiva ed indennizza al valore attuale il terreno occupato*, in Resp. Civ. e prev. 2007, 5, 1053.

⁷ L'art. 43 t.u.e., rubricato *utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, così recita: Comma 1: "Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio

spunto per sottolineare la portata innovativa della interpretazione “costituzionalmente orientata” dei commi 3 e 4, proposta dal C.G.A, che pone gli stessi su un medesimo piano rispetto ai precedenti commi 1 e 2. Tuttavia, è intenzione di chi scrive evidenziare altresì che i suddetti sforzi interpretativi non appaiono sufficienti a superare il vaglio di legittimità costituzionale della norma *de qua* sia in relazione all’art. 97 Cost., sia in relazione all’art. 117 Cost., permanendo dalla applicazione dei commi 1 e 2 della medesima disposizione un’insanabile rottura dell’equilibrio tra libertà ed autorità.

Preliminare, a tal fine, appare la ricostruzione dell’interpretazione offerta in dottrina e condivisa dalla giurisprudenza dei commi 3 e 4 della norma in esame.

2. *L’interpretazione tradizionale dell’art. 43 t.u.e. commi 3 e 4: luci e ombre*

In tali ipotesi, il provvedimento ablatorio viene stimolato dalla iniziativa del privato, che impugni il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità o il decreto di esproprio o che agisca per la restituzione del bene utilizzato per scopi di pubblico interesse. La dizione normativa non è ricca di contenuti: il legislatore si limita a statuire che nei casi sopra elencati, il g.a., in caso di fondatezza del ricorso o della domanda, su istanza della p.a. che ne ha interesse o di chi utilizza il bene, dispone la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo (comma 3). L’atto di acquisizione sanante viene emanato dall’autorità che ha disposto l’occupazione dell’area, dando atto dell’avvenuto risarcimento del danno (comma 4).

o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni. Comma 2: L’atto di acquisizione: *a)* può essere emanato anche quando sia stato annullato l’atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all’esproprio, l’atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un’opera o il decreto di esproprio; *b)* dà atto delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell’area, indicando, ove risulti, la data dalla quale essa si è verificata; *c)* determina la misura del risarcimento del danno e ne dispone il pagamento, entro il termine di trenta giorni, senza pregiudizio per l’eventuale azione già proposta; *d)* è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili; *e)* comporta il passaggio del diritto di proprietà; *f)* è trascritto senza indugio presso l’ufficio dei registri immobiliari; *g)* è trasmesso all’ufficio istituito ai sensi dell’articolo 14, comma 2. Comma 3: Qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2 ovvero sia esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, l’amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo. Comma 4: Qualora il giudice amministrativo abbia escluso la restituzione del bene senza limiti di tempo ed abbia disposto la condanna al risarcimento del danno, l’autorità che ha disposto l’occupazione dell’area emana l’atto di acquisizione, dando atto dell’avvenuto risarcimento del danno. Il decreto è trascritto nei registri immobiliari, a cura e spese della medesima autorità.

Secondo l'orientamento tradizionale, condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa, nella cd. acquisizione giudiziale di cui al comma 4, da una parte della giurisprudenza definita anche "vincolata"⁸, si assisterebbe alla scissione temporale tra la valutazione comparativa degli interessi coinvolti e l'effetto traslativo della proprietà. La prima, ai sensi del comma 3, sarebbe rimessa al g.a., mentre il secondo, ai sensi del comma 4, sarebbe riconducibile al provvedimento di acquisizione successivamente emanato dalla p.a. In tale fattispecie, il giudice amministrativo verrebbe investito del potere di ricercare l'equilibrio tra i contrapposti interessi alla stessa stregua del giudice civile, essendo chiamato, ex artt. 2058 e 2933 c.c., a valutare se il risarcimento in forma specifica (la restituzione del bene e il ripristino dello stato dei luoghi), pur possibile da un punto di vista materiale e giuridico, non sia "eccessivamente oneroso" per la debitrice danneggiante ovvero non sia "pregiudizievole per l'economia nazionale".

Tale orientamento fa leva sulla *interpretazione letterale* dell'art 43 t.u.e.: il comma 4 lascia intendere che l'atto di acquisizione sanante (in cui deve essere dato atto dell'avvenuto risarcimento) viene emesso soltanto dopo che il g.a. si sia pronunciato in ordine alla istanza di autocondanna e di esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo. Conseguentemente, la valutazione dell'interesse prevalente, insita nell'accoglimento della istanza della p.a., avverrebbe non in

⁸ Secondo il T.a.r. Toscana, Firenze, 11 giugno 2004 n. 2066, "la norma prevede due diverse forme del medesimo istituto: a) *la cd. acquisizione provvedimentale*, che può essere adottata dall'amministrazione che utilizza il bene, che sia stato già modificato in assenza di titolo, con atto di natura discrezionale, previa valutazione degli interessi in conflitto e con obbligo di motivazione in ordine alle circostanze che abbiano indotto alla indebita utilizzazione dell'area (art. 43, commi 1 e 2); b) *l'acquisizione, qualificabile (per differenza) come "vincolata"*, che l'amministrazione *deve* adottare, a seguito della sentenza che abbia accolto la domanda al risarcimento del danno, da essa proposta, ove sia stata esercitata un'azione volta alla restituzione del bene utilizzato o sia stato impugnato un provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità (art. 43, commi 3 e 4)". Tuttavia, tale distinzione non risulta unanimemente condivisa nella giurisprudenza amministrativa. Sembra escludere la *doverosità* del provvedimento di acquisizione sanante, una volta disposta la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno per equivalente, con esclusione della restituzione del fondo senza limiti di tempo, il C.G.A., che nella recentissima sentenza 25 maggio 2009 n. 486, si è pronunciato incidentalmente sulla questione, non costituendo la stessa oggetto di impugnazione, ritenendo che "la soluzione preferibile potrebbe essere nel senso di escludere che l'amministrazione possa essere condannata all'adozione del provvedimento di acquisizione sanante". La emanazione di tale provvedimento, quindi, lungi dal potersi ritenere "vincolata", resterebbe oggetto di un potere discrezionale. Quanto alle "sorti" del bene, una volta accertata la volontà abdicativa del proprietario e accolta la domanda di risarcimento del danno per equivalente, i giudici siciliani osservano che la soluzione del problema è condizionata dalle peculiarità di ciascuna vicenda sostanziale e processuale. Se nel caso di specie la p.a. non manifesta formalmente la propria intenzione di acquistare il fondo, questo, secondo i principi che regolano l'acquisto della proprietà dei beni vacanti, andrebbe acquisito al patrimonio dello Stato o delle Regioni. E, in tale ultima ipotesi, la p.a. conserverebbe il potere di "regolarizzare" la utilizzazione dell'immobile mediante il provvedimento di cui all'art. 43 t.u.e.

seno all'istruttoria del procedimento che conduce alla emanazione del provvedimento *de quo*, ma in sede di giudizio ad opera del giudice amministrativo⁹.

Inoltre, secondo *l'intenzione storica del legislatore*, l'acquisizione sanante rappresenterebbe una sorta di "*composizione giudiziale*" delle esigenze contrapposte, riferita ai casi in cui all'iniziativa del privato non sia seguita la misura ablatoria sanante da parte della p.a., previa valutazione discrezionale degli interessi in conflitto. Il provvedimento emanato dalla p.a. ai sensi del comma 4 sarebbe soltanto consequenziale alla pronuncia del g.a. e, pur producendo l'effetto traslativo, non avrebbe contenuto discrezionale.

Per escludere il contrasto con l'art. 42 Cost. si ritiene sufficiente dotare la istanza di cui al comma 3 di una adeguata motivazione¹⁰.

Il sopradescritto orientamento è stato oggetto di talune critiche, che hanno condotto la giurisprudenza amministrativa a formulare una esegesi dell'art. 43 commi 3 e 4 che, pur allontanandosi da una interpretazione strettamente letterale del dato normativo, si pone in perfetta sintonia col principio di terzietà e imparzialità del giudice¹¹.

La dottrina, dal canto suo, ha osservato che l'ordinamento giuridico non ammette l'introduzione di una nuova ipotesi di giurisdizione di merito in assenza di una espressa previsione legislativa. L'attribuzione al g.a. del potere di sostituirsi alla p.a. nella valutazione dell'interesse prevalente, al di fuori della ipotesi del giudizio di ottemperanza, potrebbe legittimamente concepirsi soltanto ove precipuamente consacrata in una disposizione normativa. E tale previsione normativa non potrebbe utilmente scorgersi nell'art. 43 t.u.e. comma 3. La suddetta disposizione, infatti, nulla dice in ordine alle prerogative della giurisdizione di merito, per cui la stessa non potrebbe ritenersi compiutamente definita neanche nei suoi aspetti essenziali. Per contro, tendendo la giurisdizione di merito a scalfire il principio della separazione dei poteri, in cui trova la propria ragion d'essere financo la stessa esistenza della giurisdizione amministrativa, una espressa pronuncia da parte del legislatore dovrebbe ritenersi irrinunciabile.

D'altra parte, si è sottolineato, l'attribuzione in capo al g.a. di una scelta discrezionale in ordine all'interesse pubblico o privato da ritenere prevalente, si porrebbe in contrasto anche col principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., in quanto non è il processo la sede naturale della comparazione degli

⁹ T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 27 ottobre 2003 n. 2160; T.a.r. Toscana, Firenze, 11 giugno 2004 n. 2066; Consiglio di Stato, 03 maggio 2005 n. 2095; Consiglio di Stato, 21 maggio 2007 n. 2582; T.a.r. Veneto, Venezia, 11 luglio 2007, 2501; T.a.r. Lombardia, Brescia, 03 aprile 2008; Consiglio di Stato, 03 settembre 2008 n. 4112; Consiglio di Stato, 03 settembre 2008 n. 4114.

¹⁰ T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 27 ottobre 2003 n. 2160; T.a.r. Toscana, Firenze, 11 giugno 2004 n. 2066.

¹¹ La decisione C.G.A. 07 ottobre 2008 n. 842 rinvia alle argomentazioni delle precedenti decisioni C.G.A., 26 luglio 2006 n. 440. C.G.A., decisione 26 luglio 2006 n. 442.

interessi sottesi alla emanazione di un provvedimento ablatorio; né la mera attribuzione al g.a. del potere di entrare nel merito della questione sarebbe in grado di trasformare il giudice, terzo e imparziale, in un buon amministratore, in quanto organo istituzionalmente deputato a verificare la legittimità dell'attività amministrativa "*ab extra*" e "*a posteriori*"¹².

Infine, se si ritenesse che il comma 3 conferisca al g.a. il potere di sostituirsi alla p.a. nella valutazione degli interessi coinvolti, non essendo all'uopo indicato alcun criterio al quale lo stesso debba attenersi, si finirebbe col reintrodurre nell'ordinamento un istituto ablatorio dai contorni eccessivamente sfumati, al punto da sfociare nella imprevedibilità e nell'incertezza giuridica, incompatibile col principio di legalità sancito nella C.E.D.U., e dunque in contrasto con l'art. 117 Cost¹³.

3. *La soluzione prospettata dal C.G.A*

Sensibile ai rilievi sopra formulati, il C.G.A. discostandosi dall'orientamento tradizionale prevalente, nella decisione che si commenta, propone una interpretazione "adeguatrice" dell'art. 43 t.u.e. commi 3 e 4. Secondo tale lettura, "*la fattispecie acquisitiva di cui al comma 3 dell'art. 43 t.u.e. non è diversa da quella di cui al relativo comma 1*". Anche nel corso di un giudizio impugnatorio o restitutorio, la p.a., in caso di fondatezza del ricorso o della domanda, può fare istanza di autocondanna al risarcimento del danno per equivalente, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo, soltanto mediante l'emanazione di un provvedimento di acquisizione, "*costituente il momento terminale di uno specifico procedimento valutativo di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, in rapporto a quello dell'acquisizione del bene al patrimonio indisponibile pubblico*". In altre parole, nel giudizio, la p.a. non deve limitarsi a presentare una istanza di autocondanna con esclusione della restituzione del bene, ma deve correlare tale istanza con il provvedimento ablatorio, da depositare agli atti, in modo che il sindacato del giudice amministrativo sia circoscritto esclusivamente alla legittimità del provvedimento.

La comparazione degli interessi sottesi all'adozione della misura ablatoria, così, ritornerebbe ad essere effettuata dal soggetto istituzionalmente a ciò deputato, ossia la pubblica amministrazione. Il provvedimento *de quo*, infatti, verrebbe adottato in sede di amministrazione attiva e sarebbe soggetto al sindacato giurisdizionale per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere. E ciò, come evidenziato nella decisione che si annota, troverebbe la propria ragio-

¹² C.G.A. decisione 26 luglio 2006 n. 440 e n. 442.

¹³ Corte di Strasburgo: sentenza Henrich Vs France, 22 settembre 1994; sentenza Lithgow e altri Vs Regno Unito, 8 luglio 1986; sentenza Belvedere Alberghiera s.r.l. Vs Italia e sentenza Carbonara Ventura Vs Italia, entrambe 30 maggio 2000; sentenza Scordino Vs Italia, 17 maggio 2005.

ne giustificativa nella considerazione per cui *“la presentazione di una istanza rilevante su un piano meramente processuale non sarebbe sufficiente a paralizzare le aspettative restitutorie del privato: una forma per facta concludentia non potrebbe ritenersi compatibile con l'esigenza di adottare le necessarie valutazioni degli interessi in gioco”*¹⁴.

Non osterebbe alla suddetta interpretazione “ortopedica” dell'art. 43 comma 3, ad avviso dei giudici siciliani, la scissione temporale tra il provvedimento del giudice, con cui viene esclusa la restituzione del bene senza limiti di tempo, ai sensi del comma 3, e il provvedimento di acquisizione dello stesso, emanato dalla p.a ai sensi del comma 4. Sarebbe, infatti, coerente con il dato testuale di cui all'art 43 t.u.e., una interpretazione sistematica del comma 4 con il comma 2, secondo la quale gli elementi essenziali del provvedimento di acquisizione di cui alle lettere a), b) e c) dovrebbero essere contenuti nel provvedimento amministrativo versato in atti, contestualmente all'istanza di cui al comma 3; diversamente, il provvedimento di acquisizione emanato ai sensi del comma 4 dovrebbe essere corredato soltanto degli elementi formali di cui alle lettere d), e), f) e g). In questo modo, la valutazione dei presupposti sostanziali di emanazione del provvedimento di acquisizione resterebbe in capo alla p.a., mentre il g.a. tornerebbe ad esercitare un sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Il successivo provvedimento di acquisizione di cui al comma 4 varrebbe soltanto a formalizzare il procedimento di espropriazione in sanatoria precedentemente condotto dalla p.a.

A confutare la idoneità della interpretazione adeguatrice sopra riportata non varrebbe la replica secondo la quale, così opinando si attribuirebbe il potere di acquisizione del bene a soggetti non legittimati da parte del legislatore (l'amministrazione che ne ha interesse ovvero chi utilizza il bene). Sarebbe sufficiente, infatti, per superare tale assunto, restringere l'area di operatività di cui al comma 3 all'ambito di applicazione di cui al comma 1.

Al contrario, la descritta esegesi dell'art. 43 troverebbe conforto nella sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 aprile 2005 n. 2¹⁵, secondo la

¹⁴ Tale valutazione, lungi dal costituire una mera opzione ermeneutica, peraltro, rappresenterebbe una risposta all'incoraggiamento contenuto nella Risoluzione interinale ResDH (2007) 3 “Violazioni ripetute del diritto di proprietà da parte dell'Italia mediante le espropriazioni indirette”, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 14.02.07, rivolto all'Italia al fine di superare “in maniera definitiva” la prassi delle espropriazioni indirette e di garantire la conformità al principio di legalità, come richiesto dalla C.E.D.U., di tutte le occupazioni di terreni da parte dell'amministrazione. Nella Risoluzione citata, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, prendendo atto delle contraddizioni giurisprudenziali scaturite in seno alle prime applicazioni dell'art. 43 t.u.e., sottolinea che solo una interpretazione corretta e coerente del predetto articolo costituirebbe una “svolta” nella prassi delle espropriazioni indirette, evitando ingerenze illecite dell'amministrazione nel diritto di proprietà, così come garantito dalla Convenzione. E, tra le letture ritenute inequivocabilmente conformi alla C.E.D.U., fa riferimento proprio alle decisioni del C.G.A. 26 luglio 2006 n. 440 e 442, alle cui argomentazioni la decisione in commento fa rinvio.

quale l'art. 43 t.u.e. attribuisce all'autorità amministrativa "il potere di acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo, purché ciò avvenga sulla base di un formale atto amministrativo fondato sulla valutazione degli interessi in conflitto e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno". Invero, l'Adunanza Plenaria non distingue in seno all'art. 43 t.u.e. due fattispecie autonome: stante l'eccezionalità dell'istituto dell'acquisizione provvedimentoale, avente valore sanante della illegittimità della procedura espropriativa, allo stesso la p.a. potrebbe ricorrere soltanto dopo aver rigorosamente verificato la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge (da accertarsi non in astratto ma avuto riguardo alla utilizzazione in atto per un interesse pubblico specifico e concreto) e dopo aver adeguatamente ponderato il giusto bilanciamento degli interessi in conflitto (escludendo una aprioristica prevalenza, *ex se*, dell'interesse pubblico su quello privato e ponendo gli stessi su un piano di tendenziale equiordinazione).

4. *I nodi ancora da sciogliere. Presupposti applicativi dell'art. 43 t.u.e. commi 1 e 2*

A questo punto appare utile riprendere la riflessione sui commi 1 e 2 dell'art. 43, oggi resa più attuale dal fatto che per iniziativa del T.a.r. Campania la questione è stata posta all'attenzione della Consulta¹⁶.

Infatti, per salvare l'acquisizione sanante cd. giudiziale dalle scure della Corte Costituzionale potrebbe non essere sufficiente porla su un medesimo piano rispetto all'acquisizione sanante cd. amministrativa. Anche questa non sembra pienamente conforme ai principi generali cui deve essere informata l'azione amministrativa ed è stata oggetto di talune critiche di incostituzionalità che difficilmente possono essere superate attraverso una mera interpretazione adeguatrice¹⁷.

Con la disposizione di cui all'art. 43 t.u.e. commi 1 e 2, il legislatore si è proposto di espungere dall'ordinamento giuridico gli istituti di origine pretoria della occupazione acquisitiva e della occupazione usurpativa, i quali, nel ricon-

¹⁵ M. ALESIO, nota a Consiglio di Stato Ad. Plen. 29.04.2005 n. 2: *Le ultime ore dell'accessione invertita. Piena adesione alle tesi di*

Strasburgo, in D&G 2005, 26, 44; M.L. MADDALENA, *Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 2 del 2005*, in Foro amm. CDS 2005, 7-8, 2109.

¹⁶ Il T.a.r. Campania, Napoli, con Ord. 730/08 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art 43 t.u.e. in riferimento agli artt. 3, 24, 42, 97 e 113 Cost.

¹⁷ F. MANGANARO, *L'indennità di espropriazione tra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*. Il lavoro prende lo spunto dalla relazione dal titolo *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e il diritto di proprietà (il diritto dell'espropriazione)*, presentata al secondo incontro italo - francese di diritto amministrativo, svoltosi a Parigi il 12 ottobre 2007, successivamente modificata dopo l'emanazione delle sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007.

durre il passaggio di proprietà alla irreversibile trasformazione del fondo, si ponevano in contrasto con la tutela costituzionale e sovranazionale del diritto di proprietà. Sicché, la emanazione della disposizione in commento, che riconduce l'effetto traslativo ad un provvedimento di acquisizione (soggetto al sindacato giurisdizionale e che prevede la liquidazione del risarcimento dei danni subiti dal privato), consente di porre fine ad una prassi amministrativa che, in via generalizzata, permetteva alla p.a. di divenire proprietaria di un bene pur avendo posto in essere un comportamento illecito.

Analogamente, si pone in linea con i *dicta* di Strasburgo, la interpretazione restrittiva della norma *de qua* formulata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/05, in base alla quale l'unico rimedio per impedire la restituzione dell'area al proprietario in caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, è costituito dalla emanazione del predetto provvedimento di acquisizione sanante di cui all'art 43 t.u.e. e tale provvedimento può essere legittimamente emanato soltanto in presenza dei requisiti richiesti dalla legge.

Tuttavia, sotto altro profilo, si evidenzia che con l'atto di acquisizione sanante può risultare irrimediabilmente sacrificata *la partecipazione democratica* del privato alla individuazione del miglior modo di perseguire l'interesse pubblico.

Tale problema non si pone, invero, nell'ipotesi in cui si renda necessaria la emanazione di un provvedimento di acquisizione sanante ove l'amministrazione abbia omesso di adottare il provvedimento di esproprio nei termini previsti dalla legge: nel qual caso può parlarsi di un provvedimento in "sanatoria", in quanto la p.a. ha legittimamente iniziato una procedura espropriativa, della quale, semplicemente, non ha completato tutti i passaggi.

Problematica è invece l'ipotesi in cui il provvedimento di acquisizione coattiva venga emanato per "legittimare" una situazione possessoria in cui la p.a. potrebbe trovarsi anche in forza di un comportamento illecito, del tutto avulso da un procedimento ablatorio. Legittimando, sia pure con effetti *ex nunc*, ma con un provvedimento amministrativo emanato *ex post*, un comportamento privo di base legale, quale quello della pubblica amministrazione che ha occupato il fondo del privato in assenza di un vincolo preordinato all'esproprio o di una dichiarazione di pubblica utilità, si preclude al privato la possibilità di fornire il proprio contributo partecipativo nella sede in cui lo stesso possa risultare effettivamente utile e proficuo, ossia nel corso del procedimento espropriativo. E la ripartizione in fasi della procedura espropriativa (apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, dichiarazione di pubblica utilità, determinazione in via provvisoria della indennità e decreto di esproprio), vera essenza della garanzia di partecipazione democratica, cessa di essere "la forma della funzione" e si riduce ad una mera "burocratizzazione" dell'agire amministrativo¹⁸.

¹⁸ F. BOCCHINI, *Azione amministrativa "affittiva" e azione amministrativa "cooperativa" (il caso della cd. occupazione acquisitiva)*, in Foro amm. TAR 2009, 01, 287.

Anche a voler rinunciare ad affrontare il tema della rilevanza costituzionale del principio del giusto procedimento amministrativo¹⁹, tale disposizione si porrebbe comunque in contrasto col principio di buon andamento. E ciò in quanto anche una interpretazione che guarderebbe *all'atto* di acquisizione sanante alla stregua di un *provvedimento* amministrativo, e come tale assistito dalle dovute garanzie del procedimento amministrativo, considerata irrinunciabile dalla dottrina²⁰ e che sembra consolidata nella giurisprudenza amministrativa²¹, non sarebbe sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 97 Cost. Essendo l'atto di acquisizione coattiva di cui all'art. 43 t.u.e. preordinato a "sanare" non solo i vizi di legittimità del procedimento di esproprio, ma anche eventuali illiceità del comportamento della p.a., al privato espropriando residuerebbe un spazio di intervento partecipativo meramente "difensivo". Intervento che, dimostrando la p.a. in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sarebbe ulteriormente ridimensionato²².

¹⁹ M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino 2004, p. 174 secondo cui "con riguardo al fondamento costituzionale del principio del giusto procedimento vengono in rilievo numerosi articoli della Carta Costituzionale", ed, in particolare, vengono annoverati gli artt. 24, 3, 97, 113 e 111 Cost., nonché "le norme della Costituzione che, nel prevedere una riserva di legge, quanto ai modi ed ai criteri attraverso i quali imporre limitazioni ai diritti dei cittadini, lasciano intendere altresì che il legislatore debba individuare l'autorità competente a provvedere in concreto" (es. artt. 13 – 16 in materia di diritti inviolabili, art. 42 in materia di proprietà) e l'art. 23 Cost., "tradizionalmente utilizzata per sostenere la sussistenza del principio di legalità nell'ambito dell'attività amministrativa, nel senso che il potere amministrativo non può arbitrariamente imporre prestazioni patrimoniali o personali senza una legge che a ciò l'autorizzi"; ma che può anche essere "capovolta, cioè può essere letta nel senso che nessuna legge può *direttamente* imporre prestazioni personali o patrimoniali, in quanto a tal fine deve limitarsi a prevedere l'esercizio di un apposito potere amministrativo".

²⁰ M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, cit 169, secondo cui "il principio del giusto procedimento ha una duplice accezione poiché esso va inteso, senz'altro, come principio che richiede una *riserva di amministrazione*... e implica altresì una *riserva di procedimento*, nel senso la quota di potere che l'ordinamento riserva alla p.a. deve essere esercitata attraverso l'esplicazione di un procedimento amministrativo, poiché è all'interno del procedimento che può essere garantita la corretta esplicazione del potere medesimo, anche per mezzo di una significativa partecipazione del privato all'azione amministrativa".

²¹ Cfr. C.G.A., sentenza 29 maggio 2008 n. 490, secondo cui "l'urgenza che conduce alla occupazione immediata dell'area non deve essere confusa con l'urgenza di cui all'art. 7 della legge 07/08/1990 n. 241. Sono diversi i tempi e la natura stessa dell'urgenza, per cui la sussistenza di un'urgenza che induca l'occupazione non significa necessariamente l'urgenza che autorizza l'omissione dell'avviso. Questa deve essere di natura ancora più stringente, nel senso che sia da considerarsi nocivo persino un lasso di tempo minimo tra l'insorgenza del bisogno pubblico e l'adozione degli atti"; nonché Consiglio di Stato, sentenza 03.09.2008 n. 4114, che dichiara la improcedibilità della domanda di restituzione del bene quale ripristino in forma reale a seguito della emanazione del *provvedimento* di acquisizione sanante ai sensi dell'art 43 sopra menzionato, *a seguito di apertura del procedimento*.

²² Cfr. T.a.r. Puglia 17 dicembre 2008 n. 2903, secondo cui "le norme sulla partecipazione non

Inoltre, si osserva che la previsione normativa in esame non sembra cogliere nel segno neanche il messaggio insito nelle pronunce di Strasburgo, ponendosi, pertanto, in contrasto con l'art. 117 Cost. Per effetto dell'intervento del legislatore del 2001, ai sensi dell'art. 43 t.u.e commi 1 e 2, viene attribuito alla p.a. il potere di recuperare la legalità di un procedimento espropriativo anche nelle ipotesi di occupazione usurpativa, nelle quali, in passato, la giurisprudenza negava che la trasformazione irreversibile del bene potesse comportare un effetto traslativo della proprietà. L'autorità che utilizza un bene per scopi di interesse pubblico può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni non solo allorquando il predetto immobile venga modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio, ma anche in assenza del provvedimento dichiarativo della pubblica utilità e financo in assenza dell'atto da cui sorge il vincolo preordinato all'esproprio (in tutte le ipotesi citate, sia nel caso in cui i provvedimenti *de quibus* manchino *ab origine* sia nel caso in cui vengano successivamente annullati).

In tali ipotesi, il privato, sostanzialmente espropriato del proprio bene, per conoscere le sorti del relativo diritto dominicale, deve attendere la pronuncia di un giudice che accerti che l'interesse pubblico non possa essere soddisfatto se non attraverso il mantenimento della situazione ablativa.

Nei casi sopra elencati, quindi, come sottolineato dalla Corte Europea dei Diritti Umani nella sentenza Sciarrotta Vs Italia del 12 gennaio 2006, non può escludersi la permanenza di norme che conducono a risultati *imprevedibili o arbitrari* per gli interessati, e dunque in contrasto col principio di legalità.

5. Conclusioni

Per quanto attiene a quest'ultimo profilo, giova sottolineare che nella lettura della Corte Costituzionale, il ricorso al sindacato di legittimità costituzionale deve valutarsi come *extrema ratio*, ossia nel caso in cui il contrasto tra la norma interna e la norma C.E.D.U. risulti insanabile anche attraverso una interpretazione conforme della prima rispetto alla seconda. Obiettivo primario della C.E.D.U. è non tanto quello di caducare la norma interna in modo definitivo quanto quello di garantire al singolo consociato una tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Sotto tale aspetto, la interpretazione conforme dell'art. 43 t.u.e. condurrebbe a risultati più efficaci rispetto al vuoto normativo che si produrrebbe nel caso di abrogazione retroattiva della disposizione sopra citata. Sicché, in una prospettiva ermeneutica di tipo evolutivo, per salvare l'articolo 43 t.u.e. dalle scure

devono avere una applicazione formale, ma essere intese ed applicate in modo sostanziale", richiamando, all'uopo, la "concezione funzionale dell'art. 7 della legge 241/90 soprattutto l'art. 21 octies comma 2 della legge 241 del 1990". E, nella stessa direzione, T.a.r. Puglia, Bari, 30 aprile 2002 n. 2312.

della Corte Costituzionale, si potrebbe compiere, ad avviso di chi scrive, uno sforzo interpretativo volto ad espungere dalla sfera di applicabilità della “sanatoria” *almeno* i comportamenti illeciti della pubblica amministrazione che non trovino la propria giustificazione nella apposizione del vincolo preordinato all’esproprio e nella dichiarazione di pubblica utilità (art. 43 comma 2 lett. a). La norma, cioè, dovrebbe essere interpretata nel senso di ammettere il provvedimento di acquisizione sanante solo nell’ipotesi in cui il comportamento pregresso dell’amministrazione sia oggettivamente sanabile (c’è stato un procedimento, ma non il provvedimento finale di espropriazione, per rimanere nell’esempio prima proposto); ma non può trovare applicazione in quei casi in cui la stessa amministrazione abbia posto in essere un comportamento *ab initio* illecito (come nei casi di occupazione usurpativa)²³.

²³ Ci si chiede, tuttavia, avuto riguardo alla *ratio legis*, volta ad attribuire al provvedimento di acquisizione sanante una sfera di operatività più ampia rispetto all’ambito di applicazione della occupazione acquisitiva, fino a che punto la violazione di cui si discute non possa considerarsi una “violazione di sistema” ovvero una “violazione strutturale” e non si renda necessario, piuttosto, un nuovo intervento del legislatore o della consulta. F.G. ScocA, *Modalità di espropriazione e “rispetto” dei beni (immobili) privati*, in Dir. amm. 2006, 03, 519.

Amministrazione locale

La riforma amministrativa dei governi locali: “grande trasformazione” o gattopardesco maquillage?

di Giancarlo Minaldi¹

SOMMARIO: 1. Dalla gestione burocratica alla programmazione strategica. - 2. Il processo di riforma nei governi locali. - 3. Indirizzo politico e gestione amministrativa: distinzione funzionale e subordinazione strutturale.

Principale obiettivo di questo studio è quello di illustrare alcuni elementi di un processo di trasformazione assai complesso e problematico come quello della riforma amministrativa dei governi locali italiani, proponendo alcuni interrogativi circa i suoi possibili esiti. Una ricognizione configurativa e necessariamente sintetica mirata ad evidenziare i nodi più critici e controversi che andrebbero sottoposti ad una più approfondita esplorazione empirica, per verificare sul campo lo stato di avanzamento di un complesso di innovazioni assai articolato.

Il processo in esame prende avvio nel corso degli anni novanta, quando, contemporaneamente e coerentemente con la trasformazione della forma di governo e delle competenze istituzionali, i governi locali italiani vengono investiti da una riforma amministrativa altrettanto rapida e profonda. A mutare è infatti lo stesso paradigma interpretativo della funzione amministrativa, passando dal tradizionale modello burocratico e gerarchico ad un modello più propriamente manageriale e strategico, modificandosi contemporaneamente, e in profondità, la struttura dei rapporti tra ruolo politico e ruolo amministrativo.

Soltanto richiamando pochi significativi elementi del precedente assetto potrà ricavarsi la cifra del percorso innovatore intrapreso. Eppure, come avremo modo di approfondire nel prosieguo di questa ricostruzione, il cambiamento è stato

¹ L'autore è dottore di ricerca in scienza politica, attualmente research fellow presso il dipartimento di studi su politica, diritto e società dell'università di Palermo e docente a contratto di scienza politica e politica locale presso la libera università Kore di Enna e l'università di Palermo. Nel corso degli ultimi anni ha svolto attività di ricerca prevalentemente sul governo locale italiano, con particolare riferimento ai processi evolutivi riguardanti la classe politica, il ruolo dei partiti e i rapporti tra ruolo politico e ruolo amministrativo.

tutt'altro che lineare e coerente, sia dal punto di vista della applicabilità concreta del disegno normativo, sia da quello riguardante alcuni contenuti di rilevanza cruciale, soprattutto sul versante del rapporto tra ruolo politico e amministrativo.

1. *Dalla gestione burocratica alla programmazione strategica*

Fino agli anni novanta la configurazione organizzativa e funzionale dell'amministrazione del governo locale era in gran parte assimilabile a quella nazionale. Più precisamente, il profilo strutturale era delineato sul modello della burocrazia meccanica²: spiccata formalizzazione dei rapporti con una comunicazione interna prevalentemente top-down; mansioni molto specializzate in direzione esecutiva e di routine; iper-regolamentazione³. A questo assetto già di per sé inadeguato a fronteggiare le sfide di un ambiente esterno sempre più turbolento, si associava la tradizionale debolezza di una classe burocratica che, in cambio di un limitato riconoscimento di status, aveva accettato di fornire un contributo essenziale nelle strategie di costruzione del consenso della classe politica post-unitaria, rinunciando tuttavia a presidiare adeguate posizioni di responsabilità amministrativa e di prestigio del corpo funzionariale⁴.

E così, anche a livello locale si realizzava una spiccata commistione tra sfera politica e sfera burocratica, dando luogo ad “una sistematica interferenza degli eletti nell'ambito di operatività dei funzionari, con una tendenziale assunzione di responsabilità tecnico-gestionali da parte dei politici chiamati a svolgere il ruolo di amministratori”⁵. La relazione tra burocrati e classe politica ha così assunto un carattere prevalentemente clientelare, in cui l'oggetto dei contatti era costituito il più delle volte da “provvedimenti amministrativi di portata limitata, patrocinati per motivi clientelari o, comunque, particolaristici da esponenti politici”⁶.

Richiamando le “immagini” della configurazione fattuale dei rapporti tra ruolo politico e ruolo amministrativo di J.D. Aberbach, R.D. Putnam e B. Rockman⁷, si direbbe che l'amministrazione del governo locale prima delle riforme rientrasse pienamente nell'idealtipo del *rapporto fiduciario*, con il ruolo dirigenziale trasformato in oggetto di politicizzazione, sottoposto ad una cooptazione che alimentava il clientelismo e la partitocrazia, soprattutto in contesti caratterizzati da alti livelli di disoccupazione come l'Italia meridionale e insulare. Una

² Così definita per analogia con la catena di montaggio del modello di produzione fordista.

³ H. MINTZBERG, *Structures in Five, Designing Organizations*, New York 1983.

⁴ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 1989.

⁵ F. GIROTTI, *Amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Roma 2007, 155.

⁶ C. GUARNIERI, *Burocrazia e magistratura*, in *Scienza politica*, a cura di L. Morlino, Torino 1989, 227.

⁷ *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*, Cambridge Mass. 1981.

cooptazione che a differenza dello *spoils system* non aveva un inquadramento normativo ed era dunque un fenomeno sostanzialmente aleggale.

D'altra parte, lo sviluppo di questa configurazione ha avuto un carattere spiccatamente incrementale, tanto che all'inizio degli anni ottanta la tradizionale commistione comincia ad acquisire i contorni di una sorta di fusione, con un sorprendente tasso quantitativo e qualitativo di coinvolgimento partitico della burocrazia locale⁸.

Se questo è il contesto che fa da sfondo all'avvio del processo di riforma, appare abbastanza comprensibile la ragione per cui il primo e assai discusso elemento di rottura di questo equilibrio sia consistito nel principio di distinzione tra sfera politica e sfera amministrativa introdotto dalla legge 8 giugno 1990, n. 142.

Un principio di distinzione funzionale che, pur suscitando più d'un rilievo critico sia sul piano teorico che fattuale⁹, appariva giustificato dalla necessità di porre i presupposti per modificare alcuni caratteri distintivi della dirigenza pubblica, mettendola nelle condizioni di agire con maggiore responsabilità e autonomia, in una prospettiva che, innestandosi su un più complessivo processo di innovazione della cultura amministrativa, si ponesse come obiettivo strategico una nuova integrazione fondata sulla logica del contratto.

Il complessivo ridisegno della funzione amministrativa può infatti inquadrarsi come un processo di sostanziale assimilazione dei principi del *New Public Management*¹⁰, attraverso il passaggio ad una logica di gestione fondata sui principi del mercato e finalizzata al perseguimento di obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità per mezzo della stipula di contratti.

La logica della contrattualizzazione si fonda su una negoziazione tra le differenti competenze politiche e amministrative, presupponendo l'esistenza di un *principale* che identifica i fini ultimi e un *agente* cui compete la realizzazione materiale dei fini. "L'azione di governo e dell'amministrazione è concepita come una rete di transazioni e di accordi che comportano una mutua assunzione di

⁸ A tal proposito si vedano gli interessanti risultati della ricerca curata da F. Spalla (*La burocrazia*, in ISAP, n. 1, Milano 1983, 705-783). In particolare, il 30% dei burocrati intervistati dichiarano di appartenere ad un partito politico e una gran parte di questi risultano iscritti da numerosi anni, ricoprendo anche cariche organizzative e pubbliche.

⁹ B. DENTE, *In un diverso Stato: come rifare la pubblica amministrazione italiana*, Bologna 1999, 24; M. RUSCIANO, *La dirigenza amministrativa tra pubblico e privato*, in *La dirigenza pubblica*, a cura di M. D'Alberti, Bologna 1990. In particolare, Dente sottolinea come la soluzione adottata sia eccessivamente semplicistica e presenti non pochi problemi, giacché "la distinzione tra direzione e gestione, e/o tra fini e mezzi, contiene al suo interno una fallacia ineliminabile" che deriverebbe dall'adozione implicita di un modello fondato su una visione sinottica del decisore politico. Dal canto suo, Rusciano ritiene puramente utopistica l'aspirazione ad una separazione fattiva delle competenze gestionali da quelle di indirizzo e controllo politico.

¹⁰ M. BARZLEY, *The New Public Management. Improving Research and Policy Dialogue*, Berkeley 2001.

responsabilità tra decisori politici e funzionari amministrativi”¹¹. Ciò comporta la rigida separazione di competenze che è però finalizzata ad una integrazione per il raggiungimento degli obiettivi strategici.

Concretamente, la gestione strategica è incentrata sul *ciclo di programmazione e valutazione*. Partendo dal presupposto della necessità di agire nel breve periodo attraverso un processo di aggiustamenti successivi che faccia perno sulla discrezionalità decisionale dei dirigenti, la programmazione strategica non è altro che il prodotto della negoziazione tra sfera politica e sfera amministrativa contenente la fissazione degli obiettivi e dei relativi budget per realizzarli. Alla programmazione si associa il ciclo di valutazione, vale a dire l’insieme degli strumenti per verificare ex ante, in itinere ed ex post l’andamento della gestione e per riorientare la programmazione adeguandola ai risultati della valutazione. Per questa ragione, come lucidamente puntualizzano Lippi e Morisi, “più che disegnare un ideale ciclo, dove si torna al punto di partenza, la programmazione dovrebbe delineare una spirale, un percorso di apprendimento nel tempo dove i programmi si pongono a superamento di quelli precedenti”¹².

2. *Il processo di riforma nei governi locali*

La trasposizione organizzativa di questi principi nei governi locali è avvenuta per tappe che disegnano un percorso di sviluppo non sempre coerente, attraverso una legislazione alquanto frammentata che ha infine prodotto una configurazione della gestione strategica complessa e articolata, seppure quasi interamente rintracciabile nel testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267).

Ciò detto, un secondo ulteriore elemento innovativo, anche sotto il profilo gestionale, lo si rintraccia ancora nella l. n. 142/1990, lì dove si prevede che lo statuto possa contemplare forme di “controllo economico interno della gestione” (art. 57). Si tratta di un primo labile tassello della costruzione del ciclo di valutazione nelle amministrazioni locali. La valutazione in funzione strategica è definita dal legislatore “controllo interno”, finalizzato cioè ad una attività di gestione interna all’amministrazione, differente dunque dal “controllo esterno” incentrato sulla legittimità degli atti e dei procedimenti e affidato perciò ad un organo esterno all’amministrazione. Per controllo di gestione si intende invece una forma di valutazione in itinere della gestione che, accompagnando il processo amministrativo attraverso la rilevazione sincronica di un insieme di dati, consente di alimentare in modo continuativo il sistema informativo dei decisori politici e amministrativi.

¹¹ A. LIPPI, M. MORISI, *Scienza dell’amministrazione*, Bologna 2005, 36.

¹² *Scienza dell’amministrazione*, cit., 211.

Le due fonti normative che svolgono il ruolo più incisivo nel ridisegnare la gestione dei governi locali sono il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e il decreto legislativo 25 febbraio 1995, n.77, entrambi attuativi della legge 23 ottobre 1992, n.421 (rispettivamente dell'art. 2 e dell'art. 4). Il primo ha previsto l'istituzione obbligatoria in tutte le amministrazioni (anche locali) dei servizi di controllo interno o nuclei di valutazione per la verifica del raggiungimento degli obiettivi, della corretta ed economica gestione delle risorse e il buon andamento dell'amministrazione. Il secondo ha invece disegnato una compiuta disciplina della *programmazione* e del *controllo di gestione* poi trasposta pressoché integralmente nel d.lgs. n. 267/2000.

Più in particolare, per quel che riguarda la *programmazione strategica* si prevede un percorso che in linea generale, partendo dal *bilancio annuale* si articola attraverso i seguenti strumenti:

- il *bilancio pluriennale* approvato dal consiglio e allegato al bilancio annuale per un periodo coincidente con quello approvato dalla regione di appartenenza e comprendente un quadro dei mezzi finanziari da destinare ad ognuno degli anni considerati;
- la *relazione previsionale e programmatica* approvata dal consiglio e allegata al bilancio annuale che, coprendo un periodo pari a quello del bilancio pluriennale, ha carattere generale. Redatta per programmi nella parte di spesa, essa indica agli organismi gestionali gli obiettivi che si intendono raggiungere, anche in termini di efficacia, efficienza ed economicità del servizio, a partire “dalla motivata dimostrazione delle variazioni intervenute rispetto all'esercizio precedente”(art. 12 comma 6 d.lgs. n. 77/1995, ora art. 170 comma 5 del d.lgs. n. 267/2000);
- il *Piano Esecutivo di Gestione* (PEG) definito dall'esecutivo sulla base del bilancio di previsione annuale approvato dal consiglio. Esso determina gli obiettivi di gestione affidandoli, unitamente alle dotazioni necessarie, ai responsabili dei servizi (art. 11 d.lgs. n. 77/1995 ora art. 169 d.lgs. n. 267/2000).

Attribuendo le risorse umane, materiali e finanziarie necessarie ai dirigenti per raggiungere gli obiettivi concordati, il PEG rappresenta lo strumento per tradurre le finalità strategiche in obiettivi gestionali. Detto altrimenti, se correttamente strutturato rappresenta il fulcro della programmazione strategica e del “governo per contratti”¹³, concretizzando la separazione tra direzione politica ed attività gestionale¹⁴.

Quanto al *controllo di gestione*, le finalità sono definite nella realizzazione degli obiettivi programmati, economicità e correttezza della gestione delle risorse.

¹³ L. BOBBIO, *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana*, in “Stato e Mercato”, n.1, 2000, 111-142.

¹⁴ F. PANZINI, *Il sistema dei controlli interni degli enti locali*, *diritto.it*, <http://www.diritto.it> 2004.

se pubbliche, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, trasparenza dell'azione amministrativa. Per questa ragione esso ha per oggetto l'intera attività amministrativa dell'ente e si articola in tre fasi:

- a) predisposizione di un *Piano dettagliato degli obiettivi* espressi da valori e dati contenuti nel bilancio (annuale e pluriennale), nella relazione previsionale e programmatica e nel PEG;
- b) rilevazione tramite indicatori di attività, efficienza ed efficacia dei "dati relativi ai costi ed ai proventi nonché rilevazione dei risultati raggiunti" che consenta interventi correttivi in itinere correggendo eventuali disfunzioni gestionali;
- c) "valutazione dei dati predetti in rapporto al piano degli obiettivi" con una analisi degli scostamenti in grado di fornire elementi informativi essenziali per gli organi di governo.

La cadenza periodica di svolgimento di questa complessa attività è affidata al regolamento di contabilità dell'ente, mentre la struttura operativa alla quale è affidata la funzione del controllo di gestione, in posizione di supporto all'organo di governo, fornisce le proprie conclusioni "agli *amministratori* ai fini della verifica dello stato di attuazione degli obiettivi programmati ed ai *responsabili dei servizi* affinché questi ultimi abbiano gli elementi necessari per valutare l'andamento della gestione dei servizi di cui sono responsabili" (artt. 39-41 d.lgs. n. 77/1995 poi artt. 196-198 d.lgs. n. 267/2000). Successivamente, per rafforzare la pregnanza e il presidio del controllo di gestione, ai due soggetti sopraccitati è stata aggiunta la corte dei conti (art. 198bis d.lgs. n. 267/2000, introdotto dal decreto-legge 12 luglio 2004 n. 168 convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 2004, n. 191).

Ciò detto, è opportuno ribadire che il controllo di gestione non è che un metodo di valutazione e più precisamente un metodo di valutazione in itinere al quale si devono affiancare altri metodi e strumenti per definire un complessivo ciclo di valutazione.

Su questo versante il processo di trasformazione amministrativa è intervenuto solo successivamente, attraverso un dispositivo destinato a mettere ordine nell'universo dei controlli interni.

Si tratta del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 attuativo dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. Bassanini uno). Significativamente, questa disciplina, sebbene sia stata in seguito per gran parte trasposta nel d.lgs. n. 267/2000, non è immediatamente vincolante per i governi locali (art. 1 comma 3).

Si prevedono quattro differenti tipi di controlli interni:

- a) *Controllo di regolarità amministrativa e contabile*, affidato agli organi di revisione ovvero agli uffici di ragioneria. Lo scopo è di garantire la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa.
- b) *Controllo di gestione*, per verificare "l'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati" (controllo in itinere).

- c) *Valutazione delle prestazioni del personale con qualifica dirigenziale.* Valutazione ex post che nella maggior parte dei casi viene svolta con cadenza annuale da parte di un apposito *nucleo di valutazione*, anch'esso in posizione di supporto dell'esecutivo, per la distribuzione delle quote di salario aggiuntivo o accessorio e il supporto per una eventuale revoca dell'incarico per il mancato raggiungimento degli obiettivi. Ciò presuppone una forte integrazione fra attività del nucleo di valutazione e risultati del controllo di gestione, sebbene le due sfere d'azione vadano tenute distinte.
- d) *Controllo strategico* inteso a valutare ex post "l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, programmi ed altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi predefiniti" (art. 1 comma 1 d.lgs. n. 286/1999 poi art. 147 comma 1 d.lgs. n. 267/2000).

Si tratta del più rilevante strumento, almeno dal punto di vista formale, per supportare l'attività di programmazione strategica attraverso un controllo teso ad elaborare un giudizio sintetico e aggregato della performance dell'intera organizzazione. L'articolo 6 comma 2 del d.lgs. n. 286/1999 che non è stato successivamente trasposto nel d.lgs. n. 267/2000 prevede che "gli uffici ed i soggetti preposti all'attività di valutazione e controllo strategico riferiscono in via riservata agli organi di indirizzo politico", supportando l'organo di indirizzo politico anche per la valutazione dei dirigenti.

In effetti, così come previsto dal d.lgs. n. 267/2000, il controllo strategico dovrebbe rappresentare uno strumento di raccordo funzionale e di ricognizione complessiva tra giunta e consiglio comunale, essendo peraltro previsto che l'organo consiliare provveda con delibera ad effettuare la ricognizione sullo stato di attuazione dei programmi (art. 193 comma 2 d.lgs. n. 267/2000).

Nell'ambito del controllo strategico, infine, può farsi rientrare anche il collegio dei revisori, un organo di revisione economico-finanziario formato da tre componenti eletti (con voto limitato a due) dal consiglio comunale. Per le sue caratteristiche e attribuzioni, questo organo (inizialmente previsto dalla l. n. 142/1990, successivamente modificato dal d.lgs. n. 77/1995 e configurato infine come descritto dal d.lgs. n. 267/2000, artt. 234-241) può essere considerato uno strumento operativo del consiglio nell'espletamento delle sue funzioni, sebbene la possibilità, se prevista dallo statuto, di partecipare alle riunioni dell'organo esecutivo (art. 239 comma 2 d.lgs. n. 267/2000) ingeneri il rischio di coinvolgere il collegio nelle deliberazioni della giunta che dovrebbero, invece, essere oggetto di controllo¹⁵.

Delineato il complessivo quadro del ciclo di valutazione nelle amministrazioni locali, resta da aggiungere che ai governi locali è stata riservata la possibi-

¹⁵ F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova 2006.

lità di organizzare i quattro tipi di controllo (eccettuata la disciplina sul collegio dei revisori) “nell’ambito della loro autonomia normativa ed organizzativa” (art. 147 comma 1 d.lgs. n. 267/2000), potendo effettuarla “anche in deroga agli altri principi di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286” (art. 147 comma 3 d.lgs. n. 267/2000).

Ciò detto, la ricostruzione sia pur schematica della configurazione della gestione strategica a livello locale evidenzia la sua fisionomia complessa e il carattere assai flessibile della sua organizzazione, con i nodi problematici e le potenziali criticità a cui i governi locali sembrano esposti.

Anzitutto, l’autonomia normativa e organizzativa che consente ai singoli enti di strutturare il sistema dei controlli interni nei modi ritenuti più idonei, se da un lato si pone come un principio coerente con la valorizzazione dell’autonomia come responsabilità, dall’altro espone il sistema ad assumere una fisionomia più formale che sostanziale. Infatti, in un contesto di progressiva riduzione delle risorse economiche di comuni per lo più di piccole dimensioni, è abbastanza prevedibile che la predisposizione di strumenti adeguati a supportare un ciclo di programmazione e valutazione possa non rappresentare una priorità, tenuto conto delle professionalità necessarie a fronte di una ben radicata cultura amministrativa (sia della classe politica che di quella burocratica) poco o per nulla incline ai principi del nuovo paradigma.

Un secondo fronte problematico è quello che concerne il grado di trasparenza dei risultati della gestione e, dunque, della valutazione. Se, infatti, il ciclo di valutazione deve intendersi come strettamente associato al ciclo di programmazione, quale strumento di supporto per la razionalità dei decisori, è altrettanto vero che a livello locale l’assemblea consiliare rimane “l’organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo” (art. 42 d.lgs. n. 267/2000). Per questa ragione, il sistema di controlli interni non dovrebbe configurarsi come uno strumento appannaggio esclusivo dell’organo esecutivo. D’altra parte, è lo stesso art. 198 del d.lgs. n. 267/2000 a stabilire che, per quanto attiene lo stesso controllo di gestione, i risultati vengono trasmessi agli *amministratori*, essendo i consiglieri definiti tali dallo stesso articolo 77 del d.lgs. n. 267/2000. Quanto al controllo strategico si è già detto. Basti solo aggiungere che le risultanze dell’attività del nucleo di valutazione potrebbero andare bene al di là di “una generica comunicazione al consiglio delle risultanze finali della valutazione che sono, evidentemente, pubbliche, spingendosi fino a prevedere la possibilità di interagire durante l’attività valutativa”¹⁶.

Detto altrimenti, l’attività dell’ufficio del controllo di gestione, del nucleo di valutazione e del collegio dei revisori potrebbe rappresentare uno strumento di

¹⁶ F. PINTO, *Brevi considerazioni sullo stato delle autonomie locali*, relazione presentata al Convegno su “Autonomie locali, garanzie di legalità e sana gestione”, Luiss, Roma 2004.

supporto, non soltanto dell'attività strettamente esecutiva, ma anche di quella di indirizzo politico attribuita al consiglio, finendo dunque per inquadrarsi come fondamentale elemento di supporto e di stimolo per l'attività dell'opposizione.

Una prospettiva probabilmente quasi inesplorata, essendo peraltro, in ragione della loro connotazione di staff, tutti gli organi suddetti diretta emanazione dell'esecutivo e della maggioranza.

3. *Indirizzo politico e gestione amministrativa: distinzione funzionale e subordinazione strutturale*

Le innovazioni introdotte nell'organizzazione e nel processo politico-amministrativo, essendo fondate sui principi della contrattualizzazione e della gestione strategica, pongono in posizione di assoluta centralità il ruolo dei *dirigenti*, quali agenti responsabili (e perciò interpreti flessibili) della implementazione delle politiche e, in ultima analisi, della realizzazione dei "contratti" stipulati attraverso il raggiungimento di punti di equilibrio tra il loro "giudizio di fatto" e il "giudizio di valore" dell'indirizzo politico.

Ebbene, in coerenza con il complessivo processo di riforma, nel corso degli anni novanta altrettanto profonde sono state le modifiche che hanno investito il delicatissimo versante dei rapporti tra ruolo politico e ruolo amministrativo. Ancora una volta, una schematica ricostruzione dei passaggi cruciali fornisce il necessario supporto d'orientamento.

Il punto di avvio può individuarsi ancora nella l. n. 142/1990 che introduce il principio di distinzione tra sfera di indirizzo politico e sfera di gestione amministrativa. Meno noto è il fatto che la stessa legge, oltre a sancire la responsabilità diretta dei dirigenti in relazione agli obiettivi dell'ente nell'ambito della correttezza amministrativa e dell'efficienza di gestione (art. 51 comma 4), introduce il principio della *temporaneità* degli incarichi dirigenziali, lasciando all'autonomia statutaria la facoltà di disciplinare le modalità e i termini dell'attribuzione. La legge disciplina, invece, più dettagliatamente le modalità di *rinnovo* e di *revoca*, stabilendo che debbano essere disposti con provvedimento motivato contenente nel primo caso la valutazione (positiva) dei risultati ottenuti dal dirigente, in relazione al conseguimento degli obiettivi e all'attuazione dei programmi, nonché al livello di efficienza ed efficacia raggiunto dai servizi dell'ente da lui diretto, nel secondo caso la specificazione della inadeguatezza del livello dei risultati conseguiti dal dirigente (art. 51 comma 6).

Tenuto conto che la dirigenza negli enti locali è stata istituita soltanto nel 1983 (decreto del Presidente della Repubblica 25 giugno 1983, n. 347) con una disciplina che prevedeva il solo esercizio delle competenze delegate dagli amministratori, usualmente ben poco inclini a privarsi anche dei più piccoli spazi di potere, la nuova disciplina introduce elementi alquanto innovativi, lasciando

tuttavia alla autonomia statutaria di ogni singolo ente la cruciale facoltà di disciplinare il potere di nomina e la durata degli incarichi.

Questo assetto muta radicalmente nel 1993. Significativamente, non ancora trascorsi due mesi dall'emanazione del già citato d.lgs. n. 29 che estende la distinzione tra sfera di indirizzo e sfera di gestione a tutta l'amministrazione e limita ulteriormente la competenza degli organi di direzione politica, la legge 25 marzo 1993, n. 81 attribuisce il complessivo potere di nomina dei dirigenti amministrativi ai nuovi sindaci direttamente legittimati dal voto popolare, preservando così di fatto il ruolo gestionale della sfera politica¹⁷. Resta in vigore la disciplina dei termini (affidata agli statuti), del rinnovo e della revoca, così come prevista dalla l. n. 142/1990¹⁸.

Seguendo la direttrice della nuova centralità sindacale e, almeno parzialmente, dei nuovi principi di gestione strategica, la configurazione del rapporto tra ruolo politico e amministrativo viene ulteriormente precisata e definita dalla legge 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. "Bassanini due").

Anzitutto, la legge sullo "snellimento delle procedure amministrative e dei procedimenti di decisione e di controllo", innova profondamente la disciplina riguardante la dirigenza apicale, introducendo la figura di origine statunitense del direttore generale o *city manager*, e modificando in profondità quella del segretario generale. Quest'ultimo non è più un funzionario statale nominato dal prefetto, bensì un dipendente di un'agenzia di diritto pubblico nominato dal sindaco nell'ambito di un albo che ne garantisce la professionalità. Ad egli spetta il compito di sovrintendere alla gestione dell'ente e di svolgere funzioni di collaborazione e assistenza giuridico-amministrativa nei casi in cui non venga nominato il direttore generale. Diversamente, nei comuni in cui il sindaco decida di nominarlo (quelli maggiori di 15.000 abitanti ovvero con popolazione minore ma che convenzionati raggiungono la soglia dei 15.000 abitanti), al direttore generale spettano tutte le funzioni gestionali e manageriali.

In questi casi, peraltro molto frequenti nei comuni maggiori, il ruolo del segretario risulta fortemente ridimensionato, finendo con l'assumere una fisionomia prettamente giuridico-formale e notarile.

Posto che la nuova disciplina consente anche di attribuire l'incarico di direttore generale allo stesso segretario generale, la nuova figura appare del tutto coerente con l'impianto della riforma, svolgendo, attraverso un rapporto pretta-

¹⁷ F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, cit., 190.

¹⁸ Più precisamente, l'art. 13 comma 1 della l. n. 81/1993 prevede l'introduzione del comma 5-ter all'art. 36 della l. n. 142/1990, talché "il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dall'articolo 51 della presente legge, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali".

mente fiduciario con il vertice politico, una fondamentale funzione di “snodo tra chi ha il compito di definire gli obiettivi e chi ha la responsabilità di realizzarli”¹⁹. Quanto al segretario generale, il nuovo ruolo appare significativamente ridimensionato. In particolare, nel caso in cui non venga nominato il direttore generale, egli conserva le sue attribuzioni di sovrintendenza allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti, coordinandone l’attività, ma in una posizione di dipendenza fiduciaria (sebbene siano previste significative restrizioni alla revoca anticipata) ben diversa dalla posizione concorrente e competitiva occupata nel passato. Nel caso in cui venga invece nominato un direttore generale, il ruolo del segretario generale viene ridotto a quello di consulente giuridico, al più, competente guardiano delle procedure al servizio dell’assemblea elettiva²⁰. In una tale fattispecie la nomina fiduciaria da parte del sindaco ci appare però evidentemente incongrua, impedendo di fatto al segretario di assumere una vera funzione di garante *super partes* in un contesto che per di più ha visto pressoché scomparire i controlli esterni di legittimità.

L’altro ambito sul quale interviene la l. n. 127/1997 è quello della disciplina del potere di nomina dei dirigenti da parte del sindaco. Più in particolare, si precisa che tutti gli incarichi sono conferiti dal sindaco a tempo determinato con provvedimento motivato, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco. Le nomine sono revocate in caso di inosservanza delle direttive del sindaco, della giunta o dell’assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati nel piano esecutivo di gestione, o per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro.

Inoltre, l’incarico può essere attribuito prescindendo dalla precedente assegnazione a seguito di concorsi e può altresì esser attribuito mediante contratti a tempo determinato stipulati al di fuori della dotazione organica dell’ente, nella misura del 5% della dotazione organica della dirigenza lì dove è prevista o della dotazione organica complessiva, in assenza di professionalità analoghe, in tutti gli altri enti. Non è prevista una durata minima del contratto, mentre la durata massima coincide con quella di permanenza in carica del sindaco.

Seguendo la lettera di questa disciplina possono individuarsi almeno tre tipi di figure dirigenziali:

- vincitori di concorso con qualifica dirigenziale “confermati” dal sindaco in un incarico dirigenziale;
- responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla qualifica funzionale, nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale;

¹⁹ F. GIROTTI, *Amministrazioni pubbliche*, cit., 161.

²⁰ L. VANDELLI, *Il governo locale*, Bologna 2000.

- incaricati con contratto a tempo determinato di diritto pubblico o di diritto privato.

Infine, sempre in coerenza con la nuova centralità assunta dall'esecutivo, la legge prevede la possibilità di costituire *uffici di staff* alle dirette dipendenze del sindaco, della giunta o di singoli assessori per l'esercizio delle funzioni di indirizzo e controllo. Tali uffici sono formati da dipendenti della stessa amministrazione o da collaboratori assunti con contratto a tempo determinato.

L'insieme delle disposizioni sin qui citate è stato poi integralmente trasposto nel d.lgs. 267/2000.

Dunque, il sistema dei rapporti tra ruolo politico e amministrativo, così come risulta dal complessivo processo di riforma appena descritto, si iscrive pienamente nella categoria dello *spoils system*. A differenza di quanto avvenuto negli altri livelli di governo, a livello locale il potere di nomina affidato ai sindaci determina un rapporto fiduciario quasi del tutto discrezionale con il *management* (*top e middle*). Detto altrimenti, rispetto a designazioni arbitrarie la normativa predispone barriere palesemente insufficienti²¹, sia sotto il profilo dell'ampiezza del potere di *nomina*, sia sotto quello della durata e della facoltà di *revoca*. In particolare, se da un lato il potere di nomina attribuito al sindaco non risulta temperato da precisi requisiti di professionalità, né dal vaglio di organismi neutrali, dall'altro la fissazione della durata minima dei contratti è affidata al regolamento degli uffici, così come la disciplina della revoca che dovrebbe stabilire un rapporto tra il ruolo degli organismi di valutazione e la discrezionalità dell'organo politico, ma appare evidente come "la normativa sia sotto questo profilo laconica"²², lasciando l'investitura fiduciaria del tutto priva del contrappeso (almeno) della garanzia di stabilità.

Un sistema di rapporti così delineato può essere interpretato in diversi modi. Si può ritenere che la fiduciarità giochi un ruolo così rilevante in ragione della più stretta contiguità tra politica e amministrazione che caratterizzerebbe il livello locale, tanto da giustificare "l'attivazione di un management pubblico con caratteristiche più vicine, anche se non identiche, all'esperienza dell'impresa privata"²³, o, ancora, che la scelta dei dirigenti sia funzionale alla responsabilizzazione degli apparati di governo, seppure suscettibile di aggiustamenti. Resta tuttavia il carattere spiccatamente fiduciario di un rapporto di cooptazione fondato sullo *spoils system*, con il decisore dirigenziale subordinato al politico e da esso dipendente.

Un assetto che appare in stridente contrasto con quel principio di distinzio-

²¹ C. PINELLI, *Ministri, dirigenti e amministrazioni. Uno sguardo costituzionale sulla nuova disciplina*, in "Le istituzioni del federalismo", n. 5, 1998.

²² G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna 2000, 133.

²³ R. D'AMICO, *Il manager pubblico nell'ente locale*, Milano 2001, 13.

ne/separazione così nettamente sancito sin dall'inizio degli anni novanta²⁴. Si direbbe che nel disegno di riforma del rapporto tra ruolo politico e amministrativo a livello locale sia stata praticata una netta cesura tra il piano funzionale e quello strutturale del rapporto, con una marcata distinzione sul primo e una stretta dipendenza sul secondo, quasi che il piano strutturale potesse fare da contrappeso alla spiccata distinzione funzionale.

E tuttavia, non può sfuggire come una tale soluzione non si presti a produrre effetti rilevanti sul versante dell'autonomia della sfera gestionale. La subordinazione strutturale non può infatti che depotenziare (fino al limite di neutralizzarne gli effetti) la distinzione funzionale, trasformando il dirigente nella "*longa manus* del politico (...), fatto che permette a quest'ultimo di sovrintendere anche al processo di attuazione"²⁵. Un effetto per di più amplificato dalla tradizionale arretratezza culturale e professionale dei dirigenti, avvezzi per lo più a non opporre resistenza alle sistematiche inframmettenze della sfera politica²⁶.

Un principio funzionale alla gestione strategica, quale il rapporto fiduciario e responsabile da instaurarsi tra il vertice politico e un manager incaricato di coordinare il processo di programmazione e definizione degli obiettivi, è invece stato esteso a tutti i livelli della dirigenza, finendo così di fatto per minare lo stesso recupero di efficienza perseguito dalla riforma manageriale, tanto da indurre taluni a ritenere la stessa riforma finalizzata a coprire la politicizzazione dell'amministrazione²⁷.

Se la struttura fattuale dei rapporti nella fase precedente alle riforme si configurava come fiduciaria e clientelare, la nuova configurazione strutturale si presenta come ancor più marcatamente fiduciaria, essendo la discrezionalità e la subordinazione previsti per legge e disciplinati da regolamenti comunali. Ed allora, se l'intenzione era quella di perseguire la responsabilità e la capacità gestionale dei dirigenti sussumendo nella sua interezza il modello di rapporti privatistico, l'esito più probabile da ipotizzare è quello di un rafforzamento del carattere fiduciario-clientelare e di politicizzazione lì dove era già diffuso, e una estensione di questo modello ad altri contesti in precedenza meno inclini ad una connotazione spiccatamente fiduciaria²⁸.

²⁴ Il principio è stato in ultimo ribadito e ulteriormente precisato nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 attuativo dell'art. 1 comma 8 della legge 24 novembre 2000, n. 340.

²⁵ A. LIPPI, M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, cit., 144.

²⁶ G. CAPANO, *L'evoluzione storica della pubblica amministrazione*, in *La pubblica amministrazione in Italia*, a cura di G. Capano e A. Gualmini, Bologna 2006, 27-55; E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari 2003.

²⁷ N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino 1999.

²⁸ I primi riscontri empirici di una tale ipotesi sono in fase di rielaborazione dopo la conclusione della campagna di ottanta interviste semistrutturate effettuate da chi scrive con amministratori e manager (*top e middle*) di sedici comuni italiani nell'ambito della ricerca su *Processi evolutivi dei governi municipali nella transizione italiana* condotta presso il dipartimento studi su politica, diritto e società dell'università di Palermo.

Concludiamo questa panoramica con un riferimento alla sentenza della corte costituzionale n. 103 del 19 marzo 2007, che a livello nazionale ha posto in discussione il principio di decadimento automatico delle cariche allo scadere della legislatura o per decisione legislativa (art. 3 comma 7 legge 15 luglio 2002, n. 145). Più in particolare, per quel che attiene l'ambito del quale stiamo trattando, di grande rilievo ci appare il contenuto della massima 31165 in riferimento alla medesima sentenza: "la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità, all'esito di un processo di garanzia puntualmente disciplinato. È necessario che sia comunque garantita la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterne le ragioni per cui ritiene di non consentire la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista e, dall'altro, sia assicurata al dirigente la possibilità di far valere il diritto di difesa, nel rispetto dei principi del giusto procedimento, finalizzati a garantire scelte trasparenti e verificabili, in ossequio al precetto dell'imparzialità dell'azione amministrativa".

D'altra parte, la stessa ipotesi parrebbe almeno in parte suffragata anche dai risultati di altre due diverse ricerche condotte, rispettivamente, all'inizio del processo di riforma e dopo circa otto anni. La prima, di V. Belotti e M. Maraffi (*Ceto politico e dirigenza amministrativa nei comuni italiani*, Bologna 1994), con riferimento alle trasformazioni introdotte dalla l. n. 142/1990 rivela come il ceto politico locale settentrionale, coerentemente con lo spirito della riforma, sia molto più propenso ad approvare i principi di responsabilizzazione e professionalizzazione dei dirigenti. A ciò deve aggiungersi che oltre l'80% degli amministratori meridionali preferirebbe un funzionario interno per un incarico rilevante, contro appena il 31% dei colleghi settentrionali. Secondo gli autori una così macroscopica differenza sarebbe da attribuirsi al fatto che gli amministratori meridionali, in primo luogo i democristiani del tempo, non siano affatto interessati a fare emergere dirigenti autonomi e responsabilizzati, quindi meno subordinati al potere politico. Quasi paradossalmente, nella sua prima versione, la temporaneità degli incarichi e il potere di nomina sono percepiti come potenzialmente destabilizzanti di un assetto fiduciario ben collaudato. È tuttavia plausibile ritenere che l'ampiezza della relazione fiduciaria introdotta a partire dalla l. n. 81/1993 abbia ridimensionato i timori di molti amministratori meridionali.

Il secondo studio, di R. Lewanski e S. Vassallo (*I nuovi dirigenti comunali. Interni o esterni: fa differenza?*, in RIPP, n. 1, 2002, 99-135), indagando sulle possibili differenze tra dirigenti "interni" (con qualifica dirigenziale in pianta organica) e dirigenti "esterni" (contrattualizzati), fornisce alcune altre indicazioni significative. In particolare:

- oltre il 45% dei dirigenti "esterni" intervistati individua nella fiducia personale la principale motivazione che avrebbe influito nella attribuzione dell'incarico, a fronte di un dato poco superiore al 40% fra gli "interni";
- universalmente, i politici risultano essere coloro che più di ogni altro si sarebbero attivati per l'affidamento dell'incarico (agli interni) o la stipula del contratto (per gli esterni). Significativamente però, questa risposta è fornita da circa il 75% dei dirigenti (sia interni che esterni) in Campania, mentre in Lombardia gli esterni che forniscono questa risposta sono il 63%, a fronte di una quota di interni che non arriva al 35%.

Detto altrimenti, il rapporto fiduciario che caratterizzava il precedente assetto risulterebbe pressoché immutato, con l'aggravante di una diffusione territoriale ben più estesa ed omogenea.

Il raffronto con la disciplina del rapporto tra vertici politici e amministrativi a livello locale pone in evidenza tutti i limiti e le potenziali criticità dell'attuale configurazione, ma anche i non pochi correttivi che potrebbero apportarsi. Se la funzione di indirizzo politico può ricevere un valido supporto tecnico e strategico dal direttore generale e dagli uffici di staff, la funzione gestionale potrebbe essere svincolata da una rigida relazione fiduciaria attraverso, ad esempio, l'istituzione di un albo dei dirigenti, la preselezione dei candidati, l'attribuzione del potere di proposta/nomina al direttore generale, la ratifica consiliare delle nomine, una disciplina uniforme della durata minima dei contratti, una disciplina della responsabilità saldamente ancorata a procedure di garanzia e valutazioni oggettive.

Nulla di rivoluzionario, visto che molti di questi contrappesi sono già previsti a livello nazionale²⁹. Ciò implicherebbe, non di meno, la messa in discussione del rigido assioma del binomio distinzione funzionale/dipendenza strutturale, discutibile sul piano pratico e teorico, ma certamente assai seducente per una classe politica la cui prossimità ad una cultura incentrata sul rapporto fiduciario è forse ancora troppo elevata.

²⁹ Con riferimento alla disciplina che regola il potere di nomina a livello centrale si veda il decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

Le ordinanze di «Ordinaria Amministrazione» del Sindaco* (*spunti problematici*)

di Stefano Villamena

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Recenti interventi in materia: legge (e successivo decreto) sulla sicurezza pubblica del 2009. Nuove ipotesi di ordinanza sindacale, il caso delle «ordinanze per attivare le ronde». - 3. ... legittimazione del nuovo potere d'ordinanza «di ordinaria amministrazione» da parte della Corte costituzionale. - 4. Sindaco come tutore della «sicurezza urbana» attraverso il principio di sussidiarietà. - 5. Lacune normative e flessibilità applicativa del dato giuridico. - 6. «Sicurezza urbana»: un ambito di competenza incerto. - 7. Il tradizionale limite dell'urgenza del provvedere oramai vacilla. - 8. Ordinanze di «ordinaria amministrazione»: rischi di sovrapposizioni (e di conflitti) fra Sindaco e dirigenti anche rispetto al bene «pubblica incolumità». - 9. ... vulnus al principio della separazione fra sfera politica e sfera burocratica. - 10. ... ordinanze di «ordinaria amministrazione» e potere regolamentare comunale. - 11. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Ridurre il senso di insicurezza sociale, prevenire (e contrastare) situazioni di disagio nelle vie, nelle piazze, nei parchi, nei mezzi pubblici, nelle scuole, nei mercati e negli ospedali. Così possono essere sintetizzati gli obiettivi politici dell'intervento legislativo del 2008, che ha dotato i Sindaci di maggiori poteri mediante la riscrittura dell'art. 54 del d.lgs. n. 267/2000 (di seguito TUEL)¹. Per

* Il presente lavoro costituisce la rielaborazione aggiornata e riveduta della relazione tenuta nel Convegno «*Insicurezza sociale e politiche di sicurezza urbana. Il diritto penale "municipale"*», che si è svolto presso l'Università degli Studi di Macerata il 26 marzo 2009. Gli Atti del Convegno, con scritti di M. Pavarini, C. Ruga Riva e S. Villamena, saranno pubblicati nel volume curato da R. ACQUAROLI, *Insicurezza sociale e politiche di sicurezza urbana. Il diritto penale "municipale"*, edizioni Eum, 2009 (in corso di pubblicazione).

¹ Si tratta del decreto legge n. 92/2008 «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica», convertito dalla legge n. 125/2008. Utile strumento per cogliere, già ad una prima lettura, la portata della riforma introdotta nel 2008 è rappresentato dai «dossier» redatti dal Servizio studi del Senato – Ufficio ricerche sulle questioni istituzionali sulla giustizia e sulla cultura. Tra questi segnaliamo il dossier n. 33 (luglio 2008) poiché rappresentativo anche della sintesi dei dossier precedenti (specialmente dei

l'Esecutivo nazionale², cui si deve la relativa proposta legislativa, il Sindaco dovrebbe assumere il ruolo di tutore della sicurezza locale³, che così si candida a divenire «funzione fondamentale dei Comuni», in attuazione dell'art. 117, comma 2, lett. *p*, della Costituzione. La sicurezza di *area vasta* continua invece a spettare alle autorità dello Stato centrale tradizionalmente investite di questo compito⁴.

A seguito della modifica del 2008 è scaturita una prima riflessione dottrinale che ha interessato le due disposizioni che più direttamente si occupano del potere d'ordinanza sindacale⁵, disposizioni che conviene fin da subito ricordare.

dossier nn. 9 e 14 dello stesso anno), dando conto degli obbiettivi degli organi parlamentari e governativi rispetto la *dotazione* di nuovi poteri in tema di sicurezza urbana a favore del Sindaco (la parte di maggiore interesse del dossier n. 33 cit. è contenuta nelle pp. 87-96). I dossier sono tutti reperibili nel sito *web* senato.it. Tra i primi commentatori nella dottrina pubblicistica vedi: G. CAIA, "Incolmata pubblica" e "sicurezza urbana" nell'amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.), in Rivista *web* giustamm.it; L. Vandelli, *I poteri del sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 del t.u.e.l.*, in sito *web* regione.emilia-fomagna.it; GIUSEPPE NAPOLITANO, *Sicurezza urbana, ruolo del sindaco e delle polizie municipali nella visione del "pacchetto sicurezza"*. Come cambia l'articolo 54 del D.lgs 18 agosto 2000 n° 267, tra aspettative e grandi perplessità, in Rivista *web* giustamm.it; infine, E. Maggiora, *Le ordinanze negli enti locali*, Milano, 2008, pp. 391 ss. Ulteriori indicazioni bibliografiche saranno fornite nel corso della trattazione.

² Con la riforma del 2008 cit., il Governo introduce anche una serie di altre innovazioni che dovrebbero essere utili (almeno dal punto di vista dell'Esecutivo) al perseguimento del bene «sicurezza pubblica». Tra queste segnaliamo talune modifiche in materia di diritto penale sostanziale (in tema di immigrazione, associazione di tipo mafioso, falsità sull'identità, disciplina del codice della strada e sulle sanzioni patrimoniali) nonché in materia di diritto processuale penale (in tema di misure di prevenzione e di reati informatici, distruzione dei beni sottoposti a sequestro, giudizio direttissimo e regime carcerario per il clandestino). Sul punto, con riferimento specifico ai profili penali e processuali, rinvio al volume AA. VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), Torino, 2008. Per una trattazione analoga a quella appena indicata, ma relativa anche a profili di diritto amministrativo, vedi AA. VV., *Il decreto sicurezza*, A. Scalfati (a cura di), Torino, 2008, con saggio di W. GIULIETTI, *Ampliamento delle funzioni del sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio*, pp. 307 ss.

³ Sul punto – anche se precedente alla riforma del 2008 – mi sembra di grande interesse il lavoro di carattere sia giuridico sia sociologico di M. PAVARINI, *Il governo del bene pubblico della sicurezza. Analisi di fattibilità – Rapporto di sintesi*, Bologna: dicembre 2005, reperibile sul sito web.nuovamente.org/docs/pavarini.php. Con tale lavoro si approfondisce il caso della città di Bologna. Dello stesso Autore citi vedi anche *L'aria delle città rende (ancora) liberi?* "Dieci anni di politiche locali di sicurezza", in M. PAVARINI (a cura di), *L'amministrazione locale della paura*, Roma, 2006, pp. 11 ss.

⁴ Sulla necessità di ricercare in questo ambito «un equilibrio nella distribuzione delle competenze, rifuggendo da soluzioni di semplice effetto», vedi G. CAIA, *L'amministrazione della pubblica sicurezza e le forze di polizia: l'assetto delle competenze ed il coordinamento in relazione ai recenti interventi normativi*, in sito *web* www2.iperbole.bologna.it/bologna/prefurp/documenti/inviti/4_Caia.pdf. Sul «diritto alla sicurezza» in generale, ma anche con riferimento alla ripartizione di competenze legislative e amministrative fra i diversi livelli di governo, vedi S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 747 ss.

⁵ In alcune riviste scientifiche è stato posto l'accento in merito alla necessità di aprire un dibattito su tale argomento. Ciò, non solo per la delicatezza e complessità dei profili giuridici che

Ai sensi del comma 4, del nuovo art. 54 TUEL, il Sindaco è legittimato ad adottare ordinanze «anche» contingibili e urgenti, per prevenire (o eliminare) gravi pericoli che minacciano l'«incolumità pubblica» e la «sicurezza urbana». Ai sensi del comma 4-*bis* dello stesso art. 54, invece, si riserva ad un regolamento del Ministro dell'interno la specificazione degli ambiti d'applicazione (nonché la definizione) delle materie «incolumità pubblica» e «sicurezza urbana».

Da quanto appena richiamato emerge anzitutto la conferma delle tradizionali ordinanze contingibili ed urgenti – seppur con l'aggiunta della «sicurezza urbana» come presupposto che legittima il relativo potere – ma, nondimeno, a causa dell'utilizzo del termine «anche» nel comma 4 citato (vedi *supra*), emerge l'introduzione *ex novo* delle c.d. ordinanze ordinarie (o di «ordinaria amministrazione»⁶), vale a dire ordinanze prive del carattere/requisito della contingibilità e dell'urgenza.

A questa seconda tipologia sarà dedicato il presente contributo. Rispetto a ciò, il piano d'indagine consisterà: a) sommaria ricostruzione della situazione complessiva che scaturisce dalla riforma del 2008 (v. par. 4, 5 e 6), e ciò senza ovviamente trascurare gli interventi normativi (vedi par. 2) e giurisprudenziali (v. par. 3) in materia approvati nel 2009; b) analisi più specifica di talune peculiarità concernenti le «ordinanze ordinarie» (o di «ordinaria amministrazione»): b1) con riferimento al venir meno del tradizionale limite/presupposto costituito dall'«urgenza» del provvedere (vedi par. 7); b2) con maggiore pregnanza (trattandosi di un profilo più specifico, forse un poco trascurato) con riferimento alle «ordinanze ordinarie» in tema di «incolumità pubblica», cioè a dire di quelle particolari ordinanze relative ad una materia classica, perché già propria del potere di ordinanza sindacale⁷, che si collegano però ad un elemento nuovo, cioè alle anzidette «ordinanze ordinarie»⁸. Ed in effetti, forse nell'impeto di dotare i Sindaci di nuovi e maggiori poteri per contrastare il degrado urbano (da qui la materia «sicurezza urbana»), il Legislatore del 2008 ha attribuito ai Primi citta-

risultano essere tradizionalmente coinvolti in questo ambito specifico, ma anche perché è di prossima adozione il nuovo codice delle autonomie locali. Si richiama a tale esigenza V. ITALIA, *Il Sindaco sceriffo ed il baricentro politico amministrativo dell'ente locale*, in *Nuova rass.*, n. 16, 2008, p. 1617. Nella rivista indicata sono poi seguiti i contributi di E. MAGGIORA, *Le nuove ordinanze di necessità del Sindaco*, *ibidem*, n. 2, 2009, pp. 177 ss. ed ancora di V. ITALIA, *Le nuove ordinanze dei Sindaci sulla sicurezza urbana e l'incolumità pubblica*, *ibidem*, n. 5, 2009, pp. 530 ss.

⁶ Questa è la definizione coniata dalla Corte costituzionale in una sua recente sentenza (vedi successivo par. 3).

⁷ Almeno a differenza di quelle in materia di «sicurezza urbana».

⁸ Come emergerà dall'inquadramento generale (vedi par. 4, 5 e 6) larga parte delle modifiche che hanno interessato la materia «sicurezza urbana» interessano anche, verrebbe da dire *a cascata*, la «pubblica incolumità». Le due materie, infatti, hanno ricevuto un trattamento normativo comune (legislativo e regolamentare) ove la cura dei due interessi pubblici («sicurezza urbana» e «pubblica incolumità») fosse riconducibile alla figura del Sindaco.

dini poteri nuovi anche in materia di «pubblica incolumità», determinando così ulteriori ricadute sui rapporti intercorrenti fra Sindaco, dirigenti e Consiglio comunale, che nel corso dell'analisi mi sforzerò di far emergere (v. parr. 8, 9 e 10).

2. *Recenti interventi in materia: legge (e successivo decreto) sulla sicurezza pubblica del 2009. Nuove ipotesi di ordinanza sindacale, il caso delle «ordinanze per attivare le ronde»*

Coerenti con il piano d'indagine sopra esposto, prima di diffondermi sulle specifiche tematiche oggetto di analisi, accennerò ad una serie di *novità* intervenute successivamente alla riforma del 2008.

Questa operazione potrebbe rendere poco lineare il percorso argomentativo. Infatti, la trattazione seppur sintetica di profili che esulano dallo specifico quadro del nuovo art. 54 TUEL, potrebbe far perdere di vista l'oggetto specifico dell'analisi. Tuttavia, come cercherò di dimostrare nel presente paragrafo (allo stesso modo di come tenterò di fare nel corso del paragrafo successivo), un tale elemento consentirà di cogliere con maggiore trasparenza un dato che mi sembra assai rilevante: i *mobili confini* del perimetro entro cui si colloca la materia in esame.

Successivamente alla riforma del 2008, una serie di vicende (soprattutto normative) hanno interessato il nuovo potere di ordinanza sindacale rendendo incerti i presupposti stessi della ricerca. Oggetto di incertezza e di mutazione non è la nuova formulazione dell'art. 54 TUEL, rimasta ferma a quella approvata nel 2008, bensì il quadro positivo che lo circonda (e lo ricomprende). Il tema della «sicurezza pubblica» (locale e di *area vasta*) è infatti oggetto di repentine modifiche, talune delle quali finiscono per interessare anche i poteri (ed il relativo ruolo) dei Sindaci in tema di «sicurezza» del territorio comunale cui sono a capo. Tale fenomeno naturalmente non sorprende se si tiene conto del grande interesse politico che riveste questa materia, da cui deriva la relativa instabilità a cagione dei continui aggiustamenti normativi frutto della mediazione politica fra partiti di governo nazionale⁹.

Un indicatore emblematico di quanto segnalato è costituito dalla recentissima legge sulla sicurezza pubblica, approvata il 15 luglio 2009 (l. n. 94/2009 – «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica»¹⁰). Questa legge – oltre a conferire al

⁹ La stessa considerazione potrebbe valere, del resto, anche per i governi regionali tenuto conto della oramai copiosa legislazione regionale in materia. Sul punto rinvio a L. MEZZETTI, *Ordine pubblico, sicurezza e polizia locale: il ruolo delle autonomie territoriali*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008, pp. 87 ss. Ancora, più in generale, è utile il rinvio all'intero n. 1 della Rivista appena indicata, dedicato al tema «Libertà e sicurezza».

¹⁰ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 170 del 24 luglio 2009, supplemento ordinario n. 128.

Sindaco nuovi poteri in tema di «indebita occupazione di suolo pubblico» allorché ricorrano «motivi di sicurezza»¹¹ – riconosce ai Sindaci stessi, previa intesa con il Prefetto, poteri nuovi in materia di «sicurezza» attraverso l'istituzione delle così dette *ronde*: «associazioni volontarie al presidio del territorio» (come denominate nei relativi atti parlamentari¹²) ovvero «associazioni di osservatori volontari» (come da ultimo denominate nel recente decreto del Ministro dell'Interno del 2009¹³, adottato in esecuzione della citata legge sulla sicurezza pubblica del 2009).

È proprio con riferimento alle *ronde* che il tema del potere d'ordinanza sindacale si pone oggi ancor più alla ribalta collegandosi con le previsioni dell'art. 54 TUEL (oggetto di questo studio). Ma è bene procedere con metodo.

L'art. 3, comma 40, della legge sulla sicurezza del 2009 citata fissa alcuni compiti di tali associazioni: i Sindaci, previa intesa con il Prefetto, possono avvalersene «al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale». A fronte di tali presupposti, le associazioni indicate possono essere definite come associazioni di *segnalazione*, nel senso che la loro *missione* specifica è quella di *osservare* la porzione di territorio loro affidata e segnalare alle forze dell'ordine eventuali casi di degrado o d'insicurezza urbana.

Nei commi successivi della stessa legge del 2009 (dal comma 41 al comma 44) si stabiliscono altre regole di maggiore dettaglio. Ad ogni modo, ciò che più rileva nell'economia di tale disciplina è il rinvio (comma 43) al già citato decreto del Ministro dell'Interno, al fine di determinare: «ambiti operativi, «requisiti per l'iscrizione», nonché «tenuta dei relativi elenchi» di tali associazioni.

Il decreto in parola è stato adottato l'8 agosto del 2009, ed è stato accompagnato – analogamente alla più volte richiamata legge sulla sicurezza del 2009 –

¹¹ Vedi art. 3, comma 16, l. n. 94/2009, cit.: «Fatti salvi i provvedimenti dell'autorità per motivi di ordine pubblico, nei casi di indebita occupazione di suolo pubblico previsti dall'articolo 633 del codice penale e dall'articolo 20 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, il sindaco, per le strade urbane, e il prefetto, per quelle extraurbane o, quando ricorrono motivi di sicurezza pubblica, per ogni luogo, possono ordinare l'immediato ripristino dello stato dei luoghi a spese degli occupanti e, se si tratta di occupazione a fine di commercio, la chiusura dell'esercizio fino al pieno adempimento dell'ordine e del pagamento delle spese o della prestazione di idonea garanzia e, comunque, per un periodo non inferiore a cinque giorni».

¹² Vedi il d.d.l. A.S. n. 733-B (maggio 2009), reperibile sul sito *web* camera.it. Va subito detto, a questo proposito, che la legge del 2009 cit., abbandona anche l'ultima denominazione indicata (vale a dire «associazioni volontarie al presidio del territorio») emersa, come appena ricordato, durante i lavori parlamentari. La disposizione approvata definitivamente (art. 3, comma 40, l. n. 94 cit.) parla, infatti, solo di «associazioni tra cittadini non armati», ma è di tutta evidenza che tale denominazione non è indicativa dello scopo cui tali figure associative sono preordinate: la denominazione è forse utile per indicare un *limite*, per il fatto di escludere l'uso delle armi, ma non certo a precisare la *missione* specifica di tali associazioni.

¹³ Recante norme in materia di «Associazioni di osservatori volontari», approvato l'8 agosto del 2009. Lo si può consultare sul sito *web* interno.it.

da una nota del Presidente della Repubblica con cui si criticava la prassi di procedere per mezzo di repentini e continui aggiornamenti normativi sulla stessa materia («sicurezza pubblica»)¹⁴. Secondo la nota presidenziale, infatti, tale prassi rischia di metter «in giuoco la qualità e sostenibilità del modo di legiferare», «contenuti, formulazione e struttura delle norme», prosegue la nota, «debbono poter essere “riconosciute” sia da chi ne è destinatario sia da chi deve darvi applicazione»¹⁵.

L'ammonimento del Capo dello Stato era chiaramente preordinato alla tutela del principio della certezza del diritto, che rischiava di essere svuotato di contenuti ove la qualità della normazione fosse risultata poco attenta ai profili tecnico-redazionali, ossia alla qualità di stesura delle leggi, ma soprattutto ove fosse poco attenta al profilo dell'organicità e sistematicità della sua formulazione¹⁶, fortemente alterata proprio dai continui interventi e aggiustamenti normativi: è solo attraverso la conoscibilità delle disposizioni (o alla «riconoscibilità» delle disposizioni stesse, come affermato dalla nota presidenziale) che si garantisce infatti la certezza del diritto¹⁷.

Nella nota presidenziale è dedicato un breve cenno alle *ronde*. Con riferimento al decreto del Ministro dell'Interno, cui la legge rinvia per la disciplina concreta della materia¹⁸, la nota presidenziale raccomanda la «rigorosa aderenza ai limiti segnati in legge» (si tratta naturalmente della legge n. 94/2009, citata più volte).

L'auspicio presidenziale alla «rigorosa aderenza» al superiore precetto legislativo non è stato tuttavia oggetto di attenzione da parte dell'organo ministeriale investito del relativo compito.

Per cogliere lo scostamento dalle previsioni legislative, basta guardare ai poteri riconosciuti al Sindaco in tema di utilizzo delle *ronde*, proprio in merito

¹⁴ Nota presidenziale del 15 luglio 2009, reperibile sulla Rivista *web* federalismi.it. La nota era rivolta al Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro della Giustizia e Ministro dell'Interno.

¹⁵ La stessa nota presidenziale richiama sul punto la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988.

¹⁶ Tale ultimo profilo, del resto, è ben rappresentato a livello generale dall'adozione di codici e di testi unici che hanno caratterizzato il nuovo millennio. Organicità e sistematicità del dettato normativo che non va in questo senso allorché si redige un articolo di legge suddiviso in molti commi, si pensi al caso visto sopra (art. 3, comma 40). Sulla qualità della normazione vedi, fra i molti, M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 2002. In una prospettiva più ampia, che travalica anche i confini nazionali, vedi A. ZITO, *Globalizzazione e concorrenza tra ordinamenti giuridici: il problema del miglioramento della qualità della normazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 343 ss.

¹⁷ Sulla certezza del diritto, specie con riferimento alle sue diverse nozioni, vedi M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, Torino, pp. 15 ss.

¹⁸ Utilizzando a questo proposito un metodo già sperimentato nella riforma dell'art. 54 TUEL (vedi par. 6).

alla questione cruciale relativa al se utilizzarle o meno. Secondo la legge sulla sicurezza urbana del 2009, tale scelta dovrebbe spettare congiuntamente a Sindaco e Prefetto (mediante un'intesa)¹⁹. Questa condivisione è però superata dal decreto ministeriale laddove stabilisce, mi pare in chiara violazione di legge, che la scelta spetti al Sindaco mediante ordinanza²⁰.

Anche nell'intervento del 2009 qui brevemente sintetizzato riemerge dunque con pregnanza il tema del potere d'ordinanza sindacale sulla «sicurezza urbana». In questo caso – come del resto in quello relativo alle modifiche al potere di ordinanza di cui all'art. 54 TUEL (oggetto di questa analisi) – l'innovazione introdotta pone evidenti perplessità. Perplessità e dubbi riconducibili non soltanto alla violazione di legge appena indicata.

Per darne conto è però necessario immaginare una diversa interpretazione della disciplina regolamentare relativa alle *ronde*. Stavolta al fine di adeguarla alla fonte legislativa superiore. Nei termini precisati si potrebbe argomentare che l'ordinanza con cui il Sindaco autorizza l'utilizzo delle *ronde* nel proprio territorio comunale, abbia natura di atto meramente formale. Tramite tale ordinanza il Sindaco stesso si limiterebbe semplicemente a recepire una precedente intesa intercorsa con il Prefetto. Non sfugge che, in questo modo, il dettato legislativo sarebbe salvo, poiché la previsione regolamentare sarebbe conforme al superiore precetto legislativo.

Tuttavia anche questa seconda ipotesi, pur coerente con il dato legislativo, pone non pochi interrogativi di ordine concettuale: che significato (e che utilità) avrebbe l'ordinanza adottata dal Sindaco volta semplicemente a confermare una decisione già presa in precedenza? Ma soprattutto che natura avrebbe tale ordinanza sindacale tenuto conto del fatto che il decreto ministeriale non specifica nulla a riguardo?

Mi limito a precisare, per non dilatare troppo il campo di indagine, che nel preambolo del decreto ministeriale del 2009 si richiama l'art. 54 TUEL (naturalmente come modificato nel 2008). Ciò potrebbe far pensare che l'ordinanza con cui il Sindaco decide di avvalersi delle *ronde* sia fra quelle contemplate nel comma 4 di tale articolo: ordinanza «contingibile ed urgente» ovvero in alternativa ordinanza «ordinaria» (nuova tipologia introdotta dalla riforma del 2008). Tale assunto

¹⁹ Alla luce dell'art. 3, comma 40 «I sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale».

²⁰ Ciò è quanto emerge chiaramente dall'art. 3 del decreto ministeriale del 2009 cit., secondo cui: «Il sindaco che intenda avvalersi, ai sensi dell'art. 3, comma 40 della legge 15 luglio 2009, n. 94, della collaborazione di associazioni di cui all'art. 1 emana apposita ordinanza con la quale formalizza la propria volontà di ricorrere alle associazioni di osservatori volontari, identificando gli ambiti per i quali intenda utilizzarle, con le modalità di cui all'art. 2».

sarebbe inoltre confermato dal fatto che, la sola ordinanza espressamente richiamata nel decreto del 2009 qui in discorso, è quella che attribuisce al Sindaco il potere di avvalersi delle *ronde* (v. art. 3), ragion per cui il richiamo all'art. 54 TUEL riguarderebbe il potere d'ordinanza previsto nello stesso articolo 54.

Tutto ciò considerato ed ammesso che l'ordinanza per attivare le *ronde* sia da ricercarsi fra quelle contenute nel comma 4 dell'art. 54, si prospetta un nuovo interrogativo: a quale delle due tipologie d'ordinanze ci si riferisce? Presumibilmente si tratta di un caso di ordinanza «ordinaria». Come meglio emergerà nel corso di questa indagine²¹, infatti, si rinvencono in essa i tratti tipici di tali ordinanze quali ad esempio: la mancanza di riferimenti temporali come limite legale alla propria efficacia²² o la mancanza del presupposto della straordinarietà per la propria adozione.

3. ... *legittimazione del nuovo potere d'ordinanza «di ordinaria amministrazione» da parte della Corte costituzionale*

Per ragioni di completezza, prima di addentrarmi nell'ordito normativo fissato dal nuovo art. 54 TUEL è necessario dare conto di una recentissima sentenza della Corte costituzionale relativa proprio al nuovo potere di ordinanza.

A questo riguardo giova premettere che larga parte dei contributi che si sono interessati al tema oggetto di questa analisi (e di cui volta per volta cercherò di dare conto) hanno evidenziato, seppure con diversa forza ed intensità, una serie di dubbi sulla legittimità costituzionale del riformato art. 54 TUEL. E ciò specie con riferimento al rinnovato comma 4 e comma 4-*bis* che più direttamente si interessano del potere di ordinanza sindacale, in forza dei quali il Sindaco è attualmente legittimato ad adottare provvedimenti «anche contingibili ed urgenti».

Come ho già indicato (vedi *supra* par. 1) da tale previsione normativa consegue anzitutto che risultano essere confermate le tradizionali ordinanze contingibili ed urgenti ma, nondimeno, che vengono introdotte *ex novo* quelle che la dottrina giuspubblicistica ha definito «ordinanze ordinarie»²³, vale a dire ordinanze prive del carattere-requisito della contingibilità e dell'urgenza. È proprio su quest'ultimo profilo che si è concentrata l'attenzione della dottrina con riferimento alla compatibilità costituzionale della riforma²⁴.

²¹ Vedi parr. 7 e 8 in cui si analizzano i caratteri tipici di queste ordinanze.

²² Difatti, nel decreto del 2009 il riferimento temporale è rimesso ad un atto successivo all'adozione dell'ordinanza. Tale atto è previsto dall'art. 4 (dello stesso decreto più volte cit.) secondo cui: «... i sindaci stipulano convenzioni con le associazioni iscritte nell'elenco volte ad individuare l'ambito territoriale e temporale in cui l'associazione è destinata a svolgere l'attività...».

²³ Fra i diversi autori che utilizzano tale espressione: G. MELONI, *Il potere "ordinario" dei Sindaci di ordinanze extra ordinem*, in *Rivista web federalismi.it*, n. 4/2009.

²⁴ I più forti dubbi di legittimità costituzionale del nuovo art. 54, comma 4 e comma 4-*bis* sono rinvenibili, da ultimo, in S. CIMINI, *Atti di indirizzo politico, interessi pubblici e sicurezza urbana*

Il mutato quadro positivo conferirebbe al Sindaco un potere amplissimo, in palese contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico²⁵ (fra cui spicca il principio di legalità²⁶) così da suggerire – nella stessa letteratura giuridica richiamata – «un'interpretazione costituzionalmente orientata» del nuovo art. 54, volta a depotenziare il dato normativo che sembrerebbe ammettere sia le ordinanze *vecchia* maniera, cioè contingibili ed urgenti, sia le ordinanze *nuova* maniera, cioè quelle ordinarie.

Almeno per il momento, però – e qui vengo al punto – le perplessità avanzate dalla dottrina non hanno fatto breccia nella giurisprudenza costituzionale (così come nella giurisprudenza amministrativa²⁷). Infatti, il *Giudice delle leggi* nell'ambito di un ricorso della Provincia autonoma di Bolzano per il contrasto del nuovo art. 54 TUEL con il proprio statuto speciale – che riserva ampi poteri

nell'amministrazione multilivello, in Rivista *web* giustamm.it. In precedenza si erano espressi in senso analogo: W. GIULETTI, *Ampliamento delle funzioni del Sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, p. 322; A. PAJNO, *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in sito *web* astrid-online.it e L. VANDELLI, *I poteri del sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 del t.u.e.l.*, cit.; C. MEOLI, *Il potere di ordinanza del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, pp. 682 ss. Prima della riforma del 2008, è utile sul punto, nonché più in generale sul potere d'ordinanza, il richiamo a V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 345 ss.

²⁵ Un quadro piuttosto ampio ed esaustivo dei principi che interessano l'Amministrazione pubblica, anche alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento nazionale in connessione con quello comunitario, è offerta da A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 707 ss. Da ultimo vedi utilmente A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, pp. 191 ss.

²⁶ Da ultimo vedi TAR Calabria, Catanzaro, sentenza n. 47/2009. In questa sentenza si mette bene in luce la *tensione* fra principio di legalità e ordinanze del Sindaco, ove si afferma: «è evidente come la legge che autorizza tali ordinanze non tipizzi il loro contenuto al fine di consentire all'amministrazione competente di far fronte in maniera duttile ed agevole alle mutevoli circostanze che si verificano. Le ragioni di urgenza giustificano dunque una atipicità contenutista che deroga al principio di legalità sostanziale. Tale deroga si giustifica, all'esito di un complessivo bilanciamento dei valori, soltanto se sussistono effettivamente tutte le predette note identificative delle predette ordinanze». Ad ogni modo, sul tema resta fondamentale la valutazione di quella dottrina secondo cui le ordinanze sono provvedimenti che «in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità; la potestà d'ordinanza è perciò una potestà di creare provvedimenti atipici, al di fuori della previsione normativa...». Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, vol. 2, 1993, p. 270. In tema, specie con riferimento alla «crisi del principio di legalità», vedi F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, pp. 87-88 (ed *ivi* bibliografia richiamata).

²⁷ Sul punto, oltre al presente paragrafo, vedi il par. 8. In quest'ultimo si ricorda la sentenza del TAR Lazio, Roma, n. 12222/2008 in cui il Giudice amministrativo affronta il tema delle c.d. ordinanze ordinarie senza ravvisare alcun *fumus* di legittimità costituzionale.

in tema di «sicurezza» al Presidente della Provincia e non al Sindaco – ha accennato al profilo relativo alle nuove «ordinanze ordinarie», affermando che si tratterebbe di una delle «maggiori innovazioni» introdotte dalla riforma del 2008, definendole emblematicamente: «*provvedimenti di ordinaria amministrazione* a tutela di esigenze di incolumità pubblica e sicurezza urbana»²⁸ (corsivo mio, da cui ho per altro tratto spunto per intitolare questo contributo).

Ma quanto appena indicato non vale certo a risolvere i dubbi di costituzionalità sopra esposti. Non foss'altro per il fatto che l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale (una delle «maggiori innovazioni» introdotte dalla riforma del 2008, vedi *supra*) è quanto ambigua: affermare che si tratti di un'innovazione di grande rilievo, non significa infatti di per sé assumere una posizione qualitativamente apprezzabile, ma solo segnalare che una modifica è intervenuta, assumendo di fronte ad essa una posizione sostanzialmente neutrale.

Nelle parole del *Giudice delle leggi* si scorge tuttavia qualcosa di più di una semplice enunciazione scevra di conseguenze giuridiche. Per esigenze riconducibili ai fatti per cui si era in causa, la Corte ha tracciato una distinzione netta fra ordinanze previste nel comma 6 dell'art. 54 TUEL (che richiedono per espressa previsione normativa la sussistenza di «casi di emergenza» e «circostanze straordinarie» per regolare gli «orari» di talune attività di rilevante interesse pubblico²⁹) e ordinanze in materia di «sicurezza urbana» ed «incolumità pubblica», previste nel comma 4 dello stesso art. 54 TUEL (che al contrario godono del potere di regolare in via *ordinaria* le fattispecie appena indicate). Tale distinzione si fonda sull'*emergenza* (*id est* urgenza del provvedere).

Il Giudice delle leggi ha infatti rigettato le censure avanzate dalla Provincia ricorrente basandosi proprio sulla previsione legislativa contenuta nel comma 6 citato, secondo cui: se sussiste «emergenza» l'adozione di queste *speciali* ordinanze giustifica una compressione temporanea della sfera di competenza amministrativa degli enti locali (nel caso di specie Provincia) che, al contrario, sarebbe esclusa in assenza di tale presupposto.

In sintesi la Corte costituzionale ha affermato il principio secondo cui le nuove ordinanze *ordinarie* di cui al comma 4 (del nuovo art. 54 TUEL) sono ammissibili proprio perché la previsione legislativa che le disciplina non richiede espressamente il presupposto dell'urgenza per legittimarne l'adozione³⁰.

Al contrario, le ordinanze che richiedono «casi di emergenza» e «circostanze straordinarie» per la propria adozione, quando è la stessa normativa a stabilirlo, non sono legittime se non ne ricorrano i presupposti: ne costituisce esempio paradigmatico il caso rappresentato dalle ordinanze per la disciplina degli «orari»

²⁸ Si tratta della sentenza n. 196/2009 (vedi p.to 9.1., parte in diritto).

²⁹ Vale a dire esercizi commerciali, pubblici esercizi e servizi pubblici.

³⁰ In connessione a questo profilo, vedi il successivo par. 7 che si occupa proprio del venir meno del tradizionale limite dell'urgenza del provvedere a seguito delle riforme del 2008.

di talune attività di rilevante interesse pubblico, contemplate nel comma 6 dello stesso art. 54 TUEL.

4. *Sindaco come tutore della «sicurezza urbana» attraverso il principio di sussidiarietà*

Dato conto degli ultimi interventi che hanno interessato il potere di ordinanza sindacale è giunto il momento (coerentemente con il piano d'indagine sopra esposto) di riprendere il filone principale del tema trattato in merito al potere di ordinanza previsto nell'art. 54 TUEL.

La lettura degli atti parlamentari che hanno condotto alla riforma dell'art. 54 TUEL è emblematica riguardo al collegamento fra ruolo del Sindaco come «tutore della sicurezza» ed attuazione del principio di sussidiarietà: il Sindaco diventa «fulcro» di una nuova sinergia fra le istituzioni nella lotta alla criminalità, in considerazione del fatto che la qualità di amministratore locale gli permette di conoscere più a fondo le problematiche del territorio che comportano rischi per la sicurezza³¹. Sicurezza urbana, dunque, come *bene-situazione* legato al principio di prossimità (sussidiarietà verticale³²), nel senso che la *vicinanza* al problema da affrontare ne consente una più rapida ed adeguata soluzione³³.

Se si guarda a come la «sicurezza urbana»³⁴ è stata specificata dagli atti ministeriali che attuano la riforma indicata – vale a dire «bene pubblico» che nell'ambi-

³¹ Cfr. dossier n. 33, luglio 2008, cit., p. 91. Una forma di coinvolgimento del Sindaco nella materia «sicurezza» era già prevista dalla legge 121/1981 «Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza». La legge indicata ha istituito il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica quale organo collegiale di consulenza del Prefetto. A tale organo, presieduto dal Prefetto, prende parte anche il Sindaco del Comune capoluogo nonché gli altri sindaci dei Comuni interessati, quando devono trattarsi questioni riferibili ai rispettivi ambiti territoriali (art. 20, legge n. 121, cit.). Inoltre, il Sindaco quale ufficiale di Governo esercita i poteri di autorità locale di pubblica sicurezza nei Comuni in cui non hanno sede commissariati di polizia (art. 15, comma 2, legge n. 121, cit.). Sul ruolo del Sindaco come ufficiale di Governo vedi P.G. ALBERTI, *Il Sindaco ufficiale di Governo: storia e problemi*, Torino, 1994.

³² Su cui vedi P.M. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà in senso verticale. Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002. Sul c.d. «fattore ascendente» del principio indicato, vedi C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 817 ss. In termini più generali vedi, infine, M. CAMMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, pp. 453 ss. e G. FALCON, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 1998, pp. 279 ss.

³³ Una certa attenzione a tale profilo mi sembra trapelare in A. CORPACI, *Sui nuovi poteri dei Sindaci in materia di sicurezza: un rafforzamento delle autonomie locali?*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 467-468.

³⁴ Sulla sicurezza (e sulle sue implicazioni nel sociale) è utile il rinvio alle opere di Z. Bauman ed in special modo: *Paura liquida*, Bari, 2007, nonché *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000.

to delle comunità locali occorre «tutelare attraverso attività poste a difesa del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale»³⁵ – ci si accorge che la stessa ha una latitudine così estesa da inglobare compiti che continuano a spettare anche allo Stato centrale (o alle sue amministrazioni periferiche)³⁶.

Un tale intreccio di competenze non sempre potrà essere agevolmente districato con l'applicazione *tout court* del principio di sussidiarietà³⁷. Occorrerà infatti fare puntualmente i conti (e scendere a patti con) i poteri degli organi dello Stato centrale nella concretizzazione del concetto indeterminato di «ordine pubblico»³⁸.

E tutto ciò vale a maggior ragione ove si presti attenzione alla mole delle ordinanze adottate fino ad ora. In un recente studio sono state calcolate in seicento le ordinanze adottate dai Sindaci a fronte della nuova disciplina³⁹.

I principali ambiti d'intervento sono volti a regolare (e sanzionare) compor-

³⁵ Vedi d.m. Interno 5 agosto 2008. Sul punto rinvio al successivo par. 6.

³⁶ Mi riferisco, ad esempio, alla parte della disposizione in cui si fa riferimento alla difesa «del rispetto delle norme che regolano la vita civile» ovvero al miglioramento della «convivenza civile» e della «coesione sociale».

³⁷ Un riferimento diretto a tale principio nell'ambito delle funzioni «polizia» e «ordine pubblico» è operato da C. MOSCA, *Il coordinamento delle forze di polizia. Teoria generale*, Padova, 2005, pp. 108 ss.

³⁸ Infatti l'art. 117 Cost., comma 2, lett. h) attribuisce allo Stato la potestà legislativa esclusiva in tema di «ordine pubblico e sicurezza» («fatta eccezione per la polizia amministrativa locale»). Nella prospettiva indicata nel testo è utile ancora una volta il richiamo alla l. n. 121/1981 cit., che attribuisce al Ministro dell'interno la responsabilità della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica (art. 1), non senza dimenticare naturalmente il ruolo dell'amministrazione della pubblica sicurezza attraverso cui lo stesso Ministro dell'Interno, ai sensi dell'art. 2, l. n. 121, cit., espleta i propri compiti di tutela dell'ordine e della sicurezza. Per un inquadramento generale del tema prima della riforma del 2001 del Titolo V, Parte seconda della Costituzione: A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.* 1963, pp. 111 ss. e G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna 1979, pp. 228 ss. (che si occupa anche del rapporto fra ordine pubblico e polizia locale nonché ordine pubblico ed ordinanze di necessità ed urgenza). Dopo la revisione del Titolo V cit., vedi, fra i molti, L. BEDINI, *Ordine pubblico e leale collaborazione nel rapporto fra Stato e regioni*, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 1659 ss.; F. FAMIGLIETTI, «Sicurezza pubblica» e «pubblica sicurezza»: tra esigenze di esercizio unitario e gestione in ambito locale, in *Riv. polizia*, 2004, pp. 129 ss.; M. PIANTEDOSI, *Il nuovo sistema dell'ordine pubblico e della sicurezza dopo la riforma del Titolo V, parte seconda della Costituzione*, in *Giust. amm.*, 2004, pp. 1232 ss.; infine, G. FARES, *Ordine pubblico, sicurezza e incolumità pubblica, polizia locale*, in G. CORSO, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2006, pp. 587 ss.

³⁹ Si tratta dell'opera *Oltre le ordinanze. I Sindaci e la sicurezza urbana*, 2009, reperibile nel sito *web* anc.it. La ricerca è stata realizzata dall'Anci e dalla Fondazione Cittalia ed è finalizzata, tra le altre cose, alla costituzione di una banca dati utile per monitorare l'utilizzo dei nuovi poteri attribuiti ai Sindaci. La raccolta delle ordinanze è stata avviata nel mese d'agosto 2008. Nello studio si legge che sono state inserite nella banca dati oltre 600 ordinanze emesse dopo la legge 125/2008 (vedi p. 11-12). Altro utile supporto, limitato però al «settore distributivo» (e ai divieti imposti), è il saggio di E. CANEPONI, *Poteri speciali ai sindaci per la sicurezza: ricognizione degli interventi nelle maggiori città italiane*, in *Disc. comm. e serv.*, 2008, pp. 163 ss.

tamenti che portano a situazioni di degrado della qualità dell'ambiente urbano (o della vita sociale) o che rendono difficoltose le relazioni sociali ed interpersonali, fino a investire quelle situazioni che minano la vocazione turistica del territorio comunale, interessando, più in particolare, anche in ordine di quantità, «il divieto di prostituzione su aree pubbliche», «il divieto di consumo e di somministrazione di bevande alcoliche», il «contrasto dei fenomeni di vandalismo e di danneggiamento del patrimonio pubblico o privato», il contrasto al fenomeno dell'«accattonaggio molesto», la disciplina della «vendita e del consumo di alimenti e bevande», il «contrasto alla sosta e campeggio in aree diverse da quelle espressamente previste ed attrezzate» ed infine il contrasto di fenomeni molteplici e ben conosciuti, mal tollerati dai cittadini, che si verificano soprattutto nei grandi centri urbani quali «bivacco», «lavavetri» e «parcheggiatori abusivi»⁴⁰.

5. *Lacune normative e flessibilità applicativa del dato giuridico*

Come bene pubblico che legittima il potere d'ordinanza, la «sicurezza urbana» ha determinato una spinta *creativa* nei Sindaci, che hanno assunto iniziative talora anche singolari⁴¹. Ciò non sorprende più di tanto. Indeterminatezza dei presupposti, indeterminatezza delle modalità e dei limiti d'esercizio⁴², fanno considerare tradizionalmente le ordinanze un potere «atipico ed innominato»⁴³,

⁴⁰ Vedi *Oltre le ordinanze. I Sindaci e la sicurezza urbana*, cit., pp. 16 ss. Segnalo poi i seguenti lavori *tematici*: C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. penale*, 2008, pp. 133 ss. e A. ANDRONIO, *L'ordinanza extra ordinem del sindaco di fiorenze sui lavavetri: divieto di un'attività già vietata?*, nella Rivista *web* federalismi.it, n. 17/2007.

⁴¹ Rinvio allo studio *Oltre le ordinanze. I Sindaci e la sicurezza urbana*, cit.

⁴² Per un inquadramento ampio e sistematico sui profili indicati, cfr. R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990 (dello stesso Autore vedi il più recente lavoro *Ordinanze di urgenza e necessità*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, 2006, Milano, pp. 3985 ss. Essenziale è anche il richiamo a lavori più risalenti nel tempo quali: M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.* (Giurisprudenza completa della Cassazione Civile), 1948, XXVII, pp. 388 ss.; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nss. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 89 ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; ID., *Ordinanza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, pp. 970 ss.; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; AA. VV., *I provvedimenti contingibili ed urgenti del Sindaco, Atti del Seminario umbro di studi amministrativi*, Firenze, 1966 (specialmente i contributi di M. Cantucci, *Le ordinanze d'urgenza del Sindaco* e L. CONTE, *I provvedimenti contingibili ed urgenti del Sindaco*); infine, U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza*, Napoli, 1954. Invece, con specifico riferimento ai limiti del potere di ordinanza (ed in generale dei poteri di urgenza), vedi M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, pp. 641 ss.

⁴³ Così, tra le altre, TAR Veneto, sentenza n. 2174/2005. Sui profili relativi alla «tipicità» (nel senso di previa definizione del tipo di vicenda giuridica prodotta dall'esercizio del potere) e

cui consegue (e si connette) una delega agli organi giurisdizionali per supplire alle relative lacune⁴⁴.

Tali lacune sono ineliminabili. Anzi, in termini generalissimi rappresentano un tratto comune a tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei⁴⁵. Le lacune normative traggono origine dalla complessità sociale, più contorta ed intricata di quanto sia possibile immaginare nella sede legislativa, così che è impossibile predeterminare tutte le ipotesi (tutti i casi potenziali) che si vorrebbe sottoporre a normazione⁴⁶.

Del resto, lo sforzo di disciplinare ogni fattispecie in modo analitico e completo condurrebbe con ogni probabilità a risultati modesti. Le energie investite sarebbero vanificate dai risultati stessi poiché il testo normativo immesso (ed immerso) nella società rischierebbe di apparire ben presto obsoleto e superato proprio a causa della complessità e dell'instabilità di quella stessa realtà che intendeva dominare.

«nominatività» (nel senso di ricorso da parte dell'Amministrazione agli schemi tipici individuati in generale dalla legge per conseguire taluni effetti tipici), vedi E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 501. L'Autore sottolinea che «la distinzione fra tipicità e nominatività non è stata sempre approfondita dalla dottrina, onde i due termini ricorrono spesso come sinonimi». Per un tentativo in questo senso vedi utilmente R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 32, secondo cui è proprio con riferimento alle ordinanze di necessità ed urgenza che la distinzione fra *tipicità* e *nominatività* si riesce a cogliere meglio: «esse sono atti nominati, in quanto previsti dall'ordinamento, ma non completamente tipizzati, in quanto i loro effetti non sono predeterminati dal legislatore». È utile ricordare, infine, che la stessa dottrina da ultimo richiamata (più specificatamente R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, p. 787) ritiene che la ricostruzione più convincente in tema di distinzione fra *tipicità* e *nominatività* del provvedimento amministrativo sia proprio quella di Casetta (vedi sopra).

⁴⁴ Su questo tema rimane essenziale il riferimento all'opera di D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 29. L'Autore osserva che «nell'ordinamento giuridico esistono lacune nel senso, che talune delle disposizioni in esso contenute siano, o possano ritenersi, inadeguate al loro scopo, e che, dall'altro lato, in esso siano mancanti alcune disposizioni, che invece sembrerebbe utile che fossero in esso contenute, nessuno può dubitare: ma questa è questione non di diritto, ma di *politica legislativa*. La questione nostra invece è questa: nell'ordinamento giuridico quale è, buono o cattivo che sia, esistono norme per tutti i possibili casi, oppure vi sono casi, pei quali esso non ha alcuna norma?».

⁴⁵ Con specifico riferimento al potere di ordinanza, utili cenni al problema si possono rinvenire, fra gli altri, in L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, 1953, Milano, pp. 13 ss.

⁴⁶ Sul punto è necessario il rinvio a M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 102, che parla delle ordinanze come «valvola di sicurezza dell'ordinamento, a disposizione dell'amministrazione, per sfuggire alla condizione rigidissima della legge». Allo stesso modo è utile il richiamo alla distinzione fra *prevedere* (tipico della legge) e *provvedere* (tipico del provvedimento amministrativo) operata da V. CRISAFULLI, *Fonti del Diritto (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, XVII, 1968, p. 949. Infine sembra significativo il rinvio a quella dottrina che rileva «il potere della legge ... non può tutto *prevedere* ma quello dell'amministrazione deve a tutto *provvedere*» (cfr. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993, p. 25).

Soprattutto i poteri d'ordinanza previsti nel nostro ordinamento⁴⁷ – come più in particolare i poteri d'ordinanza del Sindaco – interessano per evidenti motivi il tema appena accennato.

Con sforzo di sintesi esso può essere inquadrato in due termini essenziali di riferimento: lacune (e relativi problemi) contenute in un testo normativo; di contro, necessità di mantenere un certo margine di flessibilità nell'attribuzione del potere, al fine di fronteggiare fattispecie concrete non prevedibili⁴⁸.

Con la riforma del potere di ordinanza del 2008, forse per l'eccessivo impegno politico di dotare i sindaci di nuovi poteri in materia di «sicurezza urbana»⁴⁹, il Legislatore ha probabilmente alterato il delicato equilibrio fra *indeterminatezza* normativa e *flessibilità* nell'applicazione del disposto normativo. Infatti, non si tratta solo dell'aggiunta di una nuova materia (la «sicurezza urbana») fra quelle di sua competenza, bensì, in prospettiva più ampia e generale, della trasformazione (più o meno forte) dei rapporti fra Sindaco e gli altri poteri che prioritariamente

⁴⁷ Sul punto vedi ancora R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 777 ss. Con riferimento alle ordinanze in materia ambientale, con utili spunti anche con riguardo alle ordinanze sindacali trattate in questo lavoro, vedi R. FERRARA, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la «storia infinita» delle tutele ambientali «extra ordinem»*, in *Foro amm.*, TAR, 2007, pp. 2910 ss.; Id., *Emergenza e protezione dell'ambiente nella «Società del rischio»*, in *Foro amm.*, TAR, 2006, pp. 3356 ss.; più in generale vedi infine A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004.

⁴⁸ In connessione a questi profili emerge il tema dell'indeterminatezza della norma attributiva del potere e, come sua diretta conseguenza, del relativo esercizio del potere da parte dell'Amministrazione. Tale indeterminatezza è sovente sintetizzata nei c.d. concetti giuridici indeterminati, nelle «clausole generali» e nelle «norme in bianco». Per l'individuazione delle relative differenze sul piano della configurazione strutturale e del ruolo funzionale giocato dalle stesse, vedi R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005, pp. 39 ss.

⁴⁹ Riguardo al profilo politico-sociale è assai utile il richiamo all'opera di M. PAVARINI, *Paure urbane e nuovi dispositivi politici di sicurezza*, in sito *web* <http://docenti.unimc.it/docenti/roberto-acquaroli/diritto-penale/Relazione%20pavarini.doc>. Oltre alla ricostruzione in chiave comparata delle vicende (e delle problematiche) relative al degrado urbano ed all'insicurezza sociale, l'Autore (vedi p. 8) mette in guardia dai rischi della «retorica che fa immediatamente breccia nell'emotività collettiva», rappresentando ciò con la metafora della «finestra rotta». Enfatizzare «la paura del contatto con la miseria, del contagio e del diffondersi incontrollato delle infezioni morali che affliggono i rapporti con gli esclusi», in altri termini, è il rischio che corre la classe politica per ricercare un risultato politico «appetibile» (come lo definisce l'Autore). Nel paragrafo finale dello scritto (vedi p. 15), intitolato emblematicamente «pessimismi», l'Autore traccia le coordinate, anzitutto metodologiche, per affrontare il tema della sicurezza urbana, avvertendo che «bisogna che progressivamente le forze politiche declinino la sicurezza come «bene pubblico», senza ovviamente cadere nel facile errore di ridurre il tema della sicurezza cittadina a questione di ordine pubblico». Il senso di questa metodica, che non riduce il tema della sicurezza alla semplice repressione, è reso ancora più esplicito dalle magistrali parole di Philippe Robert (riprese dall'Autore) secondo cui la classe politica dovrebbe «produrre una prevenzione che non sia solo difensiva e nel contempo mettere in campo una nuova disciplina sociale ed urbana che dia speranza a popolazioni abbandonate, ecco quello che la maggior parte dei paesi occidentali ed europei non è riuscita ancora a produrre».

si occupano della gestione amministrativa dell'ente locale: dirigenti⁵⁰ e Consiglio comunale.

Nei paragrafi che seguono cercherò di spiegarne le ragioni.

6. «Sicurezza urbana»: un ambito di competenza incerto

È stato già detto che il Sindaco – ai sensi del comma 4, art. 54 del TUEL – «adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana».

Allo stesso modo è stato già detto che, nel successivo comma 4-*bis*, si stabilisce che con decreto del Ministro dell'interno saranno disciplinate «le definizioni relative alla incolumità pubblica e alla sicurezza urbana».

Con riferimento al rapporto fra Sindaco e dirigenti comunali, le due nuove disposizioni (comma 4 e comma 4-*bis*)⁵¹ non si esauriscono soltanto in una semplice *aggiunta* rispetto ai presupposti che legittimano l'esercizio del potere d'ordinanza sindacale. Se così fosse si potrebbe sostenere che il Sindaco (dopo la riforma del 2008) è legittimato ad adottare ordinanze, oltre che per la cura dell'«incolumità pubblica»⁵², anche per la cura della «sicurezza urbana». Ove si trattasse solo di questo, si sarebbe indotti a indagare su cosa s'intenda con il nuovo termine «sicurezza urbana», con ciò dischiudendo nuovamente le porte a più che probabili (e forse insuperabili) problematiche definitorie che impegnano normalmente la dottrina quando si tratta di definire le materie che attribuiscono competenze agli organi pubblici (allo stesso modo di quanto accadde nel caso della riforma dell'art. 117 della Costituzione, rispetto al nuovo riparto di materie fra Stato e Regioni. Oppure, in maniera sostanzialmente simile, con riferimento alle materie relative alla c.d. riforma Bassanini sul federalismo amministrativo, attuata con il d.lgs. n. 112/1998).

⁵⁰ Seppur con esclusivo riferimento alla materia «sicurezza urbana», di avviso diverso CAIA, «*Incolumità pubblica*» e «*sicurezza urbana*» nell'*amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.)*, cit., secondo cui «i normali poteri del Comune possono riguardare solo la "polizia amministrativa" e non già l'ordine e la sicurezza pubblica, sicché gli interventi riguardanti questa ultima materia non possono che essere esercitati dal Sindaco quale ufficiale di Governo».

⁵¹ Anche se non sfugge che, la seconda parte del nuovo comma 4 cit., riguarda anche il rapporto fra Sindaco e Prefetto attraverso la previsione di una comunicazione preventiva a favore di quest'ultimo, riguardo le ordinanze adottate dal primo. A parte questo profilo, tuttavia, la disposizione che più rileva nel rapporto fra Sindaco e Prefetto è contenuta nel nuovo comma 11 dell'art. 54 TUEL, in base alla quale: «Nelle fattispecie di cui ai commi 1, 3 e 4, nel caso di inerzia del sindaco o del suo delegato nell'esercizio delle funzioni previste dal comma 10, il prefetto può intervenire con proprio provvedimento».

⁵² Come previsto nel vecchio comma 2, art. 54 TUEL.

Tale compito definitorio del resto era ben presente al Legislatore del 2008, che vi ha fatto esplicito riferimento nel comma 4-*bis* citato con un rinvio ad un atto ministeriale per la definizione della materia «sicurezza urbana». Il rinvio ha poi trovato concreta applicazione con l'adozione del decreto del Ministro dell'Interno del 5 agosto 2008, con cui si è proceduto a definire sia la materia «sicurezza urbana» sia la materia «incolumità pubblica»: vale a dire i due ambiti di attribuzione di potere che attualmente legittimano il Sindaco ad adottare ordinanze contingibili ed urgenti nella sua qualità di ufficiale di governo⁵³.

La nozione di «sicurezza urbana» offerta dalla legge è assai ampia, ragion per cui è apparso subito necessario un tentativo per precisare meglio la definizione normativa.

Un primo sforzo in questo senso è offerto dall'articolo 2 dello stesso d.m. citato che stabilisce una serie di situazioni (o di comportamenti come ad esempio la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto) dalle quali potrebbero derivare rischi per i beni pubblici che con il potere di ordinanza sindacale si intendono tutelare⁵⁴. Il rischio di una tale operazione è tuttavia quello di formulare un'elencazione non esaustiva di tutti i casi nei quali il potere d'ordinanza del Sindaco potrebbe attivarsi, poiché potenzialmente infinite ed imprevedibili sono le ipotesi che la «realtà effettuale delle cose» potrebbe riservare.

⁵³ A questo riguardo costituisce emanazione diretta del potere di ordinanza, di cui all'art. 54, comma 4, TUEL, il successivo comma 6, dello stesso articolo 54, già richiamato nel par. 3 a proposito della recente giurisprudenza costituzionale in materia di ordinanze ordinarie, secondo cui: «In casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana, il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, adottando i provvedimenti di cui al comma 4». Altre funzioni attribuite al Sindaco come ufficiale di Governo sono indicate dall'art. 14 TUEL (che rinvia allo stesso art. 54) come, ad esempio, i servizi elettorali, di stato civile, di anagrafe, di leva militare e di statistica. Sempre secondo l'art. 14 cit. si stabilisce che «Ulteriori funzioni amministrative per servizi di competenza statale possono essere affidate ai comuni dalla legge che regola anche i relativi rapporti finanziari, assicurando le risorse necessarie» (comma 3).

⁵⁴ L'art. 2 cit. si occupa degli interventi del Sindaco per «prevenire e contrastare: a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili e i fenomeni di violenza legati anche all'abuso di alcool; b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimonio pubblico e privato o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana; c) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b); d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico; e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi».

La situazione cui si perviene, in sintesi, è che – a fronte di questa nuova attribuzione di competenze al Sindaco – si introducono nel nostro ordinamento elementi di incertezza che ben difficilmente sarà possibile governare sul piano del diritto positivo. Sicché spetterà ancora una volta alla giurisprudenza fornire un quadro il più coerente ed armonico possibile, attraverso la fissazione di regole di portata generale estratte dalle decisioni assunte nella fattispecie concreta.

Tenuto conto di questi elementi, mi sembra velleitario il tentativo di puntualizzare ulteriormente la nozione «sicurezza urbana» rispetto a quanto abbia già fatto la norma nonché la dottrina che si è interessata al tema⁵⁵. La nozione «vera» della materia (ammesso che esista⁵⁶) potrà emergere solo al momento in cui la stessa sarà passata ripetutamente al vaglio giurisprudenziale, al momento francamente troppo ridotto per consentire di trarre una sintesi utile dalle tre sentenze fino ad oggi intervenute⁵⁷.

7. *Il tradizionale limite dell'urgenza del provvedere oramai vacilla*

Se la portata innovativa del nuovo art. 54 TUEL – nella parte che interessa

⁵⁵ È necessario sul punto il rinvio a CAIA, *“Incolmità pubblica” e “sicurezza urbana” nell’amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.)*, cit., specialmente per il collegamento fra «sicurezza pubblica» e definizione di «ordine pubblico e sicurezza pubblica» contenuta nell’art. 159, d.lgs. n. 112/1998. E ciò al fine «di avere un punto di riferimento preciso per ricostruire i contorni dei presupposti dell’intervento pubblico, considerando infatti che è impossibile predeterminare a livello legislativo tutti gli specifici ed occasionali comportamenti offensivi per l’ordine e la sicurezza pubblica». Ed ancora, aggiunge l’Autore cit., «si tratta di una definizione normativa della materia che risulta molto chiara e che presenta un carattere del tutto obiettivo e non contingente, in quanto riprende e riproduce la ricostruzione effettuata dalla Corte costituzionale in varie occasioni (cfr. sent. 27 marzo 1987, n. 77; 25 febbraio 1988, n. 218; 7 aprile 1995, n. 115 e più recentemente 25 luglio 2001, n. 290)». Dello stesso Autore vedi utilmente anche: *L’ordine e la sicurezza pubblica*, in S. Cassese (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2003, pp. 281 ss. Da ultimo, sulla definizione della «sicurezza urbana», vedi A. PAJNO, *La “sicurezza urbana” tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in sito [web astrid-online.it](http://web.astrid-online.it); nonché, sulla sicurezza «come bene e come bisogno», R. NOBILE, *Le ordinanze del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in *Rivista web lex italia.it*, n. 2/2009; infine, sul tema mi pare sempre utile per la ricchezza di contenuti il saggio di O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, IV, Milano, 1904, pp. 339 ss.

⁵⁶ Forse si tratta di una materia più sociologica che giuridica. In questo senso è condivisibile l’affermazione secondo cui «lo stesso concetto di sicurezza presenta un valore giuridico modesto, come tale, in quanto bene “di categoria”, se non mero slogan», così M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3567. Un esempio della complessità della materia «sicurezza» è riscontrabile anche a livello europeo, sul punto vedi il recente contributo di E. CHITI, B.G. MATTARELLA, *La sicurezza europea*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2008, pp. 309-318 (su paradossi e contraddizioni del bene «sicurezza» nel contesto comunitario).

⁵⁷ Per quanto mi consta si tratta della sentenza del TAR Lazio, Roma, n. 12222/2008 e dell’ordinanza del TAR del Veneto n. 22/2009 (entrambe relative al tema della prostituzione) nonché, da ultimo, della sentenza della Corte costituzionale n. 196/2009 (analizzata in precedenza, vedi par. 3).

questo studio – non si esaurisce con la semplice aggiunta della materia «sicurezza urbana» è necessario allora chiarire a quali altre particolari innovazioni si schiude l'ordinamento locale, procedendo per gradi tenuto conto della portata delle innovazioni stesse.

Problema tipico del potere d'ordinanza (nel caso di specie dei Sindaci) è costituito dall'indeterminatezza dei presupposti legislativi che lo legittimano e che solo attraverso l'opera della giurisprudenza è stato possibile precisare⁵⁸.

Tale potere in capo al Sindaco soggiace al principio di legalità⁵⁹ se, e in quanto, l'attribuzione di un potere che incide autoritativamente ed unilateralmente su posizioni giuridiche soggettive debba essere sempre ed in ogni caso effettuato dalla legge che ne indichi i limiti al suo esercizio⁶⁰.

Lo svolgimento della funzione amministrativa si concreta nella traduzione del potere in atto, rispetto a cui il principio di legalità – che nell'ipotesi qui considerata evolve in quello di *tipicità* e *nominatività* dei provvedimenti amministrativi – postula l'indicazione (la più chiara possibile) da parte della legge dei presupposti, competenze, oggetto, funzione, contenuto, formazione ed effetti all'esercizio del relativo potere⁶¹.

⁵⁸ Cfr. fra i molti M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 271.

⁵⁹ Come, più in generale, gli altri poteri d'ordinanza previsti nel nostro ordinamento. Sul punto è però necessaria una precisazione: la dottrina (cfr. R. FERRARA, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la «storia infinita» delle tutele ambientali «extra ordinem»*, cit., specialmente par. 3) ha posto, anche di recente, un accento particolarmente critico sulle c.d. ordinanze in deroga, per il fatto che sembrerebbero spingersi oltre il modello più tradizionale delle ordinanze sindacali, intaccando con ancora maggiore forza e incisività il principio di legalità. Un caso tipico (ricordato dalla stessa dottrina indicata) è quello previsto dall'art. 191 del c.d. codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006) a tenore del quale «... qualora si verificino situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, *anche in deroga alle disposizioni vigenti*, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente...» (corsivo mio). Le ordinanze indicate (previste anche in materia di protezione civile, in tema vedi G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la l. n. 225 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 505 ss.) sono state definite «uno strano soggetto, una curiosa figura che sembra da subito fare a pugni con i principi e le regole ordinanti dello Stato di diritto» e che, messe a confronto le ordinanze sindacali previste dal TUEL, «costituiscono non semplicemente un *quid pluris*...ma, al contrario, un modello istituzionale di governo e di gestione delle emergenze e delle urgenze...che assumono come esclusivo fattore legittimante l'urgenza in sé stessa». Dopo di che, la dottrina richiamata in apertura, conclude (vedi par. 5) che le ordinanze in deroga non sembrano essere conformi «al principio di legalità in senso sostanziale, e cioè oltre la soglia (formale) della legittimazione ex lege di un potere extra ordinem».

⁶⁰ Sul punto, da ultimo, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, specialmente il terzo capitolo relativo a «*Il potere amministrativo d'emergenza e i diritti individuali*» (ed *ivi* bibliografia richiamata).

⁶¹ A livello generale è utile ricordare che il principio di legalità impone che gli atti amministra-

Tenuto conto di ciò, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, il legittimo esercizio del potere d'ordinanza dipende soprattutto da due elementi. Il primo è costituito dall'«urgenza» dell'atto, ossia dall'impossibilità di differire l'intervento ad altro momento tenuto conto del danno incombente. Il secondo è costituito dalla «contingibilità», ossia dall'inidoneità degli ordinari mezzi offerti per fronteggiare o eliminare il rischio del danno⁶².

Come naturale corollario, il potere d'ordinanza non può (o meglio *non poteva*, il senso di tale precisazione sarà più chiaro nel paragrafo successivo) essere utilizzato per regolare stabilmente un certo assetto di interessi, per fronteggiare cioè esigenze prevedibili e permanenti: la «misura» dell'intervento, in altre parole, non doveva (né poteva) assumere carattere di stabilità⁶³.

D'altra parte, però, all'ordinanza del Sindaco non era precluso di intervenire su materie già disciplinate in via ordinaria (per esempio da regolamenti comunali), sempre che la necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza alla tutela del bene pubblico fosse così urgente da non consentire il tempestivo utilizzo dei rimedi *normali* offerti dall'ordinamento⁶⁴.

tivi siano tipici e nominati, da ciò consegue la regola del c.d. *numerus clausus* dei provvedimenti amministrativi preordinati ad un fine pubblico da perseguire. Sul punto, da ultimo, TAR Lazio, Roma, sentenza n. 1655/2009. Per alcune indicazioni dottrinali sul tema, vedi *retro* nota n. 43. Sulla necessità di circoscrivere la riserva di legge a favore di altri valori (“optimum” e “pubblicità”), rinvio a F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione*, Padova, 1969, p. 243. Inoltre per un inquadramento sul tema particolare della tipicità come *controlimite* ai c.d. poteri impliciti della pubblica amministrazione nel più ampio spettro del diritto comunitario e internazionale, vedi G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 735-736. L'Autore rileva che «la tipicità comporta che le varie categorie di provvedimenti siano identificate dalle norme disciplinatrici dei relativi rapporti e non rimesse all'autonomia dell'Autorità amministrativa».

⁶² Cfr. Cons. giust. amm. Sic., Sez. giurisdiz., sentenza n. 119/2006.

⁶³ È da segnalare, tuttavia, una parte certamente minoritaria della giurisprudenza amministrativa, secondo cui: anche se, in via di massima, le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti hanno efficacia temporanea, «nulla esclude che la specificità della situazione richieda l'adozione di misure di carattere definitivo, atteso che quello che rileva è l'idoneità della misura in relazione alla situazione da fronteggiare». Cfr. Cons. Stato, decisioni nn. 1128/1998; 6168/2003 ed, infine, la più recente decisione n. 828/2009 (che faceva però riferimento ad un'ordinanza adottata prima della riforma del 2008).

⁶⁴ Anche per questa ragione – cioè per il presupposto costituito dall'*urgenza del provvedere* – la dottrina si era spinta fino a giustificare la compatibilità costituzionale delle ordinanze *contra legem*, ossia in contrasto con la disciplina legislativa ordinariamente valevole nella materia, qualora la materia stessa non fosse coperta da riserva di legge. In questa particolare ipotesi, tuttavia, si tiene conto del fatto che l'ordinanza assume carattere derogatorio (e non abrogativo) della legislazione ordinaria: essa «non pone nel nulla la disciplina vigente, ma ne sospende, temporaneamente e per taluni casi, l'applicazione». Così A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, p. 60 (ed *ivi* bibliografia richiamata). Sull'urgenza come presupposto degli «atti necessitati» (fra cui le ordinanze contingibili e urgenti) vedi, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, pp. 839 ss.

Le esigenze obbiettive riscontrate volta per volta, come pure il rischio di fronteggiarle innanzi al caso concreto, determinavano la naturale e (per certi versi) condivisibile indeterminatezza del potere di ordinanza (su cui vedi *retro* par. 5): per tale ragione la stessa Corte costituzionale si era spinta fino a ritenere non illegittime le c.d. ordinanze «libere», il cui contenuto era rimesso interamente alla scelta discrezionale dell'organo agente⁶⁵.

L'*urgenza* del provvedere al fine di evitare danni irreparabili era il principale limite per tentare di imbrigliare un potere ritenuto libero. Detto limite costituiva probabilmente l'ultimo baluardo a presidio del rispetto del principio di legalità (che informa l'intera attività dei pubblici poteri).

Così ragionando era scontato per la giurisprudenza richiedere un'attenta attività istruttoria ed un adeguato corredo motivazionale da rinvenirsi nel preambolo dell'ordinanza sindacale⁶⁶: dalla motivazione doveva emergere che l'autorità comunale avesse accertato preventivamente la situazione di pericolo; allo stesso modo tale accertamento doveva fondarsi su prove concrete (e non su mere presunzioni) seppur nei limiti applicativi del principio di precauzione⁶⁷.

Su queste premesse un'ordinanza del Sindaco che disponesse il divieto «d'accesso e stazionamento» lungo un tratto di costa, senza che il pericolo di smottamento si fosse manifestato all'improvviso ed in modo impreveduto, sarebbe risultata illegittima perché si sarebbe potuto provvedere in tempi debiti – e nei modi ordinari – a tale situazione (smottamento) e non in via eccezionale⁶⁸.

Il baluardo costituito dall'*urgenza* del provvedere, onde limitare il pericolo che un bene della vita potesse essere vulnerato («incolumità pubblica» ed ora, dopo le riforme del 2008, anche «sicurezza urbana»), costituiva il nocciolo duro del potere di ordinanza, il limite principale del quale (ed a partire dal quale) il Giudice amministrativo verificava il rispetto del principio di legalità.

⁶⁵ Cfr. Corte cost. sent. n. 4/1977 (richiamata da A. PAJNO, *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, cit., p. 14).

⁶⁶ Sulla *percezione* circa le circostanze che l'agente considera di necessità ed urgenza resta basilare F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, 1967, pp. 363 ss. Utili e più aggiornati riferimenti giurisprudenziali sono rinvenibili in M. AUDITORE, *Presupposti e limiti del potere di ordinanza*, in *Cons. Stato*, 2004, pp. 1316 ss. e P. LOMBARDI, *Il potere sindacale di emettere provvedimenti contingibili ed urgenti: presupposti e caratteristiche essenziali alla luce degli orientamenti della giurisprudenza*, in *Foro amm., TAR.*, 2003, pp. 107 ss. Più in generale sull'evoluzione dell'obbligo di motivazione, anche con riferimento alla lettura fornita dalla giurisprudenza amministrativa, I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Giust. civ.*, 2003, pp. 338 ss.

⁶⁷ Per un inquadramento generale su tale principio vedi F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005. Con riferimento specifico al rapporto fra *sicurezza* e *precauzione*, B. DELFINO, *Una nuova nozione di «sicurezza» nel diritto pubblico: riflessioni, rapporti con i principi di prevenzione e di precauzione e sua forza espansiva*, in *Foro amm., CDS*, 2008, pp. 3183 ss.

⁶⁸ Cfr. Cons. Stato, decisione n. 6366/2007.

Gli altri limiti, in fondo, apparivano secondari poiché consequenziali a quello indicato.

Il «pericolo» per *i beni*, ad esempio, poteva essere considerato legittimo presupposto del potere d'ordinanza, solo a condizione che tale pericolo non fosse affrontabile con i normali strumenti di amministrazione attiva. Per tale ragione si considerava indispensabile che il pericolo (per i beni stessi) fosse connotato dall'urgenza del provvedere.

Allo stesso modo l'esigenza di un'adeguata istruttoria – cui conseguiva una motivazione sufficiente – risultava essenziale proprio per dare conto dell'urgenza del provvedere e per dimostrare che con i mezzi ordinari non si sarebbe potuto opportunamente perseguire la cura dei beni di interesse pubblico tutelati dalla norma.

Dalla urgenza del provvedere emergeva a mio giudizio un elemento che ben rappresentava il potere d'ordinanza prima della riforma del 2008: l'*insostituibilità*, se e in quanto dalla comparazione effettuata con altri provvedimenti risultasse adottabile solo quello sindacale. Ciò lo rendeva appunto insostituibile (ed infungibile) rispetto ad altri provvedimenti potenzialmente adottabili ma ritenuti recessivi nel caso concreto⁶⁹.

A ben vedere l'insostituibilità si legava indissolubilmente con il requisito dell'urgenza. Proprio il fattore «tempo» determinava l'adozione del provvedimento d'ordinanza, aggirando le regole ordinarie della procedura amministrativa⁷⁰.

All'insostituibilità del provvedimento si collegava intimamente anche la temporaneità, vale a dire provvisorietà (ossia «transeunte»⁷¹) della misura sindacale adottata⁷². Se, come detto, l'ordinanza era in grado di scardinare le normali regole procedimentale, nonché, come si dirà fra breve, il normale riparto di competenze all'interno dell'ente locale, specie nel rapporto con la dirigenza, è evidente che tale sconfinamento poteva giustificarsi solo se provvisorio e non definitivo⁷³.

I connotati dell'urgenza, dell'insostituibilità e della provvisorietà vacillano innanzi alla riscrittura dell'art. 54 del TUEL per la parte che attiene al nostro

⁶⁹ Tale carattere sembra emergere anche da quella giurisprudenza secondo cui la norma (art. 54 TUEL) è stata interpretata nel senso che presupposto per l'adozione dell'ordinanza contingibile e urgente è la sussistenza di una situazione che «a prescindere dalla sua imprevedibilità, *non possa essere affrontata con nessun altro tipo di provvedimento*» (corsivo nostro), cfr. Cons. Stato, decisione n. 1322/2008 e TAR Lombardia, Milano, sentenza n. 5534/2007.

⁷⁰ Sul punto emblematica la sentenza del TAR Puglia, n. 820/2007 secondo cui: il fatto di porre rimedio all'esigenza di situazioni di pericolo, dei provvedimenti contingibili e urgenti «è coerente con le finalità di tali poteri di prevedere un'estrema semplificazione procedimentale».

⁷¹ Così V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 292. Il termine «transeunte» sta ad indicare una situazione «provvisoria», «passeggera», «temporanea», «effimera», «fugace», «precaria», «transitoria» (cfr. *Dizionario dei sinonimi e dei contrari*, di T. De Mauro, sito web del <http://old.demauroparavia.it/>).

⁷² Sui cui vedi G.M. MEZZAPESA, *Provvisorietà delle ordinanze contingibili ed urgenti*, in *Giust. civ.*, 2002, pp. 415 ss.

⁷³ Cfr. Cons. Stato, decisione n. 1537/2006.

lavoro. Lungi dal voler risolvere un problema tanto disputato relativo all'indeterminatezza della norma attributiva del potere (si pensi alla sterminata dottrina tedesca sui c.d. concetti giuridici indeterminati⁷⁴) sforzandosi, per esempio, di trasporre nella legge le regole giurisprudenziali più importanti in materia (in maniera analoga al metodo seguito con la riforma della legge sul procedimento amministrativo del 2005), l'intervento riformatore del 2008 tende a *complicare* ulteriormente un quadro già confuso e controverso.

Il problema naturalmente nasce dalla previsione – assolutamente innovativa e per certi versi rivoluzionaria – delle più volte citate ordinanze *ordinarie* che si presentano quasi come una contraddizione in termini. E ciò soprattutto se si tiene conto delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in precedenza descritte.

8. *Ordinanze di «ordinaria amministrazione»: rischi di sovrapposizioni (e di conflitti) fra Sindaco e dirigenti anche rispetto al bene «pubblica incolumità»*

Come ho già avuto modo di accennare, il nuovo art. 54, comma 4 TUEL sostituisce il vecchio comma 2 (dello stesso art. 54) che nel recente passato (cioè prima della riforma del 2008) stabiliva: «Il Sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini».

Il nuovo comma 4 stabilisce invece: «Il Sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana».

A prima lettura – salvo ovviamente l'aggiunta della materia «sicurezza urbana» tra quelle che legittimano l'adozione d'ordinanze sindacali – la nuova disposizione sembrerebbe non modificare sostanzialmente la precedente.

Ma non è così. Nel nuovo comma 4 è stato inserito un inciso che comporta lo sdoppiamento in due tronconi del potere d'ordinanza sindacale: ordinanze contingibili ed urgenti, ed ordinanze ordinarie (o di «ordinaria amministrazione»).

Secondo la nuova disposizione, il Sindaco «...adotta con atto motivato provvedimenti, *anche contingibili e urgenti*, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» (corsivo nostro), ovverosia ordinanze contingibili ed urgenti nonché ordinanze che contingibili ed urgenti non sono.

Dalla disposizione affiora subito il fatto che le ordinanze tradizionali risultano essere quasi l'eccezione. La regola è oramai costituita dalle ordinanze sinda-

⁷⁴ Sul tema vedi S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

cali non contingibili, né urgenti. Difatti, da una prima esegesi del dato normativo emerge che al Sindaco compete adottare provvedimenti per prevenire e/o eliminare gravi pericoli che minacciano i beni «incolumità pubblica» e «sicurezza urbana» e, in questo quadro generale, può adottare provvedimenti «anche» contingibili ed urgenti⁷⁵.

Da questa nuova disposizione scaturiscono una serie di problematiche e di ripercussioni giuridiche difficilmente conciliabili con l'ordinamento previgente che, all'opposto, tentava di *metabolizzare* le ordinanze contingibili ed urgenti vecchia maniera. Vediamo perché.

La dottrina più recente che si è interessata al tema – oltre a segnalare dubbi di legittimità costituzionale della nuova disposizione (vedi *supra* par. 3) – ha anche opportunamente segnalato che la scelta di mantenere in un'unica formulazione le ipotesi di ordinanza *extra ordinem* e di ordinanza ordinaria «non risulta felice»⁷⁶.

Una serie di argomenti depongono nel senso indicato poiché: «sarebbe come riconoscere che a livello locale ci si trova ordinariamente in una situazione di grave pericolo»; «i tempi d'adozione di una ordinanza non contingibile ed urgente, da adottare pertanto nel rispetto delle procedure della legge 241/90, appaiono incompatibili per fronteggiare un grave pericolo»; «se il presupposto per l'adozione di una ordinanza “ordinaria” è riconducibile alla necessità di fronteggiare gravi pericoli il suo destino sembrerebbe, salvo casi peculiari, quello di decadere al venir meno del grave pericolo che l'ha determinata»⁷⁷.

Gli argomenti critici indicati appaiono condivisibili. A questi, però, ne vorrei aggiungere altri che mi sembrano di non trascurabile rilievo.

A fronte della nuova formulazione dell'art. 54, comma 4, il potere del Sindaco in materia lievita notevolmente: non solo per il fatto che potrà adottare ordinanze nella materia «sicurezza urbana» (sia contingibili ed urgenti, sia ordinarie), ma anche perché tale potere riguarda la più tradizionale (ed antica) materia «pubblica incolumità»⁷⁸.

⁷⁵ Sul punto è utile il richiamo al dossier del Senato, n. 33, citato (vedi *retro* nota 1), nel quale si legge: «Il termine “anche”, inserito durante la discussione in Assemblea al Senato (emendamento del Governo – 6.1000, seduta pomeridiana del 18 giugno 2008), chiarisce che i provvedimenti di cui si parla possono anche non rientrare tra quelli “contingibili e urgenti”...» (p. 92). Più avanti, trattando della comunicazione dell'ordinanza sindacale al Prefetto, si aggiunge «Sempre ai sensi del comma 4 dell'art. 54, tali provvedimenti – sia ordinari, sia extra ordinem – devono essere preventivamente comunicati al prefetto...». Anche in questa parte del dossier cit. si assume dunque che le ordinanze sono oramai di due tipi: *ordinarie* ed *extra ordinem*.

⁷⁶ Così M. CARDILLI, *Il potere di ordinanza del Sindaco ex articolo 54 del Decreto Legislativo n. 267/2000 nelle disposizioni modificative del c.d. “pacchetto sicurezza”*, in Rivista web Amministrativamente, n. 2/2009, spec. p. 7.

⁷⁷ Vedi ancora CARDILLI, *Il potere di ordinanza del Sindaco ex articolo 54 del Decreto Legislativo n. 267/2000 nelle disposizioni modificative del c.d. “pacchetto sicurezza”*, cit., p. 7.

⁷⁸ Prima della riforma del 2008, l'art. 54 parlava di «incolumità dei cittadini» e non di «pubblica

La nuova formulazione non lascia adito a dubbi. Per dotare i Sindaci di maggiori poteri volti a contrastare il degrado urbano – da qui la materia «sicurezza urbana» – il Legislatore del 2008 ha dotato i Sindaci di nuovi poteri anche in materia di «pubblica incolumità»⁷⁹.

Il Sindaco, difatti, «adotta...provvedimenti, *anche contingibili e urgenti*...al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano *l'incolumità pubblica* e la *sicurezza urbana*» (corsivo nostro). Per cui, il nuovo potere d'ordinanza riguarda entrambi i «beni» indicati: l'effetto di questo nuovo scenario è che i Sindaci potranno adottare ordinanze ordinarie (ordinanze cioè prive del presupposto dell'urgenza del provvedere) nelle materie «sicurezza urbana» e «pubblica incolumità», da cui discendono una serie di problematiche che fra breve evidenzierò specie con riferimento specifico alla «pubblica incolumità».

Ma vi è di più. Le ordinanze ordinarie sono state confermate, e con forza, anche da una recente giurisprudenza amministrativa. Questa – chiamata ad applicare la nuova normativa ad un'ordinanza sindacale in materia di prostituzione⁸⁰ – ha chiarito che i Sindaci possano avvalersi del potere in parola «non solo

incolumità». Tuttavia, non mi pare che sussistano differenze fra *vecchia* e *nuova* materia poiché il valore protetto (*incolumità*) rimane immutato e non può che interessare i «cittadini» (ed i loro beni) e da ciò deriva la sua natura «pubblica». Che si tratti, dunque, di «pubblica incolumità» ovvero di «incolumità dei cittadini» ciò non comporta differenze sul piano delle ricadute giuridiche.

⁷⁹ Ad essa si richiama espressamente l'ordinanza sindacale n. 101/2008 del Comune di Potenza concernente «Regolamentazione delle attività ludiche di qualsiasi tipo nonché dei giochi con il pallone senza autorizzazione nel piazzale sovrastante il garage comunale ovvero negli spazi adiacenti il «Palazzo di Città». In questa ordinanza vengono segnalati gli «enormi rischi per la pubblica incolumità, associati ad un forte senso di panico nel percorrere le strade ... a causa del perpetrarsi di giochi con il pallone». In modo analogo nell'ordinanza sindacale n. 565/2008 (Comune di Piacenza) in tema di contrasto alla prostituzione su strada, si parla delle «conseguenze negative sulla sicurezza della circolazione stradale e quindi sull'incolumità pubblica, nonché sull'ordinato e civile uso degli spazi pubblici, causati dai comportamenti imprudenti e imprevedibili di quanti sono alla ricerca di prestazioni sessuali a pagamento, nonché di chi le offre». Entrambe le ordinanze, per fattispecie disciplinata e per periodo di vigenza contemplato, possono essere iscritte nel novero delle ordinanze ordinarie (o di ordinaria amministrazione). Difatti, quella del Comune di Piacenza è stata adottata il 16 ottobre 2008, ed è entrata in vigore il 27 ottobre, e nulla prevede riguardo al termine finale d'efficacia. Allo stesso modo, l'ordinanza del Comune di Potenza non indica alcun riferimento specifico rispetto la propria vigenza.

⁸⁰ Si trattava dell'ordinanza del Sindaco di Roma n. 242 del 16 settembre 2008. Con questo provvedimento sono stati disposti interventi di contrasto alla prostituzione su strada e di tutela della sicurezza urbana facendo divieto «... a chiunque sulla pubblica via e su tutte le aree soggette a pubblico passaggio del Territorio del Comune di Roma...di contattare soggetti dediti alla prostituzione ovvero concordare con gli stessi prestazioni sessuali...» nonché «... di assumere atteggiamenti, modalità comportamentali ovvero indossare abbigliamento che manifestino inequivocabilmente l'intenzione di adescare o esercitare l'attività di meretricio...». Infine vorrei ricordare un aspetto di questa ordinanza che mi pare vada nella giusta direzione rispetto a problematiche che richiedono grande sensibilità per essere risolte (e non un impianto normativo puramente e semplicemente sanzionatorio). In alternativa alle sanzioni per la violazione dell'ordinanza, si prevedeva (in sintonia

in via d'urgenza, ma soprattutto in via ordinaria», giustificando il potere stesso al fine di «rispondere, in modo più rapido e flessibile, alla domanda di vita ordinata e socialmente non degradata che le collettività locali rivolgono anzitutto ai loro enti esponenziali». Non solo, nel replicare e respingere i rilievi dei ricorrenti, il Giudice amministrativo ha aggiunto che questi ultimi «erano a più forte ragione allorquando tendono a ridurre la potestà ex art. 54 alla risoluzione dei soli casi estremi di necessità ed urgenza, non tenendo conto dell'intera riscrittura del medesimo art. 54 e, soprattutto, del rafforzamento dei poteri del Sindaco quale ufficiale di Governo, ossia come soggetto attuatore, in ambito locale ed in relazione alle domande sociali di sicurezza che di volta in volta le singole collettività pongono, delle regole all'uopo stabilite a garanzia dell'unità dell'ordinamento e della stabilità sociale della Repubblica»⁸¹.

Un primo corollario di tale interpretazione giurisprudenziale del potere di ordinanza *ordinaria*⁸² è che il Sindaco sarà tenuto ad assicurare il principio del

con il dettato dell'art. 18 del Dlgs. 25 luglio 1998, n. 286) che «i soggetti accertatori avvieranno le persone dedite alla prostituzione, vittime di violenza o grave sfruttamento ovvero in stato di particolare disagio, alle strutture di accoglienza del Comune di Roma per i previsti interventi di sostegno psicologico e reinserimento...».

⁸¹ Cfr. TAR Lazio, Roma, sentenza n. 12222/2008, p.to 5 (Fatto e Diritto).

⁸² Anche, se nella stessa giurisprudenza, è già possibile intravedere primi contrasti. Il TAR del Lazio, infatti, con la sentenza n. 12222/2008 citato ha ritenuto non illegittima l'ordinanza del Sindaco di Roma (ordinanza n. 242/2008, vedi sopra nel testo). In senso opposto, seppur in sede cautelare, si è invece espresso il TAR del Veneto. Questo, con l'ord. n. 22/2009 ha disposto la sospensione dell'ordinanza del Sindaco di Verona n. 81/2008, che imponeva il divieto di contrattare o esercitare attività di meretricio su strada, prendendo spunto da un precedente costituito dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I civile (5 ottobre 2006, n. 21432) che aveva dichiarato illegittima (pertanto disapplicabile dal Giudice ordinario) un'ordinanza con la quale il Sindaco, per assicurare la sicurezza stradale, aveva disposto il divieto, su tutto il territorio comunale, di contrattare prestazione sessuale a pagamento a bordo di autoveicoli e delle multe irrogate per violazione di tale divieto. È poi interessante notare, sempre nel caso sottoposto all'attenzione del Tar Veneto nel 2009, che il *fumus* per la concessione della misura cautelare è stato ravvisato nel fatto che l'attività riguardante le prestazioni sessuali a pagamento è stata vietata e sanzionata «prescindendo dall'accertamento di situazioni specifiche e localizzate riferibili all'esigenza di tutela della sicurezza urbana su tutto il territorio comunale». Secondo il TAR Veneto, infatti, «l'ordinamento vigente non consente la repressione di per sé dell'esercizio dell'attività riguardante le prestazioni sessuali a pagamento prescindendo dalla rilevanza che tale attività possa assumere sotto altri profili, autonomamente sanzionabili, per le modalità con cui è svolta o per la concreta lesione di interessi riconducibili alla sicurezza urbana». Tale conclusione, secondo il TAR Veneto, sarebbe avvalorata anche dall'art. 2, primo comma, lett. e), del decreto ministeriale 5 agosto 2008 (più volte citato), il quale ricollega espressamente l'esercizio dei poteri del Sindaco a comportamenti che «per le modalità con cui si manifestano, possono offendere la pubblica decenza, il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione dei medesimi». Inoltre, è apparsa fondata anche la censura con la quale la parte ricorrente aveva lamentato il divieto «su tutto il territorio comunale senza limiti e sono conseguentemente suscettibili di sanzione» di condotte che, descritte in modo approssimativo e generico, «possono risultare in concreto non lesive di interessi riconducibili alla sicurezza urbana, in quanto non dirette in modo non

contraddittorio ai soggetti interessati⁸³, riconoscendo loro la possibilità di partecipare al *farsi* dell'atto finale: non sussistendo ragioni di celerità, infatti, non sarà possibile giustificare la deroga all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della legge n. 241/1990⁸⁴.

Ma ciò, senza dimenticare che l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge appena citata contiene una generale clausola di *sanatoria* per le attività amministrative a contenuto vincolato, fra le quali dovrebbero essere comprese le ordinanze *ordinarie*, qualora adottate in assenza di discrezionalità amministrativa: ragion per cui un eventuale vizio di carattere formale potrà essere sanato ove si dimostri che esso non abbia ripercussioni sul risultato⁸⁵.

Ciò che più rileva è, tuttavia, il fatto che seguendo la via intrapresa dalla giurisprudenza indicata da ultimo, si fornisce *copertura* a quelle ordinanze sindacali che nel recente passato sono state dichiarate illegittime per carenza di presupposti. Vale a dire ordinanze adottate non per fronteggiare gravi pericoli per l'*incolumità dei cittadini* ma per soddisfare esigenze prevedibili e ordinarie.

A titolo emblematico si consideri il caso del Comune di Cerro al Volturno.

Il Sindaco di questo Comune aveva adottato un'ordinanza contingibile ed urgente (ai sensi dell'art. 54 TUEL) per ordinare la demolizione (poi eseguita) di due balconi costruiti da molti anni e ciò perché gli stessi – oltre ad essere in contrasto con il regolamento edilizio – costituivano (secondo il Sindaco) «una reale situazione di pericolo per la pubblica incolumità in ragione del fatto che i balconi rappresentavano un continuo intralcio ed erano esposti continuamente all'urto di automezzi comunali e privati».

equivoco all'esercizio dell'attività riguardante le prestazioni sessuali a pagamento, quali: "l'intrattenersi anche dichiaratamente solo per chiedere informazioni, con soggetti che esercitano l'attività di meretricio su strada o che per l'atteggiamento, ovvero per l'abbigliamento ovvero per le modalità comportamentali manifestano comunque l'intenzione di esercitare l'attività consistente in prestazioni sessuali". Infine, rispetto al presupposto del *periculum in mora*, sempre con riguardo ai presupposti per la concessione della misura cautelare, questo è stato ravvisato «nell'incisione di diritti e libertà individuali non suscettibili di successivo ristoro».

⁸³ Diversamente da quanto faceva (e continuerà a fare) nelle ordinanze contingibili ed urgenti.

⁸⁴ Obbligo d'avviso dell'avvio del procedimento che non è richiesto «quando sussistono ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento» e, ciò, «attesa la logica sovraordinazione dell'esigenza di tutela immediata dell'incolumità pubblica sull'interesse del soggetto inciso dall'atto amministrativo di avere conoscenza dell'inizio del procedimento» (così, da ultimo, TAR Napoli, sent. n. 1650/2009).

⁸⁵ E ciò, naturalmente, sempre che l'amministrazione comunale possa dimostrare che la comunicazione era superflua siccome l'adozione del provvedimento finale doverosa (oltre che vincolata) per l'Amministrazione; oppure perché l'interessato (cui doveva essere comunicato l'avvio del procedimento) era già venuto a conoscenza delle vicende che avrebbero condotto all'apertura del procedimento di ordinanza (con effetti lesivi nei suoi confronti) ovvero, infine, che l'interessato stesso non sarebbe stato in grado di apportare una qualche utilità all'azione amministrativa.

In applicazione della consolidata giurisprudenza in materia (vedi *supra* par. 7) il Giudice amministrativo aveva dichiarato illegittima l'ordinanza: per demolire balconi da lungo tempo assentiti e costruiti, il relativo potere era sì esercitabile ma «solamente per affrontare situazioni di carattere eccezionale ed imprevedute costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali fosse impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico». Requisiti che non ricorrono, prosegue il Giudice amministrativo, quando, come nel caso di specie, «il comune può adottare rimedi di carattere ordinario nell'esercizio dei poteri di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia⁸⁶».

L'ultima parte dell'argomentazione mi pare illuminante per cogliere le ricadute sul sistema amministrativo locale della nuova disciplina del potere d'ordinanza. Difatti, quando il potere d'ordinanza era giustificato soprattutto dall'*urgenza del provvedere*, la mancanza di tale presupposto-requisito determinava automaticamente l'illegittimità dell'atto. Ma ora, ove si possa prescindere da questo, il Sindaco potrebbe approvare ordinanze in materia d'incolumità pubblica (oltre che di sicurezza urbana) anche invadendo, come nel caso indicato da ultimo, l'attività degli organi dirigenziali.

È noto che la vigilanza e la repressione in tema d'attività urbanistico-edilizia – un tempo appannaggio dei Sindaci⁸⁷ – è ora attribuita ai dirigenti in forza dell'art. 27 del Testo unico dell'edilizia⁸⁸ ovvero, nei Comuni privi di dirigenza, ai funzionari responsabili del competente ufficio. Sono i dirigenti ad essere chiamati a vigilare su tali attività per assicurarne la rispondenza alle norme (di legge, di regolamento, degli strumenti urbanistici ed infine sulle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi). Sono sempre i dirigenti che, ove accertino l'inizio o l'esecuzione di opere senza il necessario titolo, provvedono «alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi».

Seppure espresso implicitamente, il punto cruciale della decisione del Giudice amministrativo indicata sopra, mi sembra ravvisabile nella necessità di limitare sconfinamenti del potere d'ordinanza sindacale nella sfera riservata alla competenza di altri organi. In sostanza il potere di ordinanza è giustificato (e tollerato) soltanto se sussistano i suoi tradizionali presupposti, primo fra tutti l'urgenza del provvedere. In caso contrario non lo è, poiché si presume che esistano già organi deputati ad occuparsi della questione, competenti a compiere valutazioni tecnico-amministrative in base a regolamentazioni fissate dalle norme statutarie o regolamentari dell'ente.

⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, decisione n. 1537/2006.

⁸⁷ Vedi art. 4, l. n. 47/1985 «Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie».

⁸⁸ Approvato con d.P.R. n. 380/2001.

9. ... vulnus *al principio della separazione fra sfera politica e sfera burocratica*

Quanto detto trova fondamento nel principio di separazione fra attività politica ed attività burocratica che informa oramai – per lo meno a livello teorico⁸⁹ – l'ordinamento amministrativo nostrano⁹⁰. La prima (attività politica) spettante agli organi di governo, riguarda l'esercizio dei «poteri di indirizzo e di

⁸⁹ Diffusa è l'idea che una rigida separazione fra politica e amministrazione sia difficilmente immaginabile. In effetti, nella pratica amministrativa quotidiana, la «politica» continua ad ingerirsi nelle scelte amministrative operate dalla «dirigenza» (o dai funzionari apicali). Ciò risulta essere possibile attraverso «valvole di sfogo» con cui l'organo politico recupera parte dell'influenza perduta (in questi termini vedi G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 87). Interessanti spunti in ordine al profilo secondo cui «l'attività amministrativa sembra essere, sempre e comunque, strettamente implicata con la politica», possono rinvenirsi in R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005, p. 83. Del resto è la stessa giurisprudenza amministrativa a riconoscere che il principio di *separazione* richiamato ha valore «tendenziale» (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, n. 10895/2007).

⁹⁰ Nella considerevole mole di approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema ci pare utile (e sufficiente nell'economia del lavoro) il rinvio a due importanti pareri del Consiglio di Stato. Il primo adottato dall'Ad. Plenaria, 10 giugno 1999, n. 7, in cui il supremo organo amministrativo ha evidenziato gli obiettivi della riforma inaugurata a livello nazionale nel 1993. Il secondo adottato dal Cons. di Stato, 13 maggio 2003, n. 1350, e questa volta riferito direttamente alla sfera locale. A livello dottrinale, per un inquadramento completo della materia, vedi: L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, *passim* (e spec. pp. 27 ss. con riguardo alla reciproca infungibilità dei due blocchi di competenze riservate ed esclusive che segnano la tipica separazione [distinzione] fra organi politici e organi dirigenziali); M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001, spec. pp. 63 ss. A livello comparato è utile il richiamo al volume di F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006. Per l'analisi di questioni più specifiche, in ogni caso utili anche per il presente lavoro, vedi: M. CUCCURU, *Il ruolo della dirigenza alla luce del principio di separazione fra politica e amministrazione*, in *Foro amm.*, T.A.R., 2003, pp. 1409 ss.; S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pp. 1341 ss.; M. CAMMELLI, *Politica e amministrazione: modelli costituzionali, realizzazione e problemi aperti*, in *Lav. nelle p.a.*, 2003, pp. 257 ss.; R. CARANTA, *Politica e amministrazione nella costituzione*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002, vol. I, pp. 307 ss.; S. RAIMONDI, *La dirigenza nei comuni e nelle province*, *Ibidem*, vol. II, pp. 967 ss.; C. D'ORTA, *Distinzione fra politica e amministrazione*, in *Lav. nelle p.a.*, 1999, pp. 903 ss. (con relativo commento delle principali massime giurisprudenziali in materia); G. ABBAMONTE, *Il problema della dirigenza nell'amministrazione locale: stato delle cose e prospettive*, in *Atti del XLIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione* (Tremezzo, 17-19 settembre 1999), Milano, 1999, pp. 322 ss.; A. STANCANELLI, *Le competenze dei dirigenti degli enti locali dopo la L. 127/97*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, pp. 1045 ss.; F. MERLONI, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale. (A proposito dei rapporti tra "politica" e "amministrazione")*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 319 ss., ed infine M. CLARICH, *Politica e amministrazione negli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, pp. 781 ss. Vale richiamare, anche se il tema specifico forse esula dall'oggetto della presente analisi, l'ampio saggio di S. BATTINI, B. CIMINO, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 1001 ss., che si interessa dei rapporti fra politica e dirigenza pubblica soprattutto alla luce delle pronunce della Corte costituzionale.

controllo politico-amministrativo»⁹¹. La seconda (attività burocratica o con terminologia aziendalistica di gestione amministrativa) spettante ai dirigenti, riguarda la «direzione degli uffici e dei servizi» e «l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno»⁹².

A livello comunale il principio è fissato nell'art. 107 TUEL (che apre il Capo III dedicato alla Dirigenza locale) e – come emerge dallo stesso art. 107, citato – limita arbitrari sconfinamenti degli organi politici (specialmente del Sindaco, degli assessori e della Giunta) in ambiti di tipo gestionale. Infatti, la riserva a favore dei dirigenti dell'attività di gestione assicura, secondo il Supremo Consesso amministrativo, «economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'attività degli uffici»⁹³.

Naturalmente, a tale apertura a favore degli organi dirigenziali, segue (e si connette) la relativa attribuzione di responsabilità rispetto al raggiungimento degli obiettivi dell'Ente (stabiliti dagli organi politici) e soprattutto della «correttezza amministrativa» oltre che dell'efficienza dei risultati di gestione⁹⁴.

Infine, il comma 4 dell'art. 107 rafforza il principio di separazione indicato, stabilendo che le attribuzioni dei dirigenti possano essere derogate solo «espressamente» e con apposito atto legislativo⁹⁵.

Riprendendo le fila del discorso, si potrebbe sostenere che la riforma del 2008 (nella parte che riguarda le ordinanze dei Sindaci) costituisca una *deroga* al principio di separazione fra attività politica ed attività burocratica posto dall'art. 107 TUEL. E ciò per il fatto che attribuisce un generale potere d'intervento al Sindaco, seppur nelle specifiche materie inerenti la «pubblica incolumità» e la «sicurezza urbana».

Tuttavia la lettura che ho appena prospettato non convince. Nel modello previsto dall'art. 107 TUEL (e qui richiamato) non è possibile ipotizzare attribuzioni di competenze *condivise* fra organi politici ed organi burocratici. La riforma del 2008 non sottrae espressamente le relative competenze ai dirigenti, ragion per

⁹¹ Come recita l'art. 107, comma 1, TUEL.

⁹² Come recita ancora l'art. 107, comma 1, TUEL. È opportuno rammentare che secondo la giurisprudenza amministrativa l'elenco delle competenze dirigenziali contenuto nella disposizione indicata (art. 107 TUEL) ha natura meramente esemplificativa: cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sentenza n. 2730/2003; TAR Lombardia, Brescia, sentenza n. 464/2003; TAR Piemonte, sentenza n. 2000/2002, ed infine Corte di Cassazione, Sez. II, sentenza n. 23622/2006.

⁹³ Cfr. Ad. Plenaria, 10 giugno 1999, n. 7, cit.

⁹⁴ Cfr. art. 107, comma 6, TUEL.

⁹⁵ Al fine di operare un contenimento della spesa pubblica, per gli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti è prevista una deroga al principio generale della separazione fra politica e amministrazione. In questo caso tali enti possono adottare disposizioni regolamentari attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo (Sindaco e Giunta) la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. In questi termini vedi, da ultimo, Cons. Stato, decisione n. 1070/2009.

cui ci si troverebbe innanzi ad un'inaccettabile sovrapposizione di ruoli fra sindaci e dirigenti⁹⁶: la regola è (e rimane) quella della *separazione* proprio al fine di evitare confusione nell'esercizio del potere.

Ma, l'elemento più forte che depone a favore di un'interpretazione restrittiva del nuovo art. 54, comma 4 (nella parte trattata in questo studio) è di natura sostanziale. Come anticipato, la regola della separazione fra politica e burocrazia risponde ad esigenze collegate ai principi d'imparzialità e buon andamento riferibili all'organizzazione finalizzata all'azione della P.A. E se così è, lo è non tanto e non solo per consentire ad un corpo di funzionari specializzati di conseguire meglio (almeno in potenza) risultati d'efficienza e correttezza tecnica dell'operato amministrativo, ma in quanto si riesce per questa via ad imputare più agevolmente la responsabilità di eventuali inadempienze.

Tale regola – attribuzione di competenze gestionali-amministrative ai dirigenti – è certamente *ritraibile* (o ritraettabile). Basti pensare che, prima delle riforme degli inizi degli anni Novanta del secolo ormai trascorso, l'adozione dei provvedimenti amministrativi (e le relative responsabilità) erano in capo agli organi politici⁹⁷.

Non solo. Nella prospettiva accennata una recente giurisprudenza amministrativa (il caso riguardava proprio taluni poteri attribuiti al Sindaco) ha ammesso che il principio di separazione fra politica e amministrazione sia disponibile da parte del Legislatore regionale. Ragion per cui il Legislatore nazionale ben potrebbe *disporre*, come già fatto a livello regionale. Più in particolare, nel caso enunciato la giurisprudenza ha ammesso che le Regioni, attraverso la propria competenza legislativa, potrebbero attribuire compiti di natura gestionale ad organi politico-amministrativi, poiché: il principio di separazione fra politica e amministrazione non ha la forza di vincolare la potestà legislativa regionale (e provinciale)⁹⁸.

⁹⁶ Questa lettura è confermata dalla formulazione del nuovo comma 4 dell'art. 54 TUEL, da cui non emerge alcuna volontà *espressa* volta a derogare al quadro precedente (invece richiesta dall'art. 107 TUEL). Anche se, rispetto a tale ultima considerazione, sono consapevole che potrebbe essere revocata in dubbio tenuto conto del fatto che il limite imposto dall'art. 107 TUEL («deroga espressa») è di natura ordinaria e che potrebbe essere superato da una diversa previsione della stessa natura intervenuta successivamente. Tuttavia, nel prosieguo dell'analisi cercherò di dimostrare che ciò non costituisce un limite alla prospettiva qui sostenuta.

⁹⁷ Non solo: fu proprio con la riforma degli enti locali (avvenuta con la legge n. 142/1990, specie con riferimento all'art. 51) che si dette avvio al nuovo corso improntato alla separazione fra attività politica ed attività burocratica.

⁹⁸ Vedi Cons. Stato, decisione n. 2585/2008, spec. p.to 3 (parte in diritto), secondo cui: «sulla scorta dell'attuale riparto delle competenze legislative nella materia in oggetto, deve escludersi che il principio di separazione tra funzioni politiche e questioni amministrative costituisca un principio non derogabile dalla legislazione delle Regioni e delle Province Autonome: infatti, lo Stato ha oggi legislazione esclusiva soltanto in ordine a "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali dei Comuni, Province e Città metropolitane" (art. 117, comma II, lett. p), Cost.), materie nelle quali con ogni evidenza non rientra l'assetto delle competenze politico-amministrative al-

Ciò che non sembra *ritrattabile* è invece il principio dell'attribuzione certa ed univoca delle responsabilità: ciascun provvedimento amministrativo deve essere riconducibile ad un unico centro decisionale (ordinanza sindacale o determinazione dirigenziale qui non rileva), ossia ad un solo responsabile.

Questo è probabilmente uno dei problemi più seri posto dal nuovo potere d'ordinanza: la creazione di potenziali sovrapposizioni fra Sindaci e dirigenti con ripercussioni negative sulla certezza del diritto con riferimento precipuo alle relative responsabilità⁹⁹. E ciò soprattutto ove si consideri che – già in epoca immediatamente antecedente alla riforma del 2008 – la giurisprudenza era stata chiamata a dirimere frequenti contrasti fra Sindaco e dirigenti in tema di «pubblica incolumità», che, nella maggior parte dei casi, per non dire nella totalità, il Giudice amministrativo aveva risolto a favore dei dirigenti.

Le materie oggetto di tali ripetuti contrasti fra sindaci e dirigenti sono state: commercio (specie rispetto all'autorità competente all'irrogazione delle sanzioni amministrative per abusiva occupazione di suolo pubblico¹⁰⁰); disciplina della

l'interno degli Enti locali. Tale ultima materia, non essendo espressamente prevista dal comma III dell'art. 117, deve considerarsi rientrante nell'esclusiva competenza delle Regioni e delle Province Autonome (salva, naturalmente, l'impossibilità di derogare o modificare quanto stabilito dallo Stato nell'esercizio della potestà esclusiva di cui alla ridetta lettera p) del comma II). A ciò può aggiungersi il richiamo all'art. 114, comma II, Cost. il quale, prevedendo che «...I Comuni (...) sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione», in una con l'eliminazione dell'obbligo del rispetto dei principi fissati dalle «leggi generali della Repubblica» (in precedenza previsto dall'abrogato art. 128 Cost.), ha riconosciuto agli Enti locali una vera e propria autonomia originaria, temperata unicamente dall'obbligo di rispettare i principi costituzionali». Pertanto, conclude il Giudice amministrativo, «il principio contenuto nell'art. 51 l. nr. 142 del 1990 (oggi art. 107 d.lgs. 18 agosto 2000, nr. 267) non può considerarsi *assolutamente inderogabile* da parte delle Regioni e delle Province Autonome: queste hanno facoltà di introdurlo nel proprio ordinamento, ma, una volta previsto, esso è suscettibile di deroga da parte delle leggi successive, in applicazione del principio generale *lex posterior derogat priori*».

⁹⁹ Sul tema, fra i molti scritti, vedi almeno M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, Torino, pp. 15 ss. L'Autrice ricorda (p. 17-18) che «all'espressione certezza del diritto sono stati nel tempo attribuiti significati diversi». Tuttavia, nel lavoro indicato si può ritenere che, fra i diversi significati, quello utile da ricordare in questa sede è la nozione di certezza del diritto come «*prevedibilità* delle conseguenze giuridiche di un atto o di un fatto», così da costituire «un argine all'arbitrio dei pubblici poteri, in funzione, quindi, garantista dei cittadini nei confronti degli stessi»; nonché, collegata con questa, «la nozione di certezza indica, anche, la prevedibilità della decisione giuridica e, in particolare, del contenuto di un atto e in questa prospettiva postula l'esigenza che i consociati conoscano prima le modalità ed i limiti dell'esercizio effettivo del potere, il che consentirà loro di poter controllare la razionalità della procedura attraverso la quale la decisione medesima è stata assunta».

¹⁰⁰ Cfr. Cassazione Civile, Sez. I, sent. n. 12412/2006 (nello stesso senso Cassazione Civile Sez. I, sent. n. 12862/2006 nonché Cassazione Civile, Sez. II, sent. n. 21631/2006), in cui è stato affermato «benché l'art. 22 del d.lgs. n. 114 del 1998 individui il Sindaco come autorità competente all'irrogazione delle sanzioni amministrative per la violazione della relativa disciplina, dopo l'entrata in vigore del

circolazione sulle strade comunali (ad esempio per la fissazione del limite di velocità su una determinata strada¹⁰¹); smaltimento dei rifiuti (in cui, seppur il Sindaco goda tradizionalmente della possibilità di adottare ordinanze, le stesse sono limitate ai casi di urgenza rispetto al rischio per la pubblica incolumità¹⁰²); ed infine edilizia residenziale pubblica (riguardo la revoca di alloggi popolari¹⁰³). Contrasti destinati ad aumentare se nella prassi prevalesse una interpretazione estensiva del nuovo art. 54, comma 4, TUEL che qui ho voluto evidenziata per segnalare (e mettere in guardia) da presumibili rischi.

In definitiva, il potere di ordinanza ordinaria che emerge dall'analisi effettuata costituisce, a livello funzionale, un istituto che si accosta al potere di determinazione dirigenziale. Se all'ordinanza del Sindaco è sottratto il carattere dell'urgenza, smarrisce il suo originario carattere assumendo la conformazione e la fisionomia di atto discrezionale simile a quello proprio dei dirigenti che agiscono in situazioni ordinarie (e non straordinarie come nel caso delle ordinanze urgenti). Così che l'ordinanza ordinaria perde il carattere della temporaneità, fino giungere al punto di regolare per periodi di tempo indefiniti (magari attraverso continue proroghe) un certo rapporto di interessi¹⁰⁴.

testo unico delle disposizioni sugli enti locali, approvato con d.lgs. n. 267 del 2000, tale competenza è stata devoluta ai funzionari dirigenti dall'art. 107...».

¹⁰¹ Cfr. Cassazione Civile, Sez. II, sent. n. 23622/2006 (in tema di disciplina della circolazione sulle strade comunali «rientrano nelle competenze della dirigenza comunale i provvedimenti che – pur dovendosi adeguare agli eventuali atti normativi e di indirizzo generale emanati dagli organi di governo e ferma restando l'attività di vigilanza e verifica successiva riservata a tali organi, secondo il disposto di cui all'articolo 4 del d.lgs. n. 165 del 2001 – siano diretti a regolamentare gli aspetti particolari della circolazione su singole strade del centro abitato [nella specie il limite di velocità su una determinata strada], a nulla rilevando, in contrario, che il combinato disposto di cui agli articoli 6 e 7 del codice della strada, precedentemente emanato, attribuisca al sindaco la regolamentazione della circolazione nei centri abitati e che i provvedimenti in questione non risultino specificamente tra quelli enumerati dall'articolo 107, terzo comma, del d.lgs. n. 267 del 2000, attesa la natura meramente esemplificativa dell'elenco contenuto in tale disposizione»).

¹⁰² Cfr. Cassazione Penale, Sez. III, sent. n. 28674/2004: «anche a seguito della ripartizione di funzioni in base alle norme dell'ordinamento degli enti locali... permane in capo al sindaco sia il compito di programmazione dell'attività di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, sia il potere di intervento nelle situazioni contingibili ed urgenti, sia il dovere di controllo sul corretto esercizio delle attività autorizzate».

¹⁰³ Cfr. Cons. Stato, decisione n. 5073/2006: «si deve escludere che il Sindaco, quale organo di governo al quale spettano poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, possa porre in essere atti, quale quello di revoca di un alloggio popolare, che rientrano nell'ambito della gestione amministrativa, finanziaria e tecnica riservata ai dirigenti».

¹⁰⁴ A questo proposito il dato costituito dalla prassi non è confortante. Ben l'ottantasette per cento delle ordinanze adottate dopo la riforma del 2008 non prevede un termine di scadenza esplicito (vedi sul punto: *Oltre le ordinanze. I Sindaci e la sicurezza urbana*, cit., pp. 21 ss.). Il dato indicato, essendo estrapolato da un'opera sulle ordinanze in tema di «sicurezza urbana», dovrebbe riguardare solo tale ultima materia, e non anche il caso delle ordinanze in materia di «pubblica

10. ... *ordinanze di «ordinaria amministrazione» e potere regolamentare comunale*

La paventata *stabilizzazione* del potere di ordinanza del Sindaco nell'ordinamento locale – anche in considerazione del grado di generalità e astrattezza delle prescrizioni che con tale potere si porranno – potrebbe anche sovrapporsi con il potere normativo del Consiglio comunale, incidendo sulle regolamentazioni fissate a livello comunale.

È noto che la competenza all'approvazione dei regolamenti comunali è del Consiglio comunale¹⁰⁵. Altrettanto noto è che, non di rado, le competenze dei dirigenti comunali sono disciplinate (o precisate) nei regolamenti comunali stessi. Il contenuto delle ordinanze ordinarie potrebbe porsi in funzione sostitutiva o alternativa rispetto alle fonti competenti.

Un paio di esempi possono meglio chiarire la questione.

Si prenda il caso della recente ordinanza sindacale con cui è stata prevista una deroga alle modalità d'esercizio dell'attività d'ambulante nei confronti di commercianti che erano già stati autorizzati in base ad un apposito regolamento locale¹⁰⁶. In modo analogo si consideri il caso rappresentato dalle recenti ordinanze che si pongono come provvedimenti normativi che anticipano futuri interventi di competenza dei regolamenti locali¹⁰⁷.

Proprio con riferimento specifico al potenziale contrasto fra Sindaco e Consiglio comunale è utile segnalare anche il recentissimo caso oggetto della sentenza del TAR Lazio, n. 4583/2009, in cui è stata verificata la legittimità di un'ordinanza sulla «regolamentazione degli orari delle attività produttive»¹⁰⁸ (materia che tipicamente rientra fra le competenze del Consiglio comunale). Il Giudice amministrativo, proprio alla luce della riserva consiliare, ha puntualmente dichiarato illegittima tale ordinanza, stabilendo che «la disciplina generale delle attività commerciali e produttive deve essere oggetto di un atto regolamentare

incolumità». Tuttavia, anche se manca un'analisi quantitativa a riguardo, il *trend* delle ordinanze in tema di pubblica incolumità non dovrebbe discostarsi di molto da quello in tema di sicurezza urbana, data la sostanziale contiguità fra le due materie nella prassi comunale.

¹⁰⁵ Secondo l'art. 42 TUEL spetta al Consiglio comunale come organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo la competenza in ordine all'approvazione dei regolamenti comunali, salva l'ipotesi di cui all'art. 48, comma 3 (che stabilisce la competenza della Giunta comunale per l'adozione dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi).

¹⁰⁶ Si tratta dell'ordinanza del Sindaco di Reggio Calabria n. 95/2008 (ripresa da *Oltre le ordinanze. I Sindaci e la sicurezza urbana*, cit., p. 68).

¹⁰⁷ Come per esempio l'ordinanza del Sindaco di Campobasso n. 180/2008 relativa alla somministrazione di cibo ai cani randagi (anch'essa ripresa da *Oltre le ordinanze. I Sindaci e la sicurezza urbana*, cit., p. 68).

¹⁰⁸ Si trattava dell'ordinanza del Sindaco del Comune di Viterbo n. 185/2008, qualificata espressamente come «contingibile ed urgente».

adottato in base al potere del Comune di incidere sulle modalità di svolgimento di tali attività»¹⁰⁹.

Su un piano ancora più generale ed ipotetico credo sia lecito pensare, in conclusione, alle molte potenziali occasioni di contrasto fra Sindaco e Consiglio comunale con riferimento al regolamento di *polizia urbana* che disciplina, come noto, l'uso delle aree e degli spazi pubblici (fissando i relativi divieti)¹¹⁰.

In questi casi, come in molti altri¹¹¹, il Sindaco potrebbe adottare ordinanze ordinarie a carattere permanente per apportare modifiche alla disciplina normativa vigente¹¹² ovvero per anticipare la disciplina di una materia non ancora regolata¹¹³.

Non mi dilungherò oltre su questo punto. I profili fin qui emersi mi sembrano sufficienti a confermare le evidenti ripercussioni sulla certezza del diritto, oltretutto sulla chiara ed equilibrata attribuzione delle competenze amministrative. Ciascun Comune potrebbe avere una disciplina sensibilmente diversa da un altro, come in parte già accadeva prima della riforma del 2008, in ragione dell'elevato grado di autonomia riconosciuto a tale Ente, ma la situazione è ora

¹⁰⁹ Di contro, sempre ad avviso dell'organo giurisdizionale, «lo strumento dell'ordinanza può essere utilizzato per arginare problemi di degrado e di ordine e decoro pubblico ma deve limitarsi a risolvere tali situazioni specifiche e contingenti senza travalicare i suoi limiti». L'atto oggetto di impugnativa, difatti, si applicava «al commercio in sede fissa» (cioè a tutti gli esercizi di vendita al dettaglio, produttori agricoli che vendono i loro prodotti, ai chioschi di fiori nelle adiacenze del cimitero ed alle attività di somministrazione nei pubblici esercizi ed a quelle di intrattenimento e svago).

¹¹⁰ Che, più in particolare, si interessa e disciplina (nei limiti consentiti dalla normativa *superiore*): integrità del patrimonio pubblico, pulizia e decoro degli spazi ed aree pubbliche, tutela ambientale, quiete pubblica e privata, detenzione di animali, impianti pubblici ed aree verdi.

¹¹¹ Si pensi anche a regolamenti più specifici, adottati da diversi Comuni, come il «regolamento per i giochi leciti» (di cui apertura, trasferimento di sede, ampliamento della superficie, mutamento della titolarità sono subordinati, ai sensi dell'articolo 86 del T.U.L.P.S., ad apposita autorizzazione comunale rilasciata dal dirigente competente) ovvero il «regolamento comunale per il codice di condotta contro le molestie» (nei luoghi di lavoro – uffici comunali) di cui sono responsabili dell'applicazione i dirigenti del Comune.

¹¹² Che forse potrebbero sconfinare in veri e propri atti amministrativi a contenuto generale. Per le relative implicazioni sull'attività dei pubblici poteri vedi G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, pp. 395 ss. Nonché il più risalente, ma pur sempre fondamentale, G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1962.

¹¹³ A tale proposito va valutata positivamente la scelta operata dal Comune di Venezia di dotarsi – mediante modifica del regolamento di polizia urbana (delibera di C.C. n. 72/2008) – di una serie di disposizioni che disciplinano la «sicurezza urbana», senza ricorrere alle ordinanze ordinarie. In questo senso è da segnalare la parte del regolamento citato relativa alla «Nettezza, decoro ed ordine del centro abitato» (Titolo III) nonché «Quiete e sicurezza nel centro abitato» (Titolo IV). Allo stesso modo, il Comune di Firenze ha approvato un nuovo regolamento di polizia municipale (adottato il 27 luglio 2008) che si interessa di «Sicurezza urbana e pubblica incolumità» (Titolo II, Capo I) nonché di «Convivenza civile, vivibilità, igiene e pubblico decoro» (Titolo II, Capo II). Il contenuto di quest'ultimo si può leggere in E. MAGGIORA, *Le ordinanze negli enti locali*, Milano, 2008, pp. 400 ss.

fortemente aggravata dal fatto che all'interno dello stesso Comune potrebbero *sovrapporsi, confrontarsi e scontrarsi* sulla stessa materia discipline diverse di rango regolamentare (o comunque generale) e di rango sindacale.

In una prospettiva più ampia quanto indicato è suscettibile di incidere sull'intero sistema dei rapporti fra Sindaco e Consiglio che, a seguito delle riforme avviate negli anni Novanta del Novecento, risultano essere già fortemente sbilanciati a favore del Sindaco in ragione della sua legittimazione diretta.

11. Osservazioni conclusive

Non è sufficiente la semplice aggiunta di una parola (il riferimento riguarda logicamente la parola «anche», di cui al comma 4 dell'art. 54 TUEL) per potersi incidere in modo così rilevante sui delicati rapporti fra gli organi di maggiore rilevanza dell'amministrazione locale¹¹⁴.

Il quadro complessivo delle funzioni del Sindaco, dei dirigenti e del Consiglio comunale è fissato da una serie di previsioni contenute nel TUEL (nonché in altre leggi statali e regionali di settore) che, solo a costo di forzature giuridiche, può essere inciso attraverso modifiche poco meditate o peggio ancora inconsapevoli.

Il comma 4 citato è inserito in un ambito (l'art. 54 TUEL) che riguarda i compiti del Sindaco quale rappresentante del Governo sulla comunità locale di cui è a capo. Compiti amministrativi in senso stretto che normalmente, senza considerare casi estremi ed urgenti, riguardano: servizi elettorali, stato civile, anagrafe, statistica e leva militare. Se si interpretasse estensivamente il nuovo potere di ordinanza in materia – *ammettendolo in via ordinaria*, senza ostacoli particolari derivanti dalla risoluzione di casi estremi di necessità ed urgenza – i compiti amministrativi del Sindaco potrebbero lievitare a dismisura determinando una situazione di confusione normativa e soprattutto operativa che ho cercato di rappresentare nel corso del lavoro.

¹¹⁴ Quanto indicato richiama la suggestione (o forse il paradosso) reso con la celebre affermazione secondo cui bastano «tre parole di rettifica del legislatore, e intere biblioteche diventano carta straccia». Frase attribuita al giurista tedesco von Kirchmann, che, anzitutto, denota (a ragionare secondo tale prospettiva) che il diritto non è una scienza, dal momento che bastano tre parole di rettifica del Legislatore perché intere biblioteche diventino carta straccia ma che, da altra prospettiva, mette ben in risalto i rischi derivanti dalla forza del potere legislativo, forza talvolta mal esercitata perché troppo sconvolgente rispetto alle ricostruzioni oramai consolidate su un certo istituto. Per maggiori ragguagli sul punto: J.H. VON KIRCHMANN, *Della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1848), con trad. a cura di P. Frezza, Pisa, 1942. Nel nostro caso è forse bastata una sola rettifica, l'aggiunta della parola «anche» nel comma 4, dell'art. 54 TUEL, per sconvolgere probabilmente (e non è dato sapere quanto consapevolmente) molte delle consolidate acquisizioni sul potere d'ordinanza del Sindaco (come, per esempio, quella secondo cui «contingibilità» e «urgenza» rappresentano caratteri tipici di tale potere).

È pur vero che quanto indicato attiene alle materie «incolumità pubblica» e «sicurezza urbana». Ciò potrebbe far pensare che, uno fra i profili problematici principali che ho tentato di evidenziare in questo scritto, ordinanze di «ordinaria amministrazione» in tema di «incolumità pubblica» e rischio di conflitti con gli altri organi locali, sia minimo, o in ogni caso di scarso rilievo, poiché relativo esclusivamente a quei provvedimenti che il Sindaco assume per fronteggiare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e non per la gestione dell'attività amministrativa locale nel suo complesso.

Tale valutazione, per quanto logica, deve però essere confrontata con quanto emerge dai lavori parlamentari (vedi *supra* par. 1) nonché con la prassi seguita all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del 2008 (vedi *supra* par. 4).

Da tali elementi si evince un'interpretazione del dato normativo per certi versi *rivoluzionaria* e perfino *eversiva* per la parte che interessa le ordinanze ordinarie. Dall'osservazione delle ordinanze sindacali adottate dopo l'approvazione del nuovo art. 54 TUEL, nonché dalle conferme giurisprudenziali in merito alla legittimità delle *nuove* ordinanze ordinarie (vedi *supra* par. 3 e 8) è facilmente immaginabile che la portata del nuovo potere sia destinata a svilupparsi sensibilmente e soprattutto a varcare i confini delle attribuzioni dei dirigenti e del Consiglio comunale con riferimento sia alla «sicurezza urbana» sia alla «incolumità pubblica».

Quest'ultimo profilo è forse rimasto in ombra. Eppure come ho cercato di dimostrare avrà una certa rilevanza sulla *quantità* e *qualità* del nuovo potere di ordinanza sindacale.

In conclusione appare appropriato l'appellativo di origine giornalistica «ordinanze creative» per rappresentare con un semplice *slogan* il nuovo potere. Nondimeno, su un piano più spiccatamente operativo, il punto cruciale mi pare consistere nella questione relativa a *limiti* e *vantaggi* di tale qualificazione: «fu vera gloria» dotare i Sindaci di questi nuovi poteri?

Consapevoli che solo gli accadimenti futuri potranno dare risposta a questa «ardua sentenza», con questa analisi ho cercato di evidenziare taluni profili problematici, nella speranza che siano utili per le indagini a venire¹¹⁵.

¹¹⁵ Come già emerso nel corso dello studio, è quasi superfluo ricordare che il Sindaco non dovrà interessarsi esclusivamente di funzioni riconducibili agli *indirizzi* politico-amministrativi (ampio spaccato dei compiti che attualmente – e tradizionalmente – spettano al Sindaco soprattutto quale punto di snodo dei rapporti fra Comune e livelli di governo superiore è offerto da G. Vesperini, *Il Sindaco nell'Italia unitaria*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2007, pp. 853 ss.); difatti, funzioni e compiti strettamente amministrativi gli sono attribuiti dalle fonti primarie «quale autorità locale nelle materie previste da specifiche disposizioni di legge» (art. 50, comma 4, del TUEL); inoltre permangono in capo ad esso i doveri di controllo sul corretto esercizio delle attività amministrative di tutti gli organi locali (Cfr. Cassazione Penale, Sez. III, sent. n. 2478/2007). I suoi compiti però devono essere svolti nel rispetto dei delicati equilibri dell'ordinamento locale, che la riforma del 2008 mette invece a dura prova.

Osservatorio parlamentare regionale

Osservatorio parlamentare regionale n. 2/2009

a cura del Servizio studi e affari europei dell'Assemblea regionale siciliana

Il periodo preso in considerazione del presente Osservatorio va dal 15 aprile 2009 al 30 novembre 2009, abbracciando un arco temporale ampio, ma interessato da pochi provvedimenti legislativi, seppure di grande rilievo in quanto in maggioranza di carattere intersettoriale.

Ci si riferisce in modo particolare alla legge finanziaria e al bilancio di previsione per l'anno 2009 nonché alla legge sugli aiuti alle imprese, provvedimenti approvati rispettivamente ad aprile e a luglio scorsi.

In considerazione di tale peculiarità si è ritenuto di affrontare in modo sistematico i contenuti delle due leggi in questione, suddividendoli per materia per ciascun provvedimento legislativo.

I grafici e gli schemi riportati di seguito sono inoltre corredati di materiale informativo utile con una breve descrizione delle norme e, laddove possibile, il rinvio a ulteriori atti o documenti necessari a ricostruire il processo formativo e le finalità delle disposizioni in commento.

L'Osservatorio consta poi di una seconda parte nel quale è contenuta un'ampia documentazione relativa all'espressione da parte dell'Assemblea dei pareri sui progetti di legge di modifica dello Statuto trasmessi dalle Camere ai sensi dell'art. 41 ter dello Statuto stesso. Tale parte ha inizio con una breve descrizione della fattispecie di cui trattasi, con un excursus sui precedenti parlamentari, sulla procedura adottata e prosegue con la sintesi dei pareri espressi e delle loro motivazioni nonché, in ultimo, con una panoramica relativa ai pareri espressi dalle altre Regioni a statuto speciale su analoghi provvedimenti.

La sezione dell'Assemblea regionale si conclude, infine, con degli schemi riassuntivi dell'attività ispettiva e di indirizzo politico di Sala d'Ercole nei mesi interessati.

Si ricorda che nell'arco di tempo interessato si sono svolti importanti dibattiti tra i quali quello sul precariato nella scuola (vedi resoconto stenografico seduta n. 30 dell'8 ottobre 2009) e quello sulla rideterminazione degli obiettivi di politica economica e finanziaria. A proposito di quest'ultimo si segnala – fatto estremamente interessante sotto il profilo della novità procedurale e per il suo significato politico – che nella seduta n. 121 dell'11 novembre 2009 è stato approvato l'ordine del giorno del Gruppo parlamentare del PD volto a respingere il DPEF del Governo.

ATTIVITÀ PARLAMENTARE

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

Brevi abstracts delle leggi approvate dal 15 aprile al 30 novembre 2009

Legge 14 maggio 2009, n. 6

Pubblicata sulla GURS n. 22 del 20 maggio 2009

Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2009

DDL n. 250 (iniziativa governativa)

Si tratta della legge finanziaria. Per una dettagliata descrizione delle norme ivi contenute si veda nel prosieguo della presente trattazione. Si riportano, infatti, infra, degli schemi, suddivisi per rubrica di appartenenza, nei quali vengono sinteticamente riassunte le finalità delle norme della finanziaria. Vi si dà inoltre conto dell'eventuale impugnativa del Commissario dello Stato e delle sue motivazioni.

Legge 14 maggio 2009, n. 7

Pubblicata sulla GURS n. 22 del 20 maggio 2009 – Suppl. ord.

Bilancio di previsione della Regione siciliana per l'anno finanziario 2009 e bilancio pluriennale per il triennio 2009-2011

DDL n. 249 (iniziativa governativa)

La legge n. 7 introduce il bilancio di previsione per l'anno 2009, secondo lo schema dettato dal comma 6 dell'articolo 1 della legge regionale n. 47 del 1977 e successive modifiche ed integrazioni.

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 2009-2011 delle entrate e delle spese, raffrontate con le corrispondenti previsioni iniziali ed aggiornate al 2008.

Totali generali di bilancio (migliaia di euro)

	2008 previsioni iniziali	2008 previsioni aggiornate	2009	2010	2011
Previsioni di competenza	24.875.250 (di cui 8.791.544 avanzo finanziario)	25.041.683	25.090.632 (di cui 8.728.379 avanzo finanziario)	15.675.014	14.969.008
Previsioni di cassa	19.314.053		19.628.108	—	—

Legge regionale 7 luglio 2009, n. 8**Norme sull'ineleggibilità ed incompatibilità dei deputati regionali**

Publicata sulla GURS n. 32 del 10 luglio 2009 (in precedenza pubblicata a soli fini notiziali nella GURS n. 11 del 13 marzo 2009)

DDL n. 342 (iniziativa parlamentare)

La riforma introdotta, incidendo sulla disciplina delle elezioni dei deputati dell'Assemblea regionale siciliana contenuta nella legge regionale 20 marzo 1951, n. 29, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 17 *bis* dello Statuto regionale. Pertanto essa era sottoponibile a referendum confermativo entro tre mesi dalla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale. Per questo motivo in un primo tempo la pubblicazione è avvenuta a soli fini notiziali, dovendo attendersi il decorso del termine di tre mesi previsto dalla legge regionale n. 14/2001 per la presentazione del referendum o l'esito dello stesso, qualora richiesto.

La legge, poi promulgata a seguito della mancata richiesta referendaria e dell'infruttuoso decorso del termine di cui sopra, prevede che, in caso di accertamento di un'ipotesi di incompatibilità e di sua definitiva deliberazione da parte dell'Assemblea regionale, il termine di dieci giorni entro cui l'eletto deve esercitare il diritto di opzione a pena di decadenza decorra, ove l'incompatibilità sia accertata in sede giudiziale, entro dieci giorni dal passaggio in giudicato della sentenza. Viene in tal modo sostituito il comma 1 dell'art. 10 *sexies* della legge regionale 20 marzo 1951, n. 29.

Legge regionale 6 agosto 2009, n. 9**Norme in materia di aiuti alle imprese**

Publicata sulla GURS n. 38 del 14 agosto 2009

DDL n. 119/NS I (iniziativa governativa)

La legge introduce importanti innovazioni in materia di aiuti alle imprese, modificando ed integrando la legge organica che regolava la materia, cioè la legge regionale n. 32/2000.

Nel prosieguo del presente Osservatorio è contenuta una dettagliata descrizione delle norme dettate dalla legge regionale in questione. Negli schemi riportati *infra*, suddivisi per rubrica di appartenenza, vengono sinteticamente fornite utili informazioni in ordine ai soggetti beneficiari, all'oggetto dell'aiuto ed alla sua forma.

Legge Regionale 27 ottobre 2009, n. 10**Disposizioni per agevolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro**

Publicata sulla GURS n. 50 del 30 ottobre 2009

DDL n. 349 (iniziativa governativa)

Il provvedimento legislativo in esame disciplina lo stato di disoccupazione

dei soggetti privi di lavoro che siano immediatamente disponibili allo svolgimento di un'attività lavorativa, in linea con quanto disposto dalla normativa statale e segnatamente dal decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, modificato dal decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297. In particolare, esso prevede le modalità da seguire ai fini del riconoscimento dello stato di disoccupazione e dell'ammissione alle agevolazioni previste dalle leggi vigenti per l'inserimento lavorativo. Rispetto alla normativa nazionale, si segnala la previsione dell'erogazione da parte dei Centri per l'impiego dei servizi di cui alle lettere a) e b) dell'art. 3 del decreto legislativo n. 181 del 2000 e di cui alle leggi vigenti in materia di agevolazioni per l'inserimento lavorativo. Si segnala inoltre la attribuzione agli stessi Centri per l'impiego della competenza per il rilascio della certificazione relativa allo stato di disoccupazione e alla sua decorrenza iniziale, per le finalità di cui alle leggi vigenti, tra cui in particolare la legge 29 dicembre 1990, n. 407, in materia di agevolazioni per l'inserimento lavorativo.

Legge Regionale 17 novembre 2009, n. 11

Crediti di imposta per nuovi investimenti e per la crescita dimensionale delle imprese

Publicata sulla GURS n. 53 del 20 novembre 2009

DDL n. 239-182 (iniziativa governativa)

La legge in esame introduce un regime di aiuti da realizzarsi mediante il sistema del credito d'imposta, mirato ad incentivare, soprattutto, gli investimenti effettuati dalle piccole e medie imprese che hanno attuato processi di stabile aggregazione. In particolare, si tratta di un contributo nella forma del credito d'imposta alle grandi, medie, piccole e micro imprese, ivi comprese quelle artigianali, operanti nei settori delle attività estrattive, manifatturiere e del turismo, nonché dei servizi, che effettuano nuovi investimenti in Sicilia.

Si segnala l'iter procedurale che ha interessato le fasi di approvazione della legge in questione.

Le disposizioni, infatti, contenendo un regime di aiuti, necessitavano della notifica alla Commissione europea, al fine di non eludere il principio di concorrenza, contenuto nel Trattato europeo. Pertanto il relativo disegno di legge, non appena approvato dalla competente Commissione di merito (novembre 2008), è stato trasmesso dalla Presidenza dell'Assemblea al Presidente della Regione, in ottemperanza all'articolo 49 c. 10 della legge regionale n. 10/1999, per la successiva notifica, avvenuta in data 12 dicembre 2008, alla Commissione europea, ai sensi dell'articolo 88 del trattato CE. In data 20 ottobre 2009 è pervenuta agli Uffici della Commissione Bilancio copia della decisione della Commissione europea, che ha dichiarato compatibile con il Trattato il regime di aiuti consistente,

nella specie, nel credito d'imposta per la realizzazione di progetti di investimento iniziale e per la crescita dimensionale delle imprese.

Il regime scade il 31 dicembre 2013, dovendo la sua vigenza conformarsi alla durata della Carta italiana degli aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013, alla durata degli Orientamenti comunitari per gli aiuti di stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013 ed alla durata del regolamento del Consiglio relativo al Fondo europeo della pesca.

La Commissione Bilancio, prima, e poi l'Aula (in data 4 novembre 2009) ha quindi approvato il testo della normativa tenendo conto di tali osservazioni della Commissione europea.

Leggi approvate dal 15 aprile al 30 novembre 2009

DATI QUANTITATIVI

XV LEGISLATURA (dal 15 aprile al 30 novembre 2009)	
numero totale delle leggi	6*
numero delle leggi di iniziativa governativa	5
% delle leggi di iniziativa governativa	83%
numero delle leggi di iniziativa parlamentare	1
% delle leggi di iniziativa parlamentare sul totale delle leggi	17%

* Nel numero è ricompresa la legge n. 8/2009 recante "Norme sull'ineleggibilità ed incompatibilità dei deputati regionali", che è stata pubblicata sulla GURS n. 32 del 10 luglio 2009, ma che era stata approvata nel primo trimestre 2009 e non promulgata per attendere la decorrenza dei termini dell'eventuale richiesta di referendum confermativo ai sensi dell'articolo 17 bis dello Statuto. Il referendum non è stato richiesto.

DURATA DELL'ITER DI APPROVAZIONE DELLE LEGGI

XV LEGISLATURA (dal 15 aprile al 30 novembre 2009)	
numero totale delle leggi	6*
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 1 e 30 giorni	—
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 31 e 90 giorni	—
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 91 e 180 giorni	1
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 181 e 360 giorni	3
numero delle leggi il cui iter è stato superiore a 360 giorni	2 (l.r. n. 9/09) (l. r. n. 11/09)

* Nel numero è ricompresa la legge n. 8/2009 recante "Norme sull'ineleggibilità ed incompatibilità dei deputati regionali", che è stata pubblicata sulla GURS n. 32 del 10 luglio 2009, ma che era stata

approvata nel primo trimestre 2009 e non promulgata per attendere la decorrenza dei termini dell'eventuale richiesta di referendum confermativo ai sensi dell'articolo 17 bis dello Statuto. Il referendum non è stato richiesto. Va da sé che, considerata la procedura aggravata richiesta dallo Statuto si tratta di una legge il cui iter approvativo è assai più lungo dell'ordinario.

Note: Per l'inizio dell'iter si considera la data di presentazione del relativo disegno di legge.

TECNICA REDAZIONALE*

XV LEGISLATURA (dal 15 aprile al 30 novembre 2009)	
Numero totale delle leggi	6
Testo nuovo	3
Novella	1
Tecnica mista**	2

* 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

XV LEGISLATURA (dal 15 aprile al 30 novembre 2009)	
Numero totale delle leggi	6
Leggi istituzionali	1
Leggi di settore	1
Leggi intersettoriali	2
Leggi provvedimento	-
Leggi di manutenzione normativa (incluse le leggi di interpretazione autentica)	-
Leggi di bilancio	2

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 precedente.

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.

INIZIATIVA LEGISLATIVA*

XV LEGISLATURA (dal 31 marzo al 30 novembre 2009)	
numero totale dei disegni di legge	98
numero dei disegni di legge di iniziativa governativa	20
% dei disegni di legge di iniziativa governativa	20%
numero dei disegni di legge di iniziativa parlamentare	78
% dei disegni di legge di iniziativa parlamentare dei disegni di legge	80%

* Lo Statuto (art. 12) e la legge regionale n. 1/2004 hanno previsto e disciplinato l'iniziativa legislativa popolare, comunale e provinciale. In atto non risultano presentati disegni di legge riconducibili a tali tipologie di iniziativa legislativa.

LEGGE 14 maggio 2009, n. 6

“Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2009”

La legge n. 6 del 14 maggio 2009 introduce disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2009. La manovra detta delle disposizioni i cui effetti producono un complessivo recupero di risorse pari a 164.388 migliaia di euro, detratto il saldo netto da finanziare risultante dal bilancio a legislazione vigente, pari a 41.612 migliaia di euro.

Art. 5

Contenimento delle spese di funzionamento

In un'ottica di contenimento delle spese di funzionamento, prevede l'obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni regionali di redigere piani triennali per la individuazione di misure dirette alla razionalizzazione dell'utilizzo delle dotazioni strumentali ed informatiche. Nel rispetto dei principi di buon andamento e trasparenza della pubblica amministrazione, le pubbliche amministrazioni regionali hanno il compito di trasmettere annualmente una relazione alla Corte dei conti. La relazione riguardante la struttura amministrativa della Regione deve essere altresì trasmessa all'Assemblea regionale siciliana

Art. 15

Fondo di Quiescenza

Si prevede la creazione di un Fondo di quiescenza regionale per il personale regionale, con conseguente dismissione delle funzioni e delle relative competenze da parte dell'INPDAP. Alla dotazione finanziaria del fondo si può provve-

dere con eventuali conferimenti di beni immobili, previa individuazione da parte del Presidente della Regione.

Art. 26

Tecnologie dell'informazione e della comunicazione

Autorizza l'Assessorato competente ad attivare regimi di aiuto anche nell'obiettivo specifico 4.2 del PO FESR 2007-2013 relativo al potenziamento del sistema delle piccole e medie imprese attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Art. 28

Modifica alla legge regionale 20 novembre 2008, n. 15

Norme in materia di contrasto alla criminalità

Elimina l'obbligo per gli aggiudicatari di appalti di importo superiore a 100 migliaia di euro di aprire un apposito conto corrente a ciò dedicato e consente l'utilizzazione di un conto corrente già esistente.

Art. 67

Medaglia d'oro ai siciliani vittime di Nassirya

Si autorizza il Presidente della Regione a concedere una medaglia alla memoria dei siciliani caduti nell'attentato di Nassirya.

FAMIGLIA, POLITICHE SOCIALI ED AUTONOMIE LOCALI

Art. 8

Patto di stabilità

La norma, al fine di evitare pesanti refluenze sull'occupazione, prevede che non siano considerate tra le spese correnti soggette al vincolo del patto di stabilità le somme finalizzate alla stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili (LSU).

Il comma 3 prevedeva che per la definizione del patto di stabilità regionale gli enti locali fossero autorizzati per gli esercizi finanziari 2009-2010 a non tenere conto degli stanziamenti e delle erogazioni relativi a spese di investimento.

La disposizione è stata impugnata dal Commissario dello Stato ai sensi dell'art. 28 dello Statuto per contrasto con gli articoli 117, 119, comma 2, e 120 della Costituzione. La competenza delle regioni a statuto speciale in materia di patto di stabilità sarebbe, secondo l'impugnativa, riconosciuta alle sole autonomie speciali che erogano le risorse per la finanza locale e non anche a quelle, come la Sicilia, nei cui territori le suddette risorse sono ancora trasferite agli enti locali dal Ministero dell'Interno.

Inoltre la generalizzata esclusione di tutte le spese di investimento dal patto di stabilità interno sarebbe idonea a comportare effetti peggiorativi sui saldi di finanza pubblica privi di adeguata compensazione.

Art. 9

Assegnazioni agli enti locali per il triennio 2009-2011

Le disposizioni sono relative alle assegnazioni agli enti locali. La quota destinata a spese per investimenti ammonta al 10% delle assegnazioni con l'obbligo di incremento della stessa di almeno lo 0,5 per cento annuo.

Art. 10

Obbligo di pubblicazione di atti nel sito internet

Introduce forme sanzionatorie qualora le amministrazioni comunali e provinciali non ottemperino all'obbligo di pubblicazione dei propri atti nei rispettivi siti internet, già previsto dalla legge regionale n. 16 del 2008.

Art. 11

Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria

Prevede la concessione di anticipazioni di cassa ai comuni in deficit nel limite del 30% del fondo per le autonomie locali.

Art. 12

Riequilibrio finanziario delle province

Si modifica la disposizione della finanziaria per il 2003 riguardante le province costituite da aree interne al fine di precisare che per aree interne si intendono quelle di cui alla legge regionale 9 agosto 1988, n. 26 individuate poi dal decreto presidenziale del 10 maggio 1989 pubblicato in GURS n. 27 del 3 giugno 1989. Si stabilisce, altresì, che i criteri compensativi individuati dall'Assessore regionale per la famiglia, le politiche sociali e le autonomie locali, al fine di garantire il riequilibrio finanziario delle predette province in ogni caso non debbano comportare una quota di trasferimento annuale inferiore a quella stabilita per l'anno 2002.

Art. 13

Attribuzione di somme alle province per l'erogazione dei servizi socio assistenziali

Si aumenta la dotazione del fondo autonomie locali per le province da 1650 a 1720 migliaia di euro, per gli oneri finanziari relativi all'erogazione dei servizi socio-assistenziali gravino sullo stesso.

Art. 14

Cessioni di crediti vantati nei confronti di enti pubblici territoriali

Al fine di consentire ai creditori di enti pubblici il perfezionamento di operazioni di cessione del credito con banche o altri intermediari finanziari, viene disciplinata una procedura di certificazione dei crediti derivanti da contratti di somministrazione, forniture ed appalti vantati dagli stessi nei confronti di enti

pubblici territoriali, che entro 30 giorni devono verificare se il relativo credito sia certo, liquido ed esigibile.

Art. 23

Norme sui consigli di circoscrizione

A favore dei consiglieri circoscrizionali di comuni con popolazione inferiore a 100.000 abitanti, i cui consigli siano già istituiti, si erogano, sino alla scadenza del mandato, le indennità previste per i corrispondenti organi dei comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti. I comuni con popolazione inferiore a 50 mila abitanti possono mantenere i consigli circoscrizionali senza spesa.

Art. 24

Oneri per permessi retribuiti di consiglieri di enti locali

Si eleva il limite massimo del rimborso che nell'ambito di un mese può essere corrisposto dall'ente locale al datore di lavoro dei consiglieri comunali e provinciali per i permessi retribuiti. In particolare, il limite passa da un terzo a due terzi dell'indennità massima prevista per il rispettivo sindaco o presidente di provincia.

Art. 30

Modifica di norme in materia di mutui per la prima casa

Interviene sulla legge regionale n. 15 del 1986 (c.d. legge Sciangula) e dispone che non si applichino interessi moratori per ritardati pagamenti delle rate di mutuo scadute nei confronti di soggetti che si trovino in particolari situazioni di disagio

LAVORI PUBBLICI

Art. 29

Norme in materia di censimento degli alloggi popolari

Introduce l'obbligo per i comuni e per gli istituti autonomi per le case popolari di provvedere all'aggiornamento annuale dei dati relativi al censimento degli alloggi popolari.

Il comma 1 ter è stato impugnato dal Commissario dello Stato ai sensi dell'art. 28 dello Statuto. La norma introduceva a regime una generica sanatoria delle occupazioni "sine titulo" degli alloggi popolari previo il mero pagamento delle mensilità del canone dovuto, anche indipendentemente dalla verifica del possesso dei requisiti prescritti per fruire dei benefici dell'edilizia popolare. Secondo il Commissario dello Stato, la disposizione si pone in contrasto con gli articoli 3, 97 e 119, comma 5, della Costituzione.

Art. 31

Fondo progettazione

Viene istituito nel bilancio della Regione un fondo di rotazione diretto a coprire le spese relative alla progettazione definitiva ed esecutiva, al perfezionamento delle procedure tecniche amministrative ed operative, necessarie per l'accesso ai finanziamenti volti alla riqualificazione urbana. Le risorse del fondo sono pari a 60 milioni di euro per il 2009 e 90 milioni per il 2010, a valere sui fondi FAS.

Detta una deroga, per l'anno 2009, al principio secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'art. 8, comma 9, della legge regionale n. 7/2002, devono approvare l'elenco annuale dei lavori pubblici unitamente al bilancio preventivo di cui costituisce parte integrante. Per il solo anno 2009, ed entro il 30 giugno, dunque le amministrazioni possono approvare il piano triennale e l'elenco annuale dei lavori pubblici separatamente dal bilancio.

Art. 32

Disposizioni in materia di studio e progettazione di opere pubbliche

Prevede la partecipazione del CONI Sicilia alla stesura del programma triennale relativo alla progettazione di impianti sportivi.

Art. 33

Recupero edifici situati nei centri storici e zone omogenee

Si autorizza l'assessorato competente a stipulare con gli istituti di credito convenzioni che prevedano mutui agevolati per i titolari di immobili situati nei centri storici, che intendano attivare opere di recupero e restauro dei medesimi.

SANITÀ

Art. 27

Contributi in conto interessi alle piccole e medie imprese dei servizi ospedalieri

Estende alle piccole e medie imprese operanti nel settore dei servizi ospedalieri il regime di aiuti per il consolidamento delle passività onerose concessi alle imprese industriali da parte dell'Assessore regionale per l'industria, ai sensi dell'articolo 8 della legge regionale n. 23 del 2008, prevedendo la possibilità di utilizzare una quota fino al 15% delle risorse destinate al predetto regime.

Art. 56

Norme sulle borse di studio per la frequenza di scuole di specializzazione delle facoltà di medicina e chirurgia

Detta norme sulle borse di studio per la frequenza di scuole di specializzazione delle facoltà di medicina e chirurgia. La spesa relativa alle borse di studio in

questione viene determinata ogni anno in relazione al fabbisogno regionale da parte dell'Assessore regionale per la sanità, previo parere vincolante della competente Commissione legislativa dell'Assemblea regionale siciliana.

AGRICOLTURA E FORESTE

Art. 16

Finanziamenti in favore delle imprese agricole per la formazione di scorte

Si autorizza l'assessorato competente a concedere finanziamenti a tasso agevolato a favore delle imprese agricole, nei limiti del "de minimis", per il sostegno dell'acquisto di prodotti e materiali di consumo funzionali all'esercizio dell'attività agricola. Si prevede inoltre che l'assessorato stipuli una convenzione con la CRIAS per la gestione dei relativi finanziamenti.

Art. 17

Credito agrario di esercizio a tasso agevolato

Si concedono aiuti alle aziende agricole, nell'ambito del "de minimis", nelle forme del concorso sugli interessi sui prestiti agrari di conduzione e sulla ristrutturazione dei debiti agrari.

Art. 18

Consolidamento delle passività onerose in agricoltura

Prevede il sostegno alle imprese agricole, singole o associate, sotto forma di contributi in conto interessi sui prestiti di esercizio e per il consolidamento delle passività onerose. Sono, inoltre, concessi contributi per gli interventi di ricapitalizzazione e per la trasformazione in mutui ventennali di una serie di passività in essere alla data di entrata in vigore della legge.

Art. 19

Proroga della scadenza dei termini delle esposizioni agrarie e ristrutturazione delle passività a tasso agevolato

Viene autorizzata la proroga fino a 18 mesi delle esposizioni di natura agraria scadute al 31 dicembre 2008, nonché quelle delle aziende agrumicole, ortofrutticole e terricole, con scadenza al 31 maggio 2009, purché contratte anteriormente alla data di entrata in vigore della legge.

Art. 20

Disposizioni in favore della viticoltura

Rimodula la spesa prevista da alcune disposizioni vigenti per l'erogazione di contributi alle imprese del settore vitivinicolo e introduce nuovi contributi per le imprese medesime.

Art. 21

Riperimetrazione di aziende faunistico-venatorie

Detta la misura minima di superficie necessaria per la trasformazione di due o più aziende faunistico-venatorie contigue, in caso di riperimetrazione di aziende già esistenti.

Art. 22

Riconoscimento di associazioni faunistico-venatorie

Riconosce tra le associazioni venatorie Caccia e Ambiente Artemide, ANCA ed Enalcaccia.

COOPERAZIONE, COMMERCIO, ARTIGIANATO E PESCA

Art. 41

Convenzioni con i confidi

Si autorizza l'Assessorato della cooperazione, del commercio, dell'artigianato e della pesca a stipulare con i confidi convenzioni anche per la concessione dei contributi in conto interessi alle PMI previsti dall'articolo 72 della legge regionale n. 32/2000.

Art. 42

Contributo straordinario all'Ente autonomo Fiera del Mediterraneo di Palermo e all'Ente autonomo Fiera di Messina

Si autorizza l'Assessorato della cooperazione, del commercio, dell'artigianato e della pesca ad erogare un contributo pari a 1000 migliaia di euro in favore della Fiera del Mediterraneo di Palermo e di 350 migliaia di euro per quella di Messina per il pagamento di stipendi ed altri oneri connessi al personale. Si prevedono, inoltre, contributi straordinari in favore della Fiera del Mediterraneo di Palermo e di quella di Messina per il pagamento di spese urgenti ed indifferibili. Infine, viene prevista la garanzia sussidiaria della Regione, sino ad un massimo di 2000 migliaia di euro per mutui della fiera di Messina finalizzati al ripianamento delle situazioni debitorie.

Art. 43

Indennità per calamità e aiuti all'occupazione nel settore della pesca

Si consente l'utilizzo di risorse a favore del settore della pesca anche per le calamità che si sono verificate dopo il 31/12/2008

Art. 44

Consorzi di ripopolamento ittico

Si autorizza l'Assessorato della cooperazione, del commercio, dell'artigianato

e della pesca a riorganizzare i consorzi di ripopolamento ittico, vietando ai comuni, il cui territorio non confini con il mare ovvero non abbiano nel proprio territorio industrie di conservazione o trasformazione di prodotti ittici, di farne parte.

Art. 45

Norme in materia di accesso al credito delle piccole e medie imprese

Prevede che le somme del fondo di rotazione per favorire l'accesso al credito delle piccole e medie imprese commerciali siano versate in un apposito conto corrente aperto presso la società o ente aggiudicatario della gestione del fondo.

Art. 46

Norme sulle cooperative giovanili

Si tratta di disposizioni di sostegno alle cooperative giovanili, che, in regola con gli obblighi occupazionali, si trovino in stato di crisi.

BENI CULTURALI

Art. 48

Istituto regionale per l'integrazione dei diversamente abili di Sicilia

Interviene a mutare la denominazione dell'Istituto regionale dei sordi in Sicilia in Istituto regionale per l'integrazione dei diversamente abili di Sicilia.

Art. 49

Servizio museografico

La norma prevede di assegnare una dotazione finanziaria oltre che ai musei, gallerie e pinacoteche regionali anche al servizio museografico dell'Assessorato Beni culturali, ambientali, e della pubblica istruzione.

Art. 50

Disposizioni relative al Museo regionale d'arte moderna e contemporanea

La disposizione fa rivivere norme precedentemente abrogate riguardanti l'autonomia amministrativa e finanziaria del Museo regionale d'arte moderna e contemporanea.

Art. 51

Modalità di sostegno alle iniziative per la diffusione e conoscenza delle tradizioni popolari siciliane

Si interviene finanziariamente a sostegno di spese dirette alla promozione e realizzazione di manifestazioni che riguardino la diffusione del teatro dialettale e del folklore siciliano.

Art. 52

Contributi per attività di catalogazione libraria e documentale

Si prevede la concessione di contributi per la catalogazione libraria e documentale a favore di comuni, accademie, enti, istituzioni e associazioni culturali, scientifiche e musicali aventi sede in Sicilia.

Art. 53

Risanamento e recupero del centro storico di Ragusa Ibla

È autorizzata la spesa di 5000 migliaia di euro per il triennio 2009-2011 per il risanamento ed il recupero del centro storico di Ragusa Ibla e zone adiacenti.

Art. 54

Adeguamento e messa in sicurezza di edifici scolastici

Si autorizza l'Assessore Beni culturali, ambientali, e della pubblica istruzione a predisporre un programma di interventi volti all'adeguamento alle normative in materia di sicurezza e alle normative antisismiche di edifici scolastici di ogni ordine e grado di pertinenza dei comuni e delle province, tenendo conto delle competenze territoriali.

Art. 55

Disposizioni in favore dello svolgimento di iniziative culturali

Per iniziative di carattere culturale, artistico e scientifico di particolare rilevanza, direttamente promosse dall'Assessorato regionale dei beni culturali ed ambientali e della pubblica istruzione si erogano contributi anche a favore di soggetti giuridici dotati di adeguata capacità tecnico organizzativa.

Art. 65

Disposizioni in materia di beni immobili della Regione

Assegna all'Assemblea regionale Siciliana l'uso della Chiesa dei Santi Elena e Costantino.

Art. 66

Disposizioni in favore della Fondazione 'Federico II'

Incrementa il fondo patrimoniale della Fondazione "Federico II".

LAVORO

Art. 35

Interventi per la formazione della 'gente di mare'

Si intendono finanziare corsi di formazione per la c.d. gente di mare, al fine di garantire la sicurezza sul posto di lavoro di tali soggetti secondo la normativa posta a tutela a livello internazionale.

Art. 36

Misure urgenti per l'emergenza sociale

Si autorizza il finanziamento di interventi straordinari aventi ad oggetto la realizzazione di progetti per l'esecuzione o la manutenzione straordinaria di opere di pubblica utilità appartenenti al demanio dei comuni. A tal fine saranno assunti lavoratori che abbiano indicato la loro disponibilità presso i centri per l'impiego. Il numero dei cantieri autorizzati per ciascun comune viene stabilito in ragione della popolazione con un minimo di 2 ed un massimo di almeno 15 per i comuni con oltre 300.000 abitanti.

Art. 37

Misure urgenti di sostegno all'occupazione

Proroga i contratti di lavoro di personale presso il dipartimento regionale della protezione civile.

Art. 38

Personale CEFPAS

Proroga i contratti di lavoro del Centro per la formazione permanente e l'aggiornamento del personale del servizio sanitario.

Art. 39

Norme sul comando di personale

Autorizza l'assegnazione temporanea di personale dell'amministrazione regionale presso altre amministrazioni pubbliche.

Art. 47

Personale dei soppressi patronati scolastici

Dispone che il personale dei soppressi patronati scolastici possa essere inquadrato oltre che negli organici dei comuni, anche negli enti pubblici da questi partecipati.

Art. 62

Disposizioni sul personale dei consorzi idrici tra comuni

Fornisce un'interpretazione del termine "assumono" da intendersi nel senso di "transitano" in merito ai dipendenti dei consorzi idrici tra comuni.

INDUSTRIA

Art. 25

Attivazione di iniziative di microcredito

Al fine di sostenere le microimprese e le famiglie vittime dell'usura, si autorizza l'Assessore regionale per il bilancio e le finanze ad istituire un Fondo etico della

Regione siciliana da destinarsi per il 65% dell'ammontare in favore delle microimprese e per il restante 35% in favore delle famiglie, per attivare iniziative di microcredito. È istituito presso l'assessorato regionale del bilancio un Comitato regionale per il microcredito per sovrintendere all'attuazione delle predette iniziative.

Art. 40

Contributi in conto interessi alle imprese

Destina il 50 per cento delle risorse regionali per la concessione di aiuti alle imprese per il tramite dei confidi sotto forma di contributo in conto interessi alle operazioni creditizie a medio e lungo termine.

BILANCIO E FINANZE

Art. 1

Risultati differenziali

Autorizza il ragioniere generale della Regione ad effettuare operazioni finanziarie per il finanziamento di investimenti, compresi quelli inclusi nel PAR Sicilia 2007-2013. Il ricorso al mercato autorizzato, a seguito della manovra finanziaria, è pari a 650,000 migliaia di euro per l'esercizio 2009, 455,000 e 261,000 migliaia di euro, rispettivamente per gli esercizi 2010-2011.

Art. 2

Disposizioni in materia di residui attivi, passivi e perenti

Si tratta di una norma tecnico-contabile che autorizza l'eliminazione delle scritture contabili secondo le modalità previste dalla legge di contabilità dei residui attivi, passivi e perenti.

Art 3

Limiti di impegno

Prevede la cancellazione dal bilancio delle somme impegnate per limiti di impegno per le quali non sia emesso titolo di spesa a chiusura esercizio 2008. Qualora, successivamente all'approvazione dell'articolo venga accertato l'obbligo di pagamento, si provvederà mediante i fondi di riserva.

Art. 4

Controllo e monitoraggio della spesa

Per un efficace controllo e monitoraggio degli andamenti di finanza pubblica, qualora si accerti un rilevante scostamento dagli obiettivi di finanza pubblica rispetto ai risultati differenziali determinati con l'approvazione con legge regionale dei documenti contabili, il Presidente della Regione dispone con proprio decreto la limitazione all'assunzione di impegni di spesa e all'emissione di titoli di pagamento a carico del bilancio della Regione.

Art. 6

*Programma straordinario di analisi e valutazione
della spesa delle amministrazioni regionali*

Si tratta di norme programmatiche relative all'anno 2009 tendenti alla predisposizione da parte dell'assessorato bilancio di una relazione da presentarsi all'Assemblea regionale siciliana entro il 30 novembre ed avente ad oggetto lo stato e la qualità della spesa.

Art. 7

Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali

Si vieta alle società a capitale interamente o a maggioranza pubblico non quotate in borsa, costituite o partecipate dall'amministrazione regionale nonché alle aziende regionali, agli istituti, alle agenzie, ai consorzi, agli organismi ed enti regionali comunque denominati di procedere alla costituzione o partecipazione ad altre società od organismi vari.

Art. 77

Norme in materia di concessione di contributi

Articolo impugnato dal Commissario dello Stato ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto. La norma introduceva l'abrogazione dal corrente anno di tutte le norme autorizzative di spesa relative agli interventi riportati nella tabella H allegata alla legge regionale n. 1/2008. La disposizione ha dato adito a censure di incostituzionalità per violazione degli articoli 81, 3° e 4° comma, e 97 della Costituzione.

Art. 78

Fondi globali e tabelle

Determina il quadro di riferimento finanziario per il periodo 2009-2011, prevedendo il rifinanziamento di spese in conto capitale autorizzate da norme vigenti nelle opportune tabelle.

Art. 79

Effetti della manovra e copertura finanziaria

Si opera la sintesi delle operazioni finanziarie contenute nelle varie tabelle, evidenziando i risultati differenziali scaturenti dalla manovra.

TERRITORIO

Art. 34

Programma di interventi per l'edilizia abitativa

Articolo impugnato dal Commissario dello Stato ai sensi dell'articolo 28

dello Statuto. La norma disponeva la realizzazione di interventi per l'edilizia abitativa il cui finanziamento comportava una spesa di 80.000 migliaia di euro. È stato sostenuto il contrasto con l'articolo 81, comma 4, della Costituzione in quanto la norma si è ritenuta priva di idonea sufficiente copertura finanziaria.

Art. 57

*Norme in materia di tributo speciale per il deposito
in discarica dei rifiuti solidi*

Limita a 5 anni, dal giorno in cui avrebbe dovuto essere presentate, il termine entro cui le province regionali possono accertare d'ufficio l'omessa presentazione delle dichiarazioni dei gestori relative alla quantità di rifiuti conferita in discarica e ai versamenti effettuati.

Art. 58

*Definizione agevolata delle violazioni
relative al tributo speciale
per il deposito in discarica dei rifiuti solidi*

Articolo impugnato dal Commissario dello Stato ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto. La norma introduceva una definizione agevolata delle violazioni, applicando al tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi, di cui all'articolo 2 della legge regionale n. 6 del 1997, l'abbuono di sanzioni ed interessi relativi al mancato e/o irregolare rispetto dell'obbligo di dichiarazione, versamento e registrazione delle operazioni di conferimento in discarica, ancorché fossero stati emessi avvisi di accertamento divenuti definitivi per omessa impugnazione nei termini. In tale materia la Regione, ad avviso del Commissario dello Stato, non ha competenza legislativa.

Art. 59

*Disposizioni in materia
di valutazione ambientale strategica*

Dispone che, fino all'emanazione della normativa regionale in materia di valutazione ambientale strategica, trovi applicazione la disciplina prevista dal Codice dell'ambiente, d.lgs n. 152/2006.

Art. 60

*Competenze dei comuni in materia di valutazione di incidenza.
Interpretazione autentica dell'articolo 1
della legge regionale 8 maggio 2007, n. 13*

Si interviene al fine di offrire una interpretazione autentica in merito al soggetto competente ad effettuare valutazioni di incidenza. Queste vengono attribuite ai comuni nei cui territori insistano i siti di importanza comunitaria (SIC) e le zone di protezione speciale (ZPS).

Art. 61

Misure di contenimento dell'emergenza ambientale

Dispone la nomina di commissari ad acta presso i comuni e le società d'ambito per la monetizzazione dei crediti vantati da parte degli ambiti territoriali ottimali (ATO), anche con l'ausilio di appositi advisor, e per la totale liquidazione dei debiti anche attraverso procedure transattive.

I commi 2 e 3 sono stati impugnati dal Commissario dello Stato ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto. Secondo l'impugnativa essi si pongono in contrasto con gli articoli 3, 5, 24, 100, 103, 113 e 114 della Costituzione, oltre che con l'articolo 15, comma 2, dello Statuto, in quanto, da un lato, violano il canone dell'intangibilità del giudicato e del principio di separazione tra le funzioni dello Stato, che preclude al legislatore di invadere la sfera di attribuzione dell'autorità giurisdizionale privandola del potere di affermazione del diritto già accertato in maniera definitiva e, dall'altro, sono lesivi dell'autonomia degli enti territoriali facenti parte degli ambiti territoriali ottimali (ATO).

Art. 63

Norme in materia di nautica da diporto

Si attribuisce, in sede di conferenza dei servizi per il rilascio della concessione demaniale marittima, la competenza alla valutazione dell'idoneità tecnica delle opere e nel caso di varianti a strumenti urbanistici comunali all'Ufficio del Genio civile piuttosto che al Genio civile opere marittime.

Art. 64

Istituzione del Parco dei Monti Sicani

Dispone l'istituzione di un comitato di proposta, nominato dall'Assessore regionale per l'ambiente, per l'istituzione del Parco dei Monti Sicani al fine di consentire la partecipazione della popolazione locale e la collaborazione degli enti e delle popolazioni interessate.

TURISMO

Art. 68

Fondo per le imprese di trasporto merci

Istituisce un fondo a gestione separata per agevolare l'accesso al credito delle piccole e medie imprese di autotrasporto che abbiano sede o un'unità operativa nel territorio regionale.

Art. 69

Norme in materia di liquidazione delle Aziende autonome di soggiorno e turismo

Attribuisce all'assessorato regionale del bilancio e delle finanze la definizione delle operazioni di liquidazione delle Aziende autonome di soggiorno e turismo.

Art. 70

Incentivi in favore del Bed and Breakfast

Dispone la maggiorazione del 50 per cento dei contributi per l'esercizio di attività di bed & breakfast, già previsti dall'articolo 88 della legge regionale n. 32 del 2000, in favore dei soggetti residenti in comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti.

Art. 71

Disposizioni in materia di agenzie immobiliari turistiche

Si modifica la definizione di agenzie immobiliari turistiche, da intendersi come soggetti che si occupano di locazioni non inferiori a sette giorni di case ed appartamenti per vacanze, e non più locazioni c.d. brevi stagionali.

Art. 72

Disposizioni in materia di attività di guida turistica

Detta modifiche alla legge regionale n. 8 del 2004, sull'attività delle guide turistiche.

Art. 73

Norme in materia di disciplina di attività nel settore del turismo

Sopprime il parere del Consiglio regionale per il turismo, nell'ipotesi in cui l'Assessore regionale per il turismo, le comunicazioni ed i trasporti debba disciplinare i settori delle agenzie di viaggi e tour operators, delle strutture turistico-ricettive operanti nel territorio regionale.

Art. 74

Disposizioni in materia di distretti turistici

Riconosce come distretti turistici i territori oggetto di investimenti nel comparto turistico ricettivo finanziati da patti territoriali e piani integrati territoriali.

Art. 75

Agevolazioni alle imprese turistico-alberghiere

Estende alle imprese turistico-alberghiere il regime di aiuti agli investimenti concessi alle imprese industriali da parte dell'Assessore regionale per l'industria.

NORME FINALI

Art. 76

Abrogazione e modifiche di norme

Art. 80

Entrata in vigore

LEGGE 6 agosto 2009, n. 9 **“Norme in materia di aiuti alle imprese”**

La legge regionale 6 agosto 2009, n. 9 ha introdotto nell'ordinamento regionale le norme necessarie all'attuazione della programmazione comunitaria 2007-2013, ossia la base giuridica delle misure dei programmi operativi regionali di attuazione dei fondi comunitari, con particolare riferimento agli aiuti alle imprese per quasi tutti i settori produttivi, (POR-FESR e POR-FSE per il 2007-2013; Programma di Sviluppo Rurale per il 2007-2013). Sono previste altresì misure di sostegno all'occupazione non legate alla programmazione comunitaria.

La legge contiene inoltre disposizioni concernenti l'attuazione della programmazione regionale unitaria e la disciplina dei fondi relativi ad assegnazioni dell'Unione europea, dello Stato e di altri enti.

La maggior parte degli articoli apporta modifiche e integrazioni alla legge regionale n. 32/2000 che rimane dunque la normativa base di riferimento in materia di aiuti alle imprese.

Al fine di illustrare più chiaramente il contenuto degli articoli che delineano regimi di aiuti, essi sono stato riassunti secondo uno schema che individua e descrive gli elementi principali dei suddetti regimi: soggetti beneficiari, oggetto e forma. Segnatamente, con il termine oggetto ci si riferisce all'attività che si vuole sostenere individuata a sua volta nello specifico (es. restauro) oppure in base alla natura dell'aiuto (es. aiuto al funzionamento o all'investimento). Per forma dell'aiuto si intendono le modalità di erogazione dell'aiuto: si sono anche ricomprese in tale voce le informazioni relative all'entità nonché alla normativa comunitaria di riferimento.

In particolare, con riguardo alle procedure comunitarie, gli aiuti alle imprese possono essere suddivisi in due macro categorie:

- aiuti erogabili previa notifica alla Commissione europea, una volta definita la procedura prevista dall'art. 88, paragrafo 2, del Trattato CE, qualora rispettino le condizioni previste dagli orientamenti comunitari di settore;
- aiuti erogabili direttamente, a loro volta distinguibili in aiuti di importanza minore (c.d. *de minimis*) e aiuti in esenzione per i quali è sufficiente la comunicazione, ai sensi dei regolamenti comunitari di esenzione per settore. Si segnala che il regolamento generale di esenzione per categoria, esclusi i settori dell'agricoltura e della pesca, è il regolamento (CE) n. 800/2008, detto GBER (General Block Exemption Regulation).

BENI CULTURALI

Art. 1

Modifiche all'articolo 33 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32

Soggetti beneficiari: soggetti pubblici di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) o soggetti privati.

Oggetto dell'aiuto:

- recupero, restauro e conservazione del patrimonio culturale di cui agli articoli 10 e seguenti del decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42 di proprietà pubblica, oggetto di valorizzazione ai sensi dell'articolo 112 del citato decreto legislativo, o di proprietà privata nonché per opere dell'architettura contemporanea dichiarate di importante carattere artistico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge regionale 14 aprile 2006, n. 15;
- svolgimento di attività e di servizi culturali, nonché di produzione artistica e culturale a prescindere dagli interventi di recupero, a condizione che l'attività concerna immobili di pregio storico-artistico o contesti architettonici, urbanistici e paesaggistici connessi alle attività artistiche contemporanee ovvero finalizzati alla fruizione dei beni culturali;
- ulteriori finalità individuate con decreto dell'Assessore al ramo nell'ambito dell'obiettivo specifico 3.1 del PO FESR 2007-2013.

Forma dell'aiuto: contributi in una o più delle forme indicate dall'articolo 189 della legge n. 32/2000 alle condizioni e limiti previsti dal regolamento (CE) n. 800/2008 ovvero dalla disciplina comunitaria per gli aiuti de minimis.

Art. 2

Modifiche all'articolo 34 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32

Soggetti beneficiari: soggetti pubblici di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio).

Oggetto dell'aiuto: recupero, restauro e conservazione del patrimonio culturale di cui agli articoli 10 e seguenti del decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42.

Forma dell'aiuto: contributi in una o più delle forme indicate dall'articolo 189 della legge n. 32/2000 alle condizioni e limiti previsti per gli aiuti *de minimis*. Si prevede che i soggetti pubblici di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, titolari di beni pubblici di interesse artistico, architettonico, etnoantropologico, archivistico, bibliografico ed archeologico possano affidarli in concessione a soggetti privati per l'esercizio di attività di impresa in forma singola o associata.

Si prevede altresì che le amministrazioni titolari dei predetti beni possano attuare interventi di valorizzazione, anche affidandoli in concessione, per il loro recupero e gestione.

Art. 3

Modifiche all'articolo 47 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32

Soggetti beneficiari: case editrici e fondazioni aventi sede in Sicilia e ivi operanti da almeno un quinquennio alla data di entrata in vigore della legge.

Oggetto dell'aiuto: spese sostenute per la ricerca, trascrizione e/o traduzione, produzione, distribuzione e commercializzazione di opere letterarie, anche inedite, di autori siciliani, che mirino a valorizzare e far conoscere il patrimonio archeologico, monumentale, letterario e culturale della Sicilia.

Forma dell'aiuto: contributo a fondo perduto pari al 35 per cento dei costi ammissibili, ridotto al 30 per cento nel caso di grandi imprese, concesso alle condizioni e limiti del *de minimis*.

Art. 4

Interventi a favore delle imprese di distribuzione locale della stampa quotidiana e periodica

Soggetti beneficiari: imprese di distribuzione della stampa operanti in Sicilia da almeno cinque anni e non gestite o partecipate a qualsiasi titolo da aziende editoriali

Oggetto dell'aiuto: aiuti al funzionamento, agli investimenti ed all'innovazione tecnologica.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato nel rispetto della disciplina comunitaria sugli aiuti *de minimis* per le spese di funzionamento; alle condizioni di cui al Regolamento (CE) n. 800/2008 (generale di esenzione) per gli investimenti e per l'innovazione tecnologica.

Art. 5

Interventi a favore delle imprese editoriali

Soggetti beneficiari: imprese editoriali che stampano quotidiani in Sicilia da almeno cinque anni.

Oggetto dell'aiuto: aiuti al funzionamento nei limiti della disciplina comunitaria sugli aiuti *de minimis*.

ARTIGIANATO E COMMERCIO

Art. 6

Aiuti in favore dei distretti produttivi

L'articolo 17 della legge regionale n. 17/2004 prevede la possibilità di riconoscere i distretti produttivi ovvero sistemi produttivi che ricomprendono un numero di imprese artigiane e piccole e medie imprese non inferiore a cinquanta e un numero di addetti complessivo non inferiore a centocinquanta, con un elevato grado di integrazione produttiva in grado di esprimere capacità di innovazione. Possono concorrere alla formazione di un distretto produttivo sia soggetti pubblici che privati. I distretti produttivi possono essere beneficiari finale di provvidenze comunitarie, statali e regionali a sostegno delle imprese consorziate. Sono delineati due regimi di aiuti.

1) **Soggetti beneficiari:** piccole e medie imprese, consorzi di imprese e società consortili aderenti ai distretti produttivi.

Oggetto dell'aiuto: programmi e tipologie di investimento di cui all'articolo 12 lettera a) del Regolamento (CE) n. 800/2008; gli interventi possono essere

attivati anche nell'ambito di Accordi di programma quadro.

Forma dell'aiuto: contributi erogati alle condizioni e limiti previsti dal regolamento (CE) n. 800/2008.

Il) **Soggetti beneficiari:** piccole e medie imprese, in forma singola o associata, appartenenti ai distretti produttivi.

Oggetto dell'aiuto: contributi al fine di promuovere lo sviluppo e il rafforzamento dei distretti.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato alle condizioni e limiti previsti dalla disciplina comunitaria sugli aiuti *de minimis*.

Art. 7

Aiuti nel settore dell'artigianato e del commercio

Soggetti beneficiari: piccole e medie imprese operanti nei settori dell'artigianato, del commercio e dei servizi connessi.

Oggetto dell'aiuto: programmi e tipologie di investimento di cui all'articolo 12 lettera a) del Regolamento (CE) n. 800/2008; gli interventi possono essere attivati anche nell'ambito di Accordi di programma quadro.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato ai limiti e condizioni previsti dal Regolamento (CE) n. 800/2008.

Art. 8

Modifiche all'articolo 39 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32

Soggetti beneficiari: piccole e medie imprese, singole o associate, operanti in Sicilia.

Oggetto dell'aiuto: allo scopo di acquisire servizi di assistenza e consulenza specialistica volti a supportare lo sviluppo dei sistemi produttivi siciliani nei mercati internazionali di riferimento, si prevedono contributi per i servizi di consulenza che esulano dagli ordinari costi di gestione dell'impresa prestati da consulenti esterni.

È possibile attuare gli interventi in oggetto anche nell'ambito di Accordi di programma quadro.

Forma dell'aiuto: aiuti in *de minimis*, in misura non superiore al 50% dei costi ammissibili.

Art. 9

Modifiche all'articolo 62 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32 e norme riguardanti i centri commerciali naturali

Soggetti beneficiari: piccole e medie imprese commerciali, artigianali e di servizi insediate nei centri commerciali naturali e consorzi di piccole e medie imprese commerciali insediati nei predetti centri.

Oggetto dell'aiuto: azioni volte alla riqualificazione di aree interessate alla

realizzazione di servizi comuni alle imprese, azioni per la promozione di produzioni locali nell'ambito dei centri commerciali naturali di cui all'articolo 9 della legge regionale n. 10/2005 e delle strutture delle imprese commerciali, artigianali e di servizi operanti nei medesimi contesti.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato alle condizioni e limiti previsti dagli aiuti *de minimis*, in misura non superiore al 50% dei costi ammissibili.

Art. 10

Aiuti per la commercializzazione di prodotti siciliani e servizi di qualità nei mercati extraregionali e nei confronti della grande distribuzione

Soggetti beneficiari: piccole e medie imprese siciliane e grande distribuzione.

Oggetto dell'aiuto: azioni volte a migliorare l'offerta e la commercializzazione di prodotti siciliani e servizi di qualità nei mercati extraregionali e nei confronti della grande distribuzione. In particolare oggetto del finanziamento saranno progetti integrati tra piccole e medie imprese siciliane e grande distribuzione che potranno essere finalizzati alla diffusione dei prodotti siciliani nei circuiti commerciali interessati, anche attraverso la costituzione di *joint venture*, con esclusione dei prodotti elencati nell'Allegato I del Trattato (CE).

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato alle condizioni e limiti previsti dagli aiuti *de minimis*.

Art. 11

Aiuti per insediamenti produttivi

La norma delinea tre regimi di aiuti:

I) **Soggetti beneficiari:** consorzi di imprese costituiti per la realizzazione delle opere previste dall'articolo 78 della legge regionale 6 maggio 1981, n. 86 titolari dell'area oggetto dell'intervento.

Oggetto dell'aiuto: opere previste dall'articolo 78 della legge regionale 6 maggio 1981, n. 86.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato alle condizioni e limiti previsti dal Regolamento (CE) n. 800/2008.

II) **Soggetti beneficiari:** piccole e medie imprese o relativi consorzi.

Oggetto dell'aiuto: acquisto, costruzione o ristrutturazione e riuso di insediamenti abbandonati da destinare ad attività produttive e commercio all'ingrosso ovvero acquisto di terreni con specifica destinazione urbanistica artigianale legati all'investimento produttivo o per attività produttive su cui insediare opifici artigianali.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato alle condizioni e limiti previsti dal Regolamento (CE) n. 800/2008.

III) **Soggetti beneficiari:** piccole e medie imprese di nuova costituzione o già esistenti.

Oggetto dell'aiuto: insediamento in aree artigianali e realizzazione di servizi all'interno delle medesime aree, costituzione in forma associata di mercati commerciali all'ingrosso, acquisto di opifici all'interno di aree artigianali di proprietà comunale anche per imprese ivi insediate.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato alle condizioni e limiti previsti dal Regolamento (CE) n. 800/2008.

Art. 12

Modifiche all'articolo 60 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32

La norma modifica la disciplina del fondo a gestione separata, già istituito dalla legge regionale n. 32/2000 per agevolare l'accesso al credito delle piccole e medie imprese commerciali.

Soggetti beneficiari: piccole e medie imprese commerciali

Oggetto dell'aiuto: programmi e tipologie di investimento di cui all'articolo 12 lettera a) del Regolamento n. 800/2008.

Forma dell'aiuto: sono previsti finanziamenti, contributi in conto interessi, contributi in conto canoni, alle condizioni e limiti previsti dal Regolamento (CE) n. 800/2008.

Art. 13

Modifiche all'articolo 63 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32

Si apportano delle modifiche all'articolo 63 della legge regionale n. 32/2000, concernente il sostegno al credito a breve termine per le piccole e medie imprese commerciali. Sulla base delle predette modifiche si delineano i seguenti regimi di aiuti:

I) **Soggetti beneficiari:** piccole e medie imprese commerciali.

Oggetto dell'aiuto: acquisti di beni non duraturi e necessari all'esercizio dell'attività; emolumenti e compensi a terzi per servizi acquisiti.

Forma dell'aiuto: credito di avviamento e credito di esercizio sotto forma di apertura di credito, per un importo minimo di 10 mila euro e massimo di 200 mila euro, concessa dalle banche operanti in Sicilia e nel rispetto dei limiti del *de minimis*.

II) **Soggetti beneficiari:** piccole e medie imprese commerciali.

Oggetto dell'aiuto: cessione di crediti commerciali per un importo minimo di 10 mila euro e massimo di 200 mila euro con operazioni di anticipazione effettuate da banche o società finanziarie a partecipazione bancaria operanti in Sicilia.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato nel rispetto dei limiti del *de minimis*.

III) **Soggetti beneficiari:** piccole e medie imprese commerciali.

Oggetto dell'aiuto: ripianamento delle esposizioni debitorie per un minimo di 30 mila euro e un massimo di euro 500 mila, maturate alla data del 30 giugno 2009, tramite piani di risanamento concordati con istituti di credito.

Forma dell'aiuto: contributi in conto interessi per le predette operazioni di ripianamento nel rispetto dei limiti del *de minimis*.

Art. 14

Aree artigianali

L'articolo 78 della legge regionale n. 96/1981 prevede che per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria nonché per l'acquisizione delle relative aree, l'Assessore regionale per la cooperazione, il commercio, l'artigianato e la pesca è autorizzato a concedere ai comuni, che ne facciano richiesta, un finanziamento pari al 100 per cento dell'ammontare complessivo deliberato dal consiglio comunale. Con l'articolo 14 della legge in commento, si stabilisce che il suddetto contributo possa essere concesso anche per la costruzione di capannoni all'interno delle aree artigianali.

Art. 15

Modifiche all'articolo 65 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32

Soggetti beneficiari: consorzi di produttori appartenenti anche a settori merceologici diversi.

Oggetto dell'aiuto: costituzioni di appositi spacci consortili per la vendita al dettaglio dei propri prodotti o di uffici di rappresentanza con deposito anche in mercati extraregionali, comunitari ed extracomunitari.

Forma dell'aiuto: contributi in una o più delle forme indicate dall'articolo 189 della legge n. 32/2000 nel rispetto della disciplina per gli aiuti *de minimis*.

Art. 16

Modifiche all'articolo 52 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32, in materia di interventi della CRIAS

Soggetti beneficiari: imprese artigiane.

Oggetto dell'aiuto: formazione di scorte di materie prime e/o prodotti finiti; credito d'esercizio; acquisto, costruzione e ristrutturazione del laboratorio e/o acquisto di macchinari, attrezzature ed arredi funzionali allo svolgimento dell'attività.

Forma dell'aiuto: finanziamenti concessi per il tramite della CRIAS, alle condizioni e limiti previsti dalla disciplina per gli aiuti *de minimis*.

Art. 17

Modifiche all'articolo 55 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32 in materia di finanziamenti concessi dall'Artigiancassa

Si modifica la norma della legge regionale n. 32/2000 relativa ai finanziamenti concessi dall'Artigiancassa e si delinea di conseguenza il seguente regime di aiuti.

Soggetti beneficiari: imprese artigiane.

Oggetto dell'aiuto e forma dell'aiuto:

a) riduzione dei tassi di interesse sulla parte di finanziamento eccedente quello agevolabile con i contributi statali, e per un importo comunque non

superiore al 50 per cento di questo, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 37 della legge 25 luglio 1952, n. 949, concesso per l'acquisto, la costruzione, l'ampliamento e l'ammodernamento dei laboratori, l'acquisto di macchine ed attrezzature nonché per la formazione di scorte e per le altre destinazioni individuate in adeguamento alla legge 25 luglio 1952, n. 949 ovvero dalla Regione con propri provvedimenti;

b) riduzione dei canoni di locazione finanziaria previsti dalla legge 21 maggio 1981, n. 240, per l'acquisizione di immobili da destinare a laboratori, macchinari, attrezzature ed automezzi adibiti al trasporto di merci, sulla parte di finanziamento eccedente quello agevolabile con i contributi statali e per un importo comunque non superiore al 50 per cento di questo;

c) riconoscimento di un contributo in conto capitale pari al 15 per cento del valore dell'investimento alle imprese che effettuano le operazioni ai sensi della legge 25 luglio 1952, n. 949.

TURISMO

Art. 18

*Modifiche all'articolo 75 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32,
in materia di imprese turistiche*

Soggetti beneficiari: piccole e medie imprese che gestiscono o intendono intraprendere la gestione di attività economiche appartenenti alla filiera turistica da individuarsi con successivo decreto dell'Assessore al ramo.

Oggetto dell'aiuto: investimenti iniziali ai sensi del Regolamento (CE) n. 800/2008; gli aiuti sono subordinati al rispetto di alcune condizioni previste dalle norme; in particolare, non possono riguardare investimenti finalizzati semplicemente a sostituire macchinari, attrezzature o fabbricati esistenti con nuovi o aggiornati senza aumentare la capacità di produzione di oltre il 25 per cento o senza modificare sostanzialmente la natura della produzione o la tecnologia utilizzata.

Forma dell'aiuto: contributi in conto impianti di intensità pari al 50 per cento dell'importo delle spese ammissibili per le piccole imprese e al 40 per cento per le medie imprese

Potranno altresì essere concesse ulteriori forme di contributi conformemente agli "Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013".

Art. 19

*Modifiche all'articolo 90 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32,
in materia di destagionalizzazione turistica*

Soggetti beneficiari: piccole e medie imprese appartenenti alla filiera turistica.

Oggetto dell'aiuto: iniziative a sostegno della commercializzazione dell'offerta turistica regionale finalizzate alla destagionalizzazione dei flussi turistici.

Forma dell'aiuto: contributo nella misura massima del 50 per cento dei costi complessivi ammissibili alle condizioni e limiti previsti per gli aiuti *de minimis*.

Art. 20

Contributi alle imprese turistico-alberghiere per il consolidamento delle passività onerose

Si estende alle imprese turistico-alberghiere il regime di aiuto delineato dall'articolo 8 della legge regionale n. 23 del 2008.

Soggetti beneficiari: imprese turistico-alberghiere

Oggetto e forma dell'aiuto: contributo in conto interessi per finanziamenti, attivati da istituti di credito convenzionati, destinati al consolidamento di passività a breve termine esistenti nei confronti del sistema bancario alla data del 30 giugno 2008 nonché agli oneri derivanti dalle relative garanzie, alle condizioni e limiti previsti per gli aiuti *de minimis*.

TERRITORIO E AMBIENTE

Art. 21

Modifiche all'articolo 42 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32

Soggetti beneficiari: si demanda l'individuazione dei beneficiari ad un successivo decreto assessoriale.

Oggetto dell'aiuto: investimenti volti a rafforzare la rete ecologica siciliana (RES) favorendo la messa a sistema e la promozione delle aree ad alta naturalità e conservando la biodiversità.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato alle condizioni e limiti previsti dal regolamento (CE) n. 800/2008.

Art. 22

Promozione della nuova imprenditoria e sviluppo dell'imprenditoria giovanile e femminile nei territori della Rete ecologica siciliana

Soggetti beneficiari: piccole e medie imprese di nuova costituzione o a prevalente partecipazione giovanile o femminile nei territori della Rete ecologica siciliana (RES).

Oggetto dell'aiuto: spese legali, amministrative e di consulenza direttamente connesse alla costituzione dell'impresa nonché i costi seguenti purché siano stati effettivamente sostenuti nei primi cinque anni dalla costituzione dell'impresa.

Forma dell'aiuto: contributi in una o più delle forme indicate all'articolo

189 della legge regionale n. 32/2000 sui costi sostenuti nei primi cinque anni dalla costituzione nel rispetto del Regolamento (CE) n. 800/2008 ovvero alla condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

AGRICOLTURA

Art. 23

Programma di sviluppo rurale

Si definisce la procedura di adozione della proposta del Programma di sviluppo rurale (PSR), nonché di revisione e modifica dello stesso. Com'è noto il PSR è approvato con decisione della Commissione europea, la relativa proposta è presentata dalla Regione interessata: segnatamente, si è stabilito che essa sia adottata con delibera di Giunta su proposta dell'Assessore regionale per l'agricoltura e le foreste.

Spetta all'Assessore regionale per l'agricoltura e le foreste determinare gli indirizzi per la concessione delle agevolazioni previste dalle singole misure del PSR.

La proposta di PSR e le relative proposte di modifica nonché gli indirizzi dell'Assessore al ramo devono essere trasmessi all'Assemblea regionale siciliana entro 15 giorni dalla loro approvazione.

Art. 24

Diversificazione verso attività non agricole

Soggetti beneficiari: imprese agricole.

Oggetto dell'aiuto: diversificazione in attività non agricole.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato conformemente agli "Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013" ovvero al regolamento (CE) n. 800/2008 ovvero alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Art. 25

Sostegno alla creazione e allo sviluppo di microimprese

Soggetti beneficiari: microimprese operanti nelle aree rurali.

Oggetto dell'aiuto: sostegno alla creazione e allo sviluppo di microimprese.

Forma dell'aiuto: la norma non specifica la forma dell'aiuto, che potrà essere erogato alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Art. 26

Incentivazione di attività turistiche nelle aree rurali

Soggetti beneficiari: Regione siciliana – Assessorato dell'agricoltura e foreste; enti locali territoriali (in forma singola o associata), associazioni di imprese, fondazioni e associazioni senza scopo di lucro.

Oggetto dell'aiuto: infrastrutture su piccola scala quali centri di informazione e segnaletica stradale indicante località turistiche; infrastrutture ricreative quali quelle che permettono l'accesso ad aree naturali, con servizi di piccola recettività; sviluppo e/o commercializzazione di servizi turistici inerenti il turismo rurale.

Forma dell'aiuto:

Beneficiari privati

- nel caso di investimenti, aiuti erogati conformemente agli “Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013” ovvero al regolamento (CE) n. 800/2008 ovvero alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*;
- nel caso di servizi, aiuti erogati alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Beneficiari pubblici

- Attività a finalità pubblica senza scopo di lucro: il sostegno è concesso nella forma di contributo in conto capitale fino al 100 per cento dei costi ammissibili;
- Attività economica: aiuti concessi alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Art. 27

Servizi essenziali per l'economia e la popolazione rurale

Soggetti beneficiari: Regione siciliana – Assessorato dell'agricoltura e foreste; enti locali territoriali (in forma singola o associata); enti pubblici e loro consorzi, operatori di telecomunicazioni.

Oggetto dell'aiuto: avviamento di servizi essenziali, comprese le attività culturali o ricreative, concernenti uno o più villaggi e per la relativa dotazione infrastrutturale su piccola scala.

Forma dell'aiuto:

Beneficiari privati

Aiuti concessi conformemente agli “Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013” ovvero al regolamento (CE) n. 800/2008 ovvero alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Beneficiari pubblici

- Attività a finalità pubblica senza scopo di lucro: il sostegno è concesso nella forma di contributo in conto capitale fino al 100 per cento dei costi ammissibili;
- Attività economica: aiuti concessi alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Art. 28

Tutela e riqualificazione del patrimonio rurale

Soggetti beneficiari: Regione siciliana – Assessorato dell'agricoltura e foreste; enti locali territoriali (in forma singola o associata); enti parco; soggetti privati proprietari di manufatti da destinare a pubblica funzione.

Oggetto dell'aiuto:

- stesura di piani di protezione e gestione dei siti Natura 2000 e di altri luoghi di grande pregio naturale: iniziative di sensibilizzazione ambientale e investimenti relativi alla manutenzione, al restauro e alla riqualificazione del patrimonio culturale, nonché allo sviluppo di siti di grande pregio naturale;
- realizzazione di studi e investimenti relativi alla manutenzione, al restauro e alla riqualificazione del patrimonio culturale, ad esempio le caratteristiche culturali dei villaggi e il paesaggio rurale.

Forma dell'aiuto:

Beneficiari privati

Aiuti concessi conformemente agli "Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013" ovvero al regolamento (CE) n. 800/2008 ovvero alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Beneficiari pubblici

- Attività a finalità pubblica senza scopo di lucro: il sostegno è concesso nella forma di contributo in conto capitale fino al 100 per cento dei costi ammissibili;
- Attività economica: aiuti concessi alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Art. 29

Indennità compensativa

Soggetti beneficiari: agricoltori.

Oggetto dell'aiuto: parziale compensazione dei mancati redditi indicata nelle misure 211 (*Indennità compensativa per svantaggi naturali a favore di agricoltori delle zone montane*) e 212 (*Indennità per svantaggi in zone svantaggiate diverse dalle zone montane*) del PSR 2007-2013

Forma dell'aiuto: aiuti concessi in conformità a quanto previsto dal regolamento (CE) n. 1783/2003 e dall'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1698/2005 conformemente a quest'ultimo.

Art. 30

Formazione e informazione degli operatori economici

Soggetti beneficiari: Regione siciliana – Assessorato dell'agricoltura e foreste; enti locali territoriali (in forma singola o associata); enti parco; soggetti privati proprietari di manufatti da destinare a pubblica funzione.

Oggetto dell'aiuto: formazione e informazione degli operatori economici attivi nei settori di cui all'asse 3 del PSR (*Qualità della vita nelle zone rurali e diversificazione dell'economia rurale*); sono esclusi i corsi o i tirocini che rientrano in programmi o cicli normali dell'insegnamento medio o superiore.

Forma dell'aiuto:

Beneficiari privati

Aiuti concessi alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Beneficiari pubblici

Il sostegno è concesso nella forma di contributo in conto capitale fino al 100 per cento dei costi ammissibili.

Art. 31

Accrescimento del valore aggiunto dei prodotti agricoli e forestali fuori Allegato I del Trattato CE

Soggetti beneficiari: micro, piccole e medie imprese; nel caso della silvicoltura solo microimprese. In ogni caso sono escluse le imprese in difficoltà ai fini del loro salvataggio e ristrutturazione.

Oggetto dell'aiuto: trasformazione di prodotti compresi nell'allegato I del Trattato CE in prodotti non compresi nel medesimo allegato.

In particolare: investimenti materiali e/o immateriali diretti a migliorare il rendimento globale dell'impresa riguardanti la trasformazione e/o commercializzazione dei prodotti di cui all'allegato I del Trattato CE, esclusi i prodotti della pesca, e dei prodotti della silvicoltura e/o riguardanti lo sviluppo di nuovi prodotti e tecnologie connessi ai prodotti di cui all'allegato I del Trattato CE, esclusi i prodotti della pesca, e ai prodotti della silvicoltura.

Gli investimenti devono rispettare i requisiti comunitari. Per le spese sostenute ai fini del rispetto di requisiti comunitari di nuova introduzione, possono essere concessi contributi alle microimprese.

Forma dell'aiuto: aiuti concessi conformemente agli "Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013" ovvero al regolamento (CE) n. 800/2008 ovvero alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*; nel settore della silvicoltura solo in *de minimis*. Il sostegno è comunque limitato ai massimali fissati nell'Allegato I del Trattato CE.

Art. 32

Cooperazione per lo sviluppo di nuovi prodotti, processi e tecnologie nei settori agricolo e alimentare e in quello forestale

Soggetti beneficiari: associazioni temporanee di scopo (ATS) tra produttori agricoli e/o produttori forestali, singoli o associati, industrie di trasformazione e/o commercializzazione, imprese fornitrici di strumenti, tecnologie e servizi all'attività agricola o agroindustriale, soggetti pubblici e privati operanti nel settore della ricerca e sperimentazione.

La presenza di produttori agricoli e/p forestali nell'ambito dell'ATS è una condizione essenziale per l'accesso alla misura.

Oggetto dell'aiuto: cooperazione tra produttori primari nei settori agricolo e forestale, l'industria di trasformazione e/o terze parti. In particolare, i costi ammissibili riguardano operazioni preliminari come la progettazione, lo sviluppo e il collaudo di prodotti, processi e tecnologie, nonché investimenti materiali e/o immateriali connessi alla cooperazione, precedenti all'uso commerciale dei nuovi prodotti, processi e tecnologie.

Forma dell'aiuto: contributi in conto capitale; per gli investimenti riguardanti i prodotti non compresi nell'allegato I del Trattato CE il sostegno è concesso alle condizioni e limiti stabiliti per gli aiuti *de minimis*.

Art. 33

Sviluppo e rinnovamento dei villaggi

Soggetti beneficiari: Regione siciliana – Assessorato dell'agricoltura e foreste; enti locali territoriali (in forma singola o associata); soggetti privati proprietari di edifici inseriti in contesti di pubblica fruizione.

Oggetto dell'aiuto: recupero di edifici e di strutture ad uso collettivo (fori, lavatoi, corti comuni ecc.) ubicati in borghi rurali, da adibirsi ad attività collettive, turistico-culturali e di servizio.

Forma dell'aiuto: contributi in conto capitale fino al 100 per cento della spesa ammissibile.

Art. 34

Acquisizione di competenze ed animazione in vista dell'elaborazione e dell'attuazione di strategie di sviluppo locale

Soggetti beneficiari: Regione siciliana – Assessorato dell'agricoltura e foreste.

Oggetto dell'aiuto: animazione e acquisizione di competenze in vista dell'elaborazione e dell'attuazione di strategie di sviluppo locale. Segnatamente:

- studi sulla zona interessata;
- attività d'informazione sulla zona e sulla strategia di sviluppo locale;
- formazione del personale addetto all'elaborazione e all'esecuzione della strategia di sviluppo locale;
- eventi promozionali e formazione di operatori
- partenariati pubblici– privati ai sensi dell'articolo 59, lett. e), del regolamento (CE) n. 1698/2005.

Forma dell'aiuto: contributo in conto capitale fino al 100 per cento della spesa ammissibile.

Art. 35

Norme sul deposito di carburanti agricoli

Si stabilisce che per il deposito di carburanti utilizzati a fini agricoli trovi applicazione la normativa nazionale ai sensi della quale i depositi di prodotti petroliferi impiegati nell'esercizio delle attività di cui all'articolo 2135 del codice civile e ubicati all'interno delle aziende agricole, ancorché attrezzati come impianti per il rifornimento delle macchine agricole, e quelli impiegati nell'esercizio di talune attività, ubicati all'interno delle imprese agromeccaniche, non siano soggetti alle disposizioni di cui al decreto legislativo 11 febbraio 1998, n. 32. Inoltre, ai suddetti depositi, qualora abbiano capacità geometrica non superiore a 25 metri cubi, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui ai decreti del Ministro dell'interno in data 27 marzo 1985 e in data 19 marzo 1990.

LAVORO

Art. 36

Soggetti destinatari degli interventi

I soggetti destinatari degli interventi sono lavoratori svantaggiati, individuati ai sensi dell'articolo 2 del regolamento generale di esenzione (regolamento (CE) n. 800/2008) e lavoratori appartenenti alle c.d. categorie assimilabili. Invero, si è voluto ampliare il novero dei soggetti potenzialmente coinvolti per sostenere l'assunzione a tempo indeterminato anche di lavoratori non considerati svantaggiati ai sensi del citato regolamento: ciò si rifletterà sulla procedura d'erogazione poiché, mentre gli aiuti a favore della prima categoria di soggetti potranno essere concessi immediatamente, quelli riguardanti le categorie c.d. assimilabili dovranno essere previamente notificati.

La categoria dei lavoratori svantaggiati, secondo il regolamento (CE) n. 800/2008, ricomprende coloro che non hanno un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi; chi non possiede un diploma di scuola media superiore o professionale; lavoratori che hanno più di 50 anni; adulti che vivono soli con una o più persone a carico; lavoratori occupati in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che superi almeno del 25% la disparità media nazionale uomo-donna; membri di una minoranza nazionale che abbiano necessità di consolidare le proprie esperienze in termini di conoscenze linguistiche, di formazione professionale o di lavoro. Lavoratori molto svantaggiati sono considerati invece coloro che siano senza un lavoro da almeno 24 mesi.

Fanno parte delle categorie assimilabili a quella dei lavoratori svantaggiati gli apprendisti, i lavoratori fruitori di ammortizzatori sociali, i lavoratori assunti con contratto di inserimento e i lavoratori a progetto.

Art. 37

Contributi per le assunzioni

Gli interventi previsti consistono nello sgravio totale dei contributi previdenziali ed assistenziali nonché dei premi assicurativi obbligatori a carico del datore di lavoro – nei limiti di cui all'articolo 39 – per le assunzioni a tempo indeterminato dei soggetti indicati all'articolo 36.

Art. 38

Individuazione dei datori di lavoro e campo di applicazione

I datori di lavoro beneficiari dei contributi sono imprese individuali, societarie e cooperative, nonché loro consorzi, che abbiano una sede operativa nel territorio della regione ed operanti in qualsiasi settore produttivo, commerciale o di servizi; lavoratori autonomi; ONLUS; associazioni, con o senza personalità giuridica, di cui al libro I del codice civile e fondazioni.

Si precisa che le attività dei datori di lavoro devono essere svolte nel terri-

torio della regione e che sono esclusi i settori indicati all'articolo 1, paragrafo 3, del Regolamento (CE) n. 800/2008.

Art. 39

Misure e decorrenze degli incentivi

Si precisano taluni elementi dell'intervento previsto:

- cosa debba intendersi per costo salariale e cioè l'importo totale effettivamente pagabile dal datore di lavoro in relazione ai posti di lavoro considerati, che comprende la retribuzione lorda, i contributi obbligatori e i contributi assistenziali per figli e familiari e i premi assicurativi;
- cumulabilità con altri aiuti di Stato nel rispetto dell'articolo 7 del regolamento (CE) n. 800/2008;
- decorrenza dei benefici alla scadenza di quelli di analoga natura, ove spettanti, disposti dallo Stato.

Art. 40

Condizioni di accesso ai benefici

Si definiscono le condizioni di accesso ai benefici previsti dal titolo in questione.

Si segnala che sono esclusi dagli interventi i datori di lavoro nelle cui aziende, negli ultimi cinque anni, si siano verificati incidenti a causa del mancato rispetto delle vigenti norme in materia di sicurezza accertato con sentenza passata in giudicato e che abbiano causato il decesso di dipendenti.

Art. 41

Concessione dello sgravio contributivo

Lo sgravio contributivo è concesso a seguito di un'istanza presentata dal datore di lavoro in via telematica e attestante, con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, il possesso dei requisiti necessari.

Le istanze sono istruite in ordine cronologico e ammesse a finanziamento con provvedimento concessorio.

Art. 42

Modalità di erogazione del contributo

I benefici dovrebbero essere erogati, a seguito di un'intesa tra l'Assessorato regionale del lavoro e gli istituti previdenziali cui sono iscritti i lavoratori, tramite conguaglio dei contributi previdenziali ed assistenziali e successivo accredito agli stessi istituti.

Qualora non si perfezioni la suddetta intesa, l'Assessorato provvederà all'erogazione diretta semestrale al datore di lavoro.

Art. 43

Controlli e accertamenti

Si demanda all'Assessorato regionale del lavoro la predisposizione di un

programma annuale di controlli volto alla verifica dei requisiti e delle condizioni previste per l'accesso e/o il mantenimento dei requisiti.

Art. 44

Sanzioni

Sono previste le sanzioni della revoca e dell'eventuale restituzione in caso si accerti il mancato rispetto delle condizioni e dei requisiti previsti per l'accesso ai benefici.

Nell'ipotesi di indebita fruizione dei benefici si applicano altresì le sanzioni civili e amministrative di cui alla normativa nazionale in materia di sgravi contributivi a carico dello Stato.

Art. 45

Indicatore occupazionale

Si stabilisce che per i progetti finanziati nell'ambito delle misure del POR Sicilia 2000-2006, la percentuale di scostamento in diminuzione del solo indicatore occupazionale non comporta la revoca del contributo qualora esso ricada entro la percentuale del 50 per cento.

Art. 46

Discipline specifiche di applicazione e norma di salvaguardia comunitaria

Dal punto di vista del diritto comunitario, il titolo sul lavoro delinea due regimi di aiuto. Il primo è riferito ai lavoratori indicati all'articolo 36, comma 1, ed essendo conforme al Regolamento (CE) n. 800/2008, potrà essere attuato in esenzione dell'obbligo di notifica.

Il secondo regime di aiuto, che concerne i lavoratori di cui all'articolo 36 secondo comma, è subordinato alla positiva definizione della procedura di cui all'articolo 88, paragrafo 3, del Trattato CE.

INDUSTRIA

Art. 47

Modifiche dell'articolo 7 della legge regionale n. 23 del 2008 in materia di finanziamenti delle commesse

Si aggiungono due commi all'articolo 7 della legge sugli aiuti alle imprese operanti nel settore industriale in attuazione del PO FESR 2007-2013 delineando un ulteriore regime di aiuti.

Soggetti beneficiari: settori agevolabili ai sensi del decreto legge 22 ottobre 1992, n. 415, convertito con modificazioni dalla legge 19 dicembre 1992, n. 488, concernente le agevolazioni all'industria, individuati con la circolare n. 900315 del 14 luglio 2000 del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, oggi Ministero delle attività produttive.

Oggetto e forma dell'aiuto:

- finanziamenti commisurati al cinquanta per cento dell'ammontare delle forniture e lavorazioni acquisite;
- esecuzioni di commesse di forniture, lavorazioni e costruzioni effettuate anche all'esterno del proprio stabilimento nel territorio della regione.

Art. 48

Modifiche di norme in materia di impiego di esperti

Si sopprime la possibilità di avvalersi di esperti ai sensi dell'articolo 185, comma 6, della legge regionale n. 32/2000 per la gestione di una serie di interventi previsti dalla legge regionale n. 23/2008 la quale disciplina gli aiuti alle imprese operanti nel settore industriale in attuazione del PO FESR 2007-2013.

Art. 49

Contributi alle imprese per pagamento rate di mutuo

Soggetti beneficiari: piccole e medie imprese industriali, comprese quelle che svolgono attività turistico-ricettive.

Oggetto e forma dell'aiuto: copertura del 70% degli interessi corrispettivi ed oneri da corrispondere per lo slittamento in coda ai relativi piani di ammortamento delle rate dei mutui contratti entro il 31 dicembre 2008 con istituti di credito convenzionati, in scadenza nell'anno 2009 e nel primo semestre 2010.

PROGRAMMAZIONE REGIONALE

Art. 50

Norme di attuazione della programmazione regionale unitaria

Si prevede che il Governo della Regione, sulla base degli indirizzi programmatici espressi dall'Assemblea regionale siciliana, provveda alla definizione della programmazione regionale unitaria; tale programmazione si articola in una serie di documenti di cui il DUP (Documento unitario di programmazione) costituisce lo strumento di coordinamento.

Art. 51

Programmi comuni fra più amministrazioni

Al fine di realizzare programmi e interventi per i quali siano stati stipulati accordi tra rami dell'amministrazione regionale, tra la Regione ed altre amministrazioni, enti ed organismi pubblici, si dà la possibilità di disporre uno o più aperture di credito, anche su diversi capitoli di bilancio, a favore di un unico funzionario delegato, titolare di pubbliche funzioni, ancorché non dipendente regionale, responsabile dell'attuazione del programma o degli interventi.

Art. 52

*Fondi per la realizzazione degli interventi
del PO FESR 2007-2013 e del PO FSE 2007-2013*

Sono istituiti, nello stato di previsione della spesa del bilancio della Regione, rubrica Dipartimento regionale bilancio e tesoro, un fondo per la realizzazione degli interventi previsti nel PO FESR 2007-2013 ed un fondo per il PO FSE 2007-2013. In tali fondi confluiscono i finanziamenti dell'Unione europea e i cofinanziamenti statali e regionali relativi alla programmazione comunitaria 2007-2013.

Art. 53

Fondo per la realizzazione degli interventi del PSR 2007-2013

È istituito, nello stato di previsione della spesa del bilancio della Regione, rubrica Dipartimento regionale interventi strutturali, un fondo per l'attuazione del PSR Sicilia 2007-2013.

Art. 54

Modifiche all'articolo 85 della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2

Si modifica la norma, contenuta nella legge finanziaria per il 2002, relativa ai fondi comunitari sostituendo al primo comma il riferimento alla programmazione 2000-2006 con quello alla programmazione 2007-2013 e abrogando il secondo comma che concerneva la programmazione 2000-2006.

DISPOSIZIONI VARIE

Art. 55

*Modifiche all'articolo 7-bis della legge n. 109 del 1994
introdotto dalla legge regionale n. 7 del 2002
in materia di Commissione regionale dei lavori pubblici*

Si modificano la composizione e le modalità di nomina della Commissione regionale dei lavori pubblici.

Art. 56

*Modifiche agli articoli 1 e 4 della legge regionale n. 15 del 2005
in materia di concessioni demaniali marittime*

Si apportano modifiche alla legge regionale in materia di concessioni su beni demaniali (legge regionale n. 15/2005). In particolare, si introduce il meccanismo del rinnovo tacito delle concessioni per l'esercizio di attività nei beni demaniali marittimi in luogo del rinnovo su domanda del concessionario. Si prevede inoltre che, per le aree già detenute in concessione al momento di entrata in vigore della legge n. 15/2005, non trovi applicazione la disposizione in base alla quale

le attività e le opere consentite sul demanio marittimo possono essere esercitate e autorizzate solo in conformità alle previsioni di appositi piani di utilizzo delle aree demaniali marittime. Si precisa altresì che nelle attività di programmazione le amministrazioni competenti devono tenere conto delle concessioni esistenti al momento di entrata in vigore della presente legge.

Art. 57

Modifica alla legge regionale 20 novembre 2008, n. 16

Si aggiunge un comma all'articolo 4 della legge regionale n. 16/2008 al fine di precisare che il regime di aiuto costituito dalle particolari condizioni di accesso al fondo di rotazione istituito presso l'Istituto regionale per il credito alle cooperative (IRCAC) deve rispettare i limiti previsti per gli aiuti *de minimis* nel settore della pesca.

Art. 58

Modifica all'articolo 14 della legge regionale 23 maggio 1991, n. 36

Si interviene per elevare da cinque a otto anni la durata dei crediti agevolati che l'IRCAC è autorizzato a concedere alle società cooperative e loro consorzi, per la capitalizzazione delle stesse.

Art. 59

Modifiche agli articoli 11, 13 e 15 della legge regionale 23 dicembre 200, n. 32

Si modificano alcuni articoli della legge regionale n. 32/2000.

All'articolo 11, rubricato "disposizioni generali sui regimi di aiuto alle imprese", si sostituisce il comma 1 al fine di inserire anche il riferimento alla programmazione 2007-2013.

Si sostituiscono alcuni commi dell'articolo 13 allo scopo di aggiornare la definizione di investimento iniziale e la durata minima del periodo di mantenimento dell'investimento.

Dalla norma che regola il cumulo degli aiuti si sopprime la parte indicante le percentuali di ESN (equivalente sovvenzione netta) in quanto riferite alla precedente programmazione comunitaria.

Art. 60

Contratti di programma settoriali

Si prevede che gli aiuti previsti dalla legge in commento possano essere concessi anche mediante contratti di programma settoriali per sostenere la realizzazione degli investimenti di cui al regolamento (CE) n. 800/2008. La relativa proposta può essere presentata da un'impresa di qualsiasi dimensione e deve avere ad oggetto un progetto di investimento inteso quale iniziativa imprenditoriale, attuata anche da più imprese, per la cui realizzazione sono necessari uno o più programmi di spesa strettamente connessi e funzionali tra loro.

I soggetti beneficiari delle agevolazioni previste dal contratto di programma sono l'impresa che propone il contratto ed, eventualmente, altre imprese, di qualsiasi dimensione, che realizzano i programmi di spesa previsti dal progetto.

Art. 61

Modifiche agli articoli 185 e 200 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32

All'articolo 185 della legge regionale n. 32/2000, in tema di convenzioni per lo svolgimento dell'attività istruttoria e di erogazione degli aiuti, si aggiorna il rinvio alla disciplina statale in materia di appalti e si prevede altresì la possibilità di procedere con l'*affidamento in house* ai sensi dell'articolo 113 del testo unico degli enti locali.

All'articolo 200 della medesima legge si inserisce il riferimento alla programmazione 2007-2013.

Art. 62

Abrogazione di norme

Sono abrogati gli articoli 26, 35, 36, 48 e 51 della legge regionale n. 32/2000.

Art. 63

Accordo di programma

Si prevede che gli interventi che abbiano quali soggetti beneficiari enti locali ed enti pubblici possano essere realizzati anche con accordo di programma e progetti integrati, ai fini della operatività di taluni obiettivi specifici del PO FESR 2007-2013.

Art. 64

Decorrenza di norme

Si precisa che le disposizioni in commento sono applicabili agli interventi i cui bandi o avvisi sono emanati dagli Assessorati regionali successivamente alla loro entrata in vigore.

Art. 65

Parere Commissioni di merito

Si stabilisce che i decreti assessoriali previsti dalla legge in commento e dalla legge regionale 16 dicembre 2008, n. 23 (legge sull'attuazione del PO FESR nel settore dell'industria) siano emanati previo parere della competente commissione legislativa dell'Assemblea regionale siciliana.

Art. 66

Norma transitoria

Per gli interventi relativi al POR Sicilia 2000-2006 si continuerà ad applicare la normativa precedente alla legge in commento.

Art. 67

Progetti di investimento in zone svantaggiate

Si stabilisce che una quota pari al 20 per cento delle risorse previste siano destinate a finanziare progetti di investimento effettuati da imprese ubicate in zone svantaggiate.

Art. 68

Comunicazione Commissione 2009/C 16/01

La Commissione europea nel gennaio 2009 ha emanato una comunicazione con la quale, in considerazione della situazione di crisi economica e finanziaria, si innalza l'entità degli aiuti di stato erogabili alle imprese e si mutano altresì alcuni presupposti applicativi.

Art. 69

Entrata in vigore.

**PARERI DELL'ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA SUI PROGETTI
DI LEGGE COSTITUZIONALE DI REVISIONE DELLO STATUTO**

Con la legge costituzionale n. 2 del 2001, che, come è noto, ha apportato importanti e significative innovazioni negli statuti speciali, è stata introdotta una nuova disciplina, pressoché analoga per tutte le Regioni a autonomia differenziata, in ordine al procedimento di revisione degli statuti speciali. In particolare nello Statuto della Regione siciliana è stato inserito l'art. 41 ter che, nel confermare la natura di legge costituzionale dello Statuto, ha innovato in merito al procedimento per la sua revisione con le seguenti difformità rispetto alla procedura prevista dall'art. 138 della Costituzione:

- a) introduzione di un parere dell'Assemblea da esprimere entro due mesi dalla comunicazione degli stessi sui progetti di modificazione dello Statuto di iniziativa governativa o parlamentare (art. 41 ter, comma 3);
- b) non sottoposizione delle modifiche allo Statuto approvate a referendum nazionale (art. 41 ter, comma 4).

È stato, inoltre, confermato che l'iniziativa per le modifiche statutarie appartiene anche all'Assemblea (art. 41 ter, comma 2).

L'Assemblea si è, quindi, trovata a partire dalla XIII legislatura, ad esprimere il proprio parere su progetti di legge costituzionale di revisione dello Statuto della Regione trasmessi dal Parlamento nazionale.

Prima di entrare nel merito dei provvedimenti esaminati, ci si permetta qualche breve nota di carattere procedurale. Poiché la previsione del 41 ter è stata introdotta, come appena detto, nel 2001, non esisteva una prassi parlamen-

tare sulle modalità di attuazione della norma. Non esisteva, inoltre, e non esiste tuttora, alcuna disposizione regolamentare specifica sulla fattispecie in esame.

In mancanza di norme regolamentari specifiche, il parere è stato trattato alla stregua di altri atti aventi analogo tenore. Si è ritenuto utile, quindi, acquisire il parere della Commissione competente (che nel corso delle tre legislature interessate è stata la I Commissione "Affari istituzionali" o la Commissione speciale per lo Statuto, laddove istituita, o ancora in taluni casi l'affare è stato trattato in riunione congiunta dalle due Commissioni) in modo da assicurare un'adeguata istruttoria agli atti da esaminare. L'Aula si è poi espressa sulla proposta della Commissione di dare parere favorevole o parere contrario.

Nella XIII e nella XIV legislatura tali pareri sono stati piuttosto sintetici ed hanno recato brevi motivazioni. In ogni caso è arrivato in Aula un documento, una relazione, una proposta che affrontava sinteticamente la questione e che proponeva una soluzione. Tale circostanza è valida anche per la legislatura in corso. In tale legislatura, come si evidenzia nella documentazione fornita nel prosieguo del presente lavoro, i pareri sono stati resi in modo preciso e dettagliato, specificando le ragioni che stanno alla base dell'apprezzamento positivo o negativo sul disegno di legge.

Un'ulteriore novità procedurale introdotta nella legislatura in corso è stata quella dell'apposizione di un termine (di norma 15 giorni) rivolto alla Commissione competente tale da consentire il rispetto del termine di 60 giorni a sua volta fissato dallo Statuto per l'espressione del parere da parte dell'assemblea plenaria.

Va preliminarmente osservato che nella XIII e nella XIV legislatura le proposte di legge costituzionale pervenute per il parere hanno riguardato esclusivamente il tema del procedimento di revisione dello Statuto speciale. In particolare, come vedremo nel dettaglio in seguito, esse miravano ad attribuire all'Assemblea regionale un ruolo più pregnante nel procedimento di revisione statutaria. Va, infatti, ricordato che l'espressione di un semplice parere sul disegno di legge di modifica dello Statuto nella fase iniziale del suo iter non fornisce alla Regione alcuna garanzia di partecipazione o di condivisione rispetto al contenuto finale della riforma eventualmente approvata. Per questo la proposta maggiormente portata avanti è stata quella dell'intesa tra Stato e Regione nella materia di cui trattasi.

Ciò corrisponde ad una linea tenuta dall'Assemblea in quella legislatura: si ricorda infatti che il 30 marzo 2005 (seduta n. 281) l'Assemblea aveva approvato un disegno di legge costituzionale (di iniziativa parlamentare, n. 968) successivamente presentato al Senato (p.d.l. n. 3370, poi decaduto per lo spirare della legislatura nazionale) nel quale si prevedeva l'inserimento nell'art. 116 Cost. di alcune disposizioni relative al procedimento di modifica degli Statuti speciali¹.

¹ L'approvazione di tale norma, come è stato rilevato, avrebbe comportato il passaggio della procedura costituzionale di modifica degli Statuti speciali dalla categoria degli atti "rinforzati" a quella degli atti "negoziati" (I. La Lumia, vedi all'interno del sito dell'Ars (www.ars.sicilia.it), nella

In particolare si richiedeva che su ogni progetto di revisione statutaria approvato da parte dell'Assemblea legislativa regionale intervenisse un accordo concluso in seno ad un'apposita Commissione paritetica, composta in egual numero da parlamentari nazionali e regionali, e che dopo l'approvazione da parte dell'ultima Camera in seconda lettura, prima della promulgazione, sul testo licenziato venisse chiesto il parere di ciascuna Assemblea o Consiglio regionale. Quest'ultima (o quest'ultimo) avrebbe avuto modo di esprimere il proprio diniego a maggioranza dei due terzi dei componenti entro tre mesi dalla ricezione del testo, trascorsi i quali senza che il diniego fosse stato deliberato, si sarebbe fatto luogo alla promulgazione e pubblicazione della legge.

XIII LEGISLATURA

Nel corso della XIII legislatura, ed in particolare nella seduta d'Aula n. 103 del 28 novembre 2002, l'Assemblea esprimeva parere favorevole al disegno di legge costituzionale n. 1238² recante "Modifiche agli statuti delle regioni a statuto speciale", presentato al Senato della Repubblica. In tale progetto costituzionale si proponeva, nelle ipotesi di iniziativa non assembleare, di introdurre il meccanismo dell'intesa – in luogo della previsione del "mero" parere – con l'Assemblea regionale siciliana. Il progetto di legge non ebbe seguito per lo spirare della legislatura nazionale. Tale previsione, tuttavia, fu inserita nella legge costituzionale approvata il 16 novembre 2005 (relativa alla c.d. "devolution") respinta dagli elettori in occasione del referendum costituzionale svoltosi il 25-26 giugno 2006, ma venne riproposta nel p.d.l. n. 1241, della quale si parlerà infra nel punto relativo alla XIV legislatura del presente elaborato. In tale progetto, prendendo atto dell'esito negativo del referendum, ma al contempo dell'unanime convergenza che su di essa si era registrata in sede di esame parlamentare, si prevedeva l'inserimento del meccanismo prima citato direttamente nei cinque statuti delle Regioni a statuto speciale.

XIV LEGISLATURA

Nella XIV legislatura, e più specificamente nella seduta d'Aula n. 32 del 5 dicembre 2006, l'Assemblea ha espresso il proprio parere sui disegni di legge costituzionale nn. 203, 980, 1241 e 1606, presentati alla Camera dei Deputati ed aventi ad oggetto "Disposizioni concernenti la procedura per la modifica degli statuti delle regioni a statuto speciale".

ezione studi e pubblicazioni), facendo sì che essi fossero il frutto di una collaborazione tra Stato e Regione, la quale avrebbe dovuto svolgersi in due tempi, ossia tanto nella fase istruttoria che a conclusione della fase deliberativa, la quale peraltro sarebbe rimasta di esclusiva competenza del Parlamento nazionale.

² Di iniziativa dei senatori Rollandin, Thaler Ausserhofer, Andreotti, Kofler, Peterlini, Michelini, Betta, Ruvolo e Salzano.

In tale circostanza l'Assemblea ha manifestato posizioni differenti in considerazione del diverso contenuto delle suddette proposte.

In particolare, i disegni di legge costituzionale nn. 203³, 980⁴ e 1241⁵, proponenti la sostituzione del comma 3 dell'art. 41 *ter* dello Statuto, prevedevano che i progetti di modifica dello Statuto, dopo essere stati approvati dalle due Camere in prima deliberazione, venissero trasmessi all'Assemblea per l'espressione dell'intesa. L'Assemblea avrebbe potuto esprimere il proprio diniego alla proposta, a maggioranza dei due terzi dei propri componenti, entro tre mesi. Decorso infruttuosamente il predetto termine si sarebbe formato il silenzio assenso, consentendosi alle Camere di procedere con l'approvazione della legge costituzionale.

I predetti disegni di legge costituzionale, garantendo un ruolo primario all'Assemblea, sia sotto il profilo della necessità dell'espressione dell'"intesa" – in luogo del mero "parere" previsto dallo Statuto – che sotto l'aspetto della previsione di un *quorum* piuttosto significativo – trattandosi dei due terzi dei componenti – hanno ottenuto il parere favorevole dell'organo parlamentare.

Il disegno di legge costituzionale n. 1606⁶, invece, pur riproponendo il suddetto meccanismo dell'intesa con possibilità di diniego a maggioranza dei due terzi, prevedeva altresì che qualora su un progetto approvato da una delle due Camere in prima deliberazione l'Assemblea avesse espresso parere contrario, il Presidente della Regione avrebbe potuto indire un referendum consultivo entro i termini previsti per la seconda deliberazione camerale.

L'Assemblea regionale siciliana esprimeva parere contrario a tale proposta adducendo a sostegno della sua scelta che essa rispondeva alle esigenze di alcune regioni a statuto speciale, poiché garantiva il maggior coinvolgimento possibile dei diversi gruppi etnici presenti. La medesima esigenza, tuttavia, secondo l'Assemblea regionale siciliana, non pareva ravvisabile in una regione come la Sicilia, nella quale non esistono minoranze etniche così significative. Anche in quel caso i progetti di legge non ebbero seguito per lo spirare della legislatura nazionale.

XV LEGISLATURA

Le suddette proposte di modifica allo Statuto della Regione siciliana rappresentano la premessa di un'attività di relazione, nonché di confronto con gli organi del Parlamento statale, che nel corso della presente legislatura si è intensificata, in primo luogo sotto il profilo della quantità delle proposte ad oggi

³ Di iniziativa dei deputati Zeller, Brugger, Widmann, Bezzi, Nico.

⁴ Di iniziativa dei deputati Bressa, Franceschini, Migliore, Donadi, Villetti, Sgobio, Monelli, Fabris, Sereni.

⁵ Di iniziativa del deputato Boato.

⁶ Di iniziativa dei deputati Biancofiore, La Loggia, Santelli, Bertolini, Carfagna, Gardini.

pervenute, – e, a tal proposito, val la pena di ricordare che la XV legislatura è ancora nella fase iniziale – le quali risultano essere già in numero di sette.

Peraltro, anche sotto il profilo del contenuto, le considerate proposte di revisione statutaria risultano piuttosto differenti tra loro, riguardando in alcuni casi (Atti Senato nn. 41, 965, 1655, 1656) la procedura di modifica dello Statuto, e dunque l'art 41 *ter*; – in analogia all'oggetto delle proposte di modifica pervenute nelle precedenti legislature –; in altri (Atti Senato nn. 1597 e 1643) la forma di governo della Regione, e dunque gli artt. 9 e 10; e, ancora, in un ulteriore disegno di legge costituzionale, riconsiderando lo Statuto nella sua interezza, se ne propone la revisione in molte delle sue parti.

Sulle predette proposte di modifica allo Statuto, nel corso dell'attuale legislatura, l'Assemblea ha avuto modo di esprimersi nelle sedute nn. 106 del 29 luglio e 111 del 29 settembre 2009.

I progetti di legge esaminati sono stati sette, provenienti da più parti politiche.

Al fine di rendere utili informazioni sulle proposte di modifica allo Statuto e sui relativi pareri espressi dal Parlamento regionale, si riportano di seguito:

- 1) una tabella che suddivide i disegni di legge costituzionali esaminati dall'Ars in questa legislatura, in relazione alle materie oggetto della proposta di revisione statutaria, ai relativi proponenti, alla commissione dell'Ars competente ad esprimere il parere, nonché alla seduta e all'esito del parere, in Commissione ed in Aula;
- 2) dei testi a fronte nei quali la norma dello Statuto della Regione viene posta a confronto con le disposizioni dei diversi disegni di legge costituzionale, che ne propongono la modifica; fra questi non è stato inserito il disegno di legge costituzionale AS 1410, poiché lo stesso propone la revisione di molti articoli dello Statuto⁷;
- 3) l'*abstract* di ogni singola proposta di modifica, con particolare riferimento all'esito del parere ed alle motivazioni espresse dall'Aula.

Si riporta altresì una tabella comparativa dei pareri resi dalle cinque Regioni a statuto speciale nella legislatura in corso in riferimento ai disegni di legge costituzionale di iniziativa statale concernenti proposte di modifica del procedimento di revisione dei suddetti statuti. Tale tabella dà contezza anche delle motivazioni poste alla base delle predette scelte di ogni singola Regione ad autonomia differenziata.

⁷ Per un raffronto tra il testo dello Statuto attualmente vigente e la proposta in questione, che riproduce il testo del disegno di legge costituzionale approvato dall'Assemblea nella seduta n. 281 del 30 marzo 2005 e trasmesso al Parlamento nazionale, ma poi decaduto per lo spirare della legislatura nazionale si veda "Il Progetto di Legge Costituzionale che reca modifiche allo Statuto Speciale della Regione Siciliana. Testo coordinato con lo Statuto vigente", a cura di P. Modica e L. Salamone, 4 aprile 2005, pubblicato sul sito dell'Assemblea regionale nella sezione studi e pubblicazioni.

**TABELLA RIASSUNTIVA DEI PARERI ESPRESSE
DALL'ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA**

Oggetto di revisione statutaria	Disegno di legge costituzionale	Senatori proponenti	Commissione competente, seduta ed esito proposta parere	Seduta d'Aula ed esito parere
Forma di Governo regionale (artt. 9 e 10 Statuto della Regione)	<i>Atto Senato n. 1597</i> Modifica all'articolo 10 dello Statuto della Regione siciliana	Gasparri, Quagliariello, Vizzini	I Commissione Seduta n. 54 del 21 luglio 2009 NEGATIVO	Seduta n. 106 del 29 luglio 2009 NEGATIVO
	<i>Atto Senato n. 1643</i> Modifiche agli articoli 9 e 10 dello Statuto della Regione siciliana in materia di elezione del Presidente della Regione e introduzione dell'istituto della cosiddetta sfiducia costruttiva	D'Alia	Commissione Statuto Sedute nn. 23 del 15 settembre 2009 e 25 del 22 settembre 2009 NEGATIVO	Seduta n. 111 del 29 settembre 2009 NEGATIVO
Procedura di modifica statutaria (art. 41 ter Statuto della Regione)	<i>Atto Senato n. 41</i> Disposizioni concernenti la procedura per la modifica degli statuti delle Regioni a statuto speciale	Peterlini	I Commissione Seduta n. 54 del 21 luglio 2009 NEGATIVO	Seduta n. 106 del 29 luglio 2009 NEGATIVO
	<i>Atto Senato n. 965</i> Disposizioni concernenti la procedura per la modifica dello Statuto della Regione siciliana	Oliva, Pistorio	I Commissione Seduta n. 54 del 21 luglio 2009 NEGATIVO	Seduta n. 106 del 29 luglio 2009 NEGATIVO

Oggetto di revisione statutaria	Disegno di legge costituzionale	Senatori proponenti	Commissione competente, seduta ed esito proposta parere	Seduta d'Aula ed esito parere
Procedura di modifica statutaria (art. 41 ter Statuto della Regione)	<i>Atto Senato n. 1655</i> Modifica dell'articolo 116 della Costituzione e disposizioni concernenti la procedura di modifica degli statuti delle regioni ad autonomia speciale	Finocchiaro, Bianco, Ceccanti, Vitali, De Sena, Adamo, Papania	Commissione Statuto Sedute nn. 23 del 15 settembre 2009 e 25 del 22 settembre 2009 POSITIVO	Seduta n. 111 del 29 settembre 2009 POSITIVO
	<i>Atto Senato n. 1656</i> Modifiche agli statuti delle regioni ad autonomia speciale, concernenti la procedura per la modificazione degli statuti medesimi	Ceccanti, Finocchiaro	Commissione Statuto Sedute nn. 23 del 15 settembre 2009 e 25 del 22 settembre 2009 NEGATIVO	Seduta n. 111 del 29 settembre 2009 NEGATIVO
Statuto della Regione	<i>Atto Senato n. 1410 *</i> Modifiche allo Statuto della Regione siciliana di cui al regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455	Fleres, Alicata, Dell'Utri	I Commissione Seduta n. 54 del 21 luglio 2009 NEGATIVO	Seduta n. 106 del 29 luglio 2009 NEGATIVO

* Il disegno di legge costituzionale ripropone il contenuto del progetto di legge approvato dall'Assemblea regionale siciliana nella seduta n. 281 del 30 marzo 2005 ed inviato al Parlamento nazionale ai sensi dell'art. 18 dello Statuto recante "Schema di progetto di legge costituzionale da proporre ai sensi dell'art. 18 dello Statuto al Parlamento nazionale recante "Modifiche allo Statuto della Regione". Tale disegno di legge (trasmesso al Senato della Repubblica dove ha assunto il numero 3339) non ha poi avuto seguito per lo spirare della legislatura nazionale.

**FORMA DI GOVERNO REGIONALE
(ARTT. 9 E 10 STATUTO DELLA REGIONE)**

TESTI A FRONTE

STATUTO DELLA REGIONE	DDL SENATO N. 1643
Art. 9	Art. 1
<ol style="list-style-type: none"> 1. Il Presidente della Regione è eletto a suffragio universale e diretto contestualmente all'elezione dell'Assemblea regionale. 2. Il Presidente della Regione nomina e revoca gli Assessori, tra cui un Vicepresidente che lo sostituisce in caso di assenza o di impedimento. 3. In armonia con la Costituzione ed i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e con l'osservanza di quanto stabilito dal presente Statuto, l'Assemblea regionale, con legge approvata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, stabilisce le modalità di elezione del Presidente della Regione, di nomina e di revoca degli Assessori, e le eventuali incompatibilità con l'ufficio di deputato regionale e con la titolarità di altre cariche o uffici, nonché i rapporti tra l'Assemblea regionale, il Governo regionale e il Presidente della Regione. 4. La carica di Presidente della Regione può essere ricoperta per non più di due mandati consecutivi. 5. La Giunta regionale è composta dal Presidente e dagli Assessori. Questi sono preposti ai singoli rami dell'Amministrazione. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. L'articolo 9 dello Statuto della Regione siciliana, approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2 e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: "Art. 9. – 1. Il Presidente della Regione è eletto dall'Assemblea regionale tra i suoi membri, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, entro dieci giorni dall'insediamento. Il Presidente della Regione nomina e revoca gli assessori, tra cui un vicepresidente che lo sostituisce in caso di assenza o di impedimento. Gli assessori sono preposti dal Presidente della Regione ai singoli rami dell'Amministrazione".

STATUTO DELLA REGIONE	DDL SENATO N. 1597	DDL SENATO N. 1643
<p style="text-align: center;">Art. 10</p> <p>L'Assemblea regionale può approvare a maggioranza assoluta dei suoi componenti una mozione di sfiducia nei confronti del Presidente della Regione presentata da almeno un quinto dei suoi componenti e messa in discussione dopo almeno tre giorni dalla sua presentazione.</p> <p>Ove la mozione venga approvata, si procede, entro i successivi tre mesi, alla nuova e contestuale elezione dell'Assemblea e del Presidente della Regione.</p> <p>2. In caso di dimissioni, di rimozione, di impedimento permanente o di morte del Presidente della Regione, si procede alla nuova e contestuale elezione dell'Assemblea regionale e del Presidente della Regione entro i successivi tre mesi.</p>	<p style="text-align: center;">Art. 1</p> <p>1. All'articolo 10 dello Statuto della Regione siciliana, approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, e successive modificazioni, dopo il secondo comma è aggiunto il seguente:</p> <p>«Una sola volta nel corso della legislatura l'Assemblea regionale può approvare una mozione di sfiducia, che determina la decadenza dalla carica del Presidente della Regione e degli assessori nonché l'elezione a Presidente della personalità indicata dalla mozione medesima, scelta tra gli appartenenti all'Assemblea. La mozione deve essere sottoscritta dalla metà più uno dei deputati appartenenti alla maggioranza che ha eletto il Presidente della Regione, deve essere votata decorsi tre giorni dalla presentazione e approvata a maggioranza assoluta dai deputati eletti nelle liste collegate al candidato eletto Presidente della Regione».</p>	<p style="text-align: center;">Art. 2</p> <p>1. All'articolo 10 dello Statuto della Regione siciliana, approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, e successive modificazioni, dopo il secondo comma, è aggiunto, in fine, il seguente:</p> <p>“L'Assemblea regionale può approvare una mozione di sfiducia che comporta la decadenza dalla carica del Presidente della Regione e degli assessori nonché l'elezione di un nuovo Presidente, indicato nella medesima mozione, scelto tra gli appartenenti all'Assemblea. La mozione, che può essere approvata una sola volta nel corso della legislatura, deve essere sottoscritta da un quinto dei deputati regionali, non può essere messa in votazione prima di tre giorni dalla sua presentazione e deve essere approvata a maggioranza assoluta dei deputati. In caso di dimissioni, morte o impedimento permanente del Presidente della Regione, l'Assemblea regionale procede entro dieci giorni alla elezione di un nuovo Presidente con le modalità prevista dal comma 1 dell'articolo 9.</p>

PROCEDIMENTO DI REVISIONE DELLO STATUTO

STATUTO	DDL SENATO N. 41*	DDL SENATO N. 965
<p>Art. 41 ter</p> <p>1. Per le modificazioni del presente Statuto si applica il procedimento stabilito dalla Costituzione per le leggi costituzionali.</p> <p>2. L'iniziativa appartiene anche all'Assemblea regionale.</p> <p>3. I progetti di modificazione del presente Statuto di iniziativa governativa o parlamentare sono comunicati dal Governo della Repubblica all'Assemblea regionale, che esprime il suo parere entro due mesi.</p> <p>4. Le modificazioni allo Statuto approvate non sono comunque sottoposte a referendum nazionale.</p>	<p>Art. 1</p> <p>1. Il terzo comma dell'articolo 41 ter dello Statuto della Regione siciliana, di cui al regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, è sostituito dal seguente: "I progetti di modificazione del presente Statuto approvati dalle due Camere in prima deliberazione sono trasmessi all'Assemblea regionale per l'espressione dell'intesa. Il diniego alla proposta d'intesa può essere manifestato entro tre mesi dalla trasmissione del testo, con la deliberazione a maggioranza dei due terzi dei componenti dell'Assemblea regionale. Decorso tale termine, senza che sia stato deliberato il diniego, le Camere possono adottare la legge costituzionale".</p>	<p>Art. 1</p> <p>1. All'articolo 41 ter dello Statuto della Regione siciliana, di cui al regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, il terzo comma è sostituito dal seguente: "I progetti di modificazione del presente Statuto di iniziativa governativa o parlamentare approvati dalle due Camere in prima deliberazione sono trasmessi all'Assemblea regionale per l'espressione dell'intesa. L'assenso alla proposta di intesa può essere manifestato entro tre mesi dalla trasmissione del testo, con deliberazione a maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea regionale. Decorso tale termine senza che sia stato deliberato l'assenso, le Camere non possono approvare la legge costituzionale.</p>

* Si fa presente che il disegno di legge costituzionale A.S. n. 41 contiene altresì quattro articoli (artt. 2-5) nei quali si propongono modifiche alle norme degli altri statuti riguardanti la procedura di revisione statutaria.

STATUTO DELLA REGIONE	DDL SENATO N. 1655**	DDL SENATO N. 1656***
<p style="text-align: center;">Art. 41 ter</p> <p>1. Per le modificazioni del presente Statuto si applica il procedimento stabilito dalla Costituzione per le leggi costituzionali.</p> <p>2. L'iniziativa appartiene anche all'Assemblea regionale.</p> <p>3. I progetti di modificazione del presente Statuto di iniziativa governativa o parlamentare sono comunicati dal Governo della Repubblica all'Assemblea regionale, che esprime il suo parere entro due mesi.</p> <p>4. Le modificazioni allo Statuto approvate non sono comun-que sottoposte a referendum nazionale.</p>	<p style="text-align: center;">Art. 2</p> <p>1. All'articolo 41 ter dello Statuto della Regione siciliana, approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, sono apportate le seguenti modificazioni:</p> <p>a) il secondo comma è sostituito dal seguente: "L'iniziativa appartiene all'Assemblea regionale che la adotta a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti";</p> <p>1. il terzo comma è sostituito dal seguente: "I progetti di modificazione del presente Statuto, approvati dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica in prima deliberazione, sono trasmessi all'Assemblea regionale per l'espressione di parere vincolante ai fini dell'approvazione della legge costituzionale. Il parere è espresso entro tre mesi dalla trasmissione del progetto di modificazione ed è adottato con la maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea regionale".</p>	<p style="text-align: center;">Art. 1</p> <p>1. Il terzo comma dell'articolo 41 ter dello Statuto della Regione siciliana, approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, è sostituito dal seguente: "I progetti di modificazione del presente Statuto approvati dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica in prima deliberazione sono trasmessi all'Assemblea regionale per l'espressione dell'intesa. Il diniego alla proposta di intesa può essere manifestato entro tre mesi dalla trasmissione del testo, con deliberazione a maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea regionale. Decorso tale termine senza che sia stato deliberato il diniego, le Camere possono approvare la legge costituzionale".</p>

** Si fa presente che il disegno di legge costituzionale A.S. n. 1655 contiene altresì quattro articoli (artt. 3-6) nei quali si propongono modifiche alle norme degli altri statuti speciali riguardanti la procedura di revisione statutaria.

*** Si fa presente che il disegno di legge costituzionale A.S. n. 1656 contiene altresì quattro articoli (artt. 2-5) nei quali si propongono modifiche alle norme degli altri statuti riguardanti la procedura di revisione statutaria.

Per completezza espositiva si riportano l'art. 116 della Costituzione e l'art. 1 del disegno di legge costituzionale A.S. n. 1655 che prevede la modifica dello stesso art. 116 della Costituzione. In particolare, con un ulteriore periodo, inserito alla fine del primo comma, è specificato che l'iniziativa di modifica degli statuti speciali spetta ai Consigli regionali e all'Assemblea regionale siciliana.

Sul suddetto articolo l'Assemblea regionale non ha espresso parere in quanto esso non prevede la modifica dello Statuto della Regione.

COSTITUZIONE	DDL SENATO N. 1655
<p style="text-align: center;">Art. 116</p> <p>Il Friuli-Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige/Südtirol e la Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale. La Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol è costituita dalle Province autonome di Trento e Bolzano.</p> <p>Ulteriori forme e condizioni particolari da autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata.</p>	<p style="text-align: center;">Art. 1</p> <p>1. Il primo comma dell'articolo 116 della Costituzione è sostituito dal seguente:</p> <p>"Il Friuli Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige/Sudtirolo e la Valle d'Aosta d'Aoste dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale. L'iniziativa di modifica degli statuti speciali appartiene ai Consigli regionali e all'Assemblea regionale siciliana".</p>

**BREVI ABSTRACTS RELATIVI AL CONTENUTE DELLE PROPOSTE
DI MODIFICA DEGLI ARTICOLI 9 E 10 DELLO STATUTO
DELLA REGIONE SICILIANA**

**DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE ATTO SENATO N. 1597
“Modifica all’art. 10 dello Statuto della Regione siciliana”**

Il disegno di legge costituzionale A.S. n. 1597 ha ad oggetto la modifica dell’art. 10 dello Statuto speciale, relativo alla mozione di sfiducia del Presidente della Regione e ad altre cause di cessazione del Capo del Governo regionale.

Il testo in esame, attraverso l’inserimento di un nuovo comma dopo il secondo comma dell’art. 10 citato, ha lo scopo di introdurre nell’ordinamento regionale l’istituto della c.d. sfiducia costruttiva, già presente in altri ordinamenti stranieri, quali quello tedesco e quello spagnolo. Si tratta di un meccanismo di razionalizzazione della forma di governo parlamentare al fine di rafforzare la stabilità dell’esecutivo e limitare le crisi di governo.

La nuova mozione di sfiducia, che il disegno di legge propone di affiancare a quella di cui al comma 1 dell’art. 10 dello Statuto, è caratterizzata da presupposti, limiti ed effetti peculiari.

Anzitutto, tale tipo di mozione, a differenza della mozione di sfiducia classica, può essere approvata una sola volta nel corso della legislatura e deve indicare un soggetto, scelto tra i componenti all’Assemblea regionale, che in caso di approvazione della mozione subentri al Presidente della Regione. Inoltre l’atto deve essere sottoscritto dalla metà più uno dei deputati appartenenti alla maggioranza che sostiene il Governo della Regione ed approvato dalla maggioranza assoluta dei deputati eletti nelle liste collegate al Presidente eletto.

Ai fini della presentazione come ai fini dell’approvazione della mozione, il *quorum* richiesto è pertanto identico e la sua determinazione va effettuata in relazione alla maggioranza politica che sostiene il Presidente della Regione, quale risulta dall’esito delle consultazioni elettorali.

La mozione introdotta ha dunque l’effetto principale, analogo alla mozione tradizionale, di sfiduciare il Presidente ma, a differenza di quella, non comporta lo scioglimento automatico dell’Assemblea regionale bensì l’elezione di un nuovo Presidente, scelto tra i deputati di maggioranza, che sia espressione della medesima maggioranza politica. In tal modo si evita l’interruzione della legislatura in virtù della permanenza dell’organo legislativo e della sostituzione del Capo dell’Esecutivo regionale, salvaguardando la volontà popolare manifestata attraverso la scelta elettorale.

Sul presente disegno di legge costituzionale l’Assemblea regionale siciliana ha espresso parere contrario in considerazione dei problemi di coordinamento con altre disposizioni statutarie relative alla forma di

governo e della necessità di evitare che le modifiche introdotte intervengano nel corso della legislatura.

DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE ATTO SENATO N. 1643

“Modifiche agli articoli 9 e 10 dello Statuto della Regione siciliana in materia di elezione del Presidente della Regione e introduzione dell’istituto della cosiddetta sfiducia costruttiva”

Il disegno di legge costituzionale A.S. n. 1643 ha ad oggetto la modifica degli articoli 9 e 10 dello Statuto, concernenti rispettivamente l’elezione del Presidente della Regione e la sua cessazione dalla carica a seguito di approvazione di mozione di sfiducia, dimissioni, rimozione, impedimento permanente e morte.

L’art. 1 del disegno di legge modifica il sistema di elezione del Presidente della Regione, prevedendo che il Capo della Giunta regionale sia eletto dall’Assemblea regionale tra i suoi membri entro dieci giorni dall’insediamento. Si tratta sostanzialmente del sistema di elezione interna, già vigente prima della riforma operata con la legge costituzionale n. 2/2001, la quale, com’è noto, ha innovato in più parti lo Statuto regionale introducendo, in particolare, l’elezione diretta del Presidente della Regione a suffragio universale e diretto. Rispetto al precedente testo dello Statuto va tuttavia evidenziata una differenza di rilievo attinente al *quorum* deliberativo per l’elezione, rappresentato dalla maggioranza assoluta dei componenti dell’Assemblea regionale, laddove, invece, la formula originaria prevedeva la maggioranza assoluta di voti segreti.

Si prevede inoltre di mantenere in capo al Presidente della Regione il potere di nomina e di revoca degli Assessori, tra cui un Vicepresidente che lo sostituisce in caso di assenza o impedimento.

L’art. 2 del disegno di legge, attraverso l’inserimento di un nuovo comma dopo il secondo comma dell’art. 10 dello Statuto, ha preminentemente lo scopo di introdurre l’istituto della c.d. sfiducia costruttiva.

Tale tipo di mozione, che si affiancherebbe a quella tradizionale, deve indicare un soggetto, scelto tra i componenti dell’Assemblea regionale, che in caso di approvazione della mozione viene eletto Presidente della Regione. Resta invece invariato il *quorum* richiesto per la presentazione (un quinto dei deputati) e per l’approvazione (maggioranza assoluta) della mozione, nonché il termine dilatorio di tre giorni dalla presentazione per la votazione. Inoltre la mozione può essere approvata una sola volta nel corso della legislatura.

L’approvazione della mozione di sfiducia comporta altresì la conseguente decadenza dalla carica degli Assessori, nominati dallo stesso Presidente della Regione.

Infine l’art. 2 del disegno di legge disciplina i casi di dimissioni, morte e impedimento permanente del Presidente della Regione, prevedendo che ad essi

consegua entro dieci giorni l'elezione di un nuovo Presidente secondo quanto dispone l'art. 9, comma 1 dello Statuto, novellato dallo stesso disegno di legge.

Sul presente disegno di legge costituzionale l'Assemblea regionale siciliana ha espresso parere contrario in considerazione della necessità di mantenere il principio di elezione popolare e diretta del Presidente della Regione, espressione dell'esigenza di piena partecipazione democratica dei cittadini, e tenuto conto altresì dei problemi di compatibilità che ne deriverebbero con le altre disposizioni statutarie attinenti alla forma di governo regionale.

BREVI ABSTRACTS RELATIVI AL CONTENUTO DELLE PROPOSTE DI MODIFICA DELL'ART. 41 TER DELLO STATUTO

DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE ATTO SENATO N. 41

“Disposizioni concernenti la procedura per la modifica degli statuti delle Regioni a Statuto speciale”

Nel disegno di legge costituzionale considerato si propone una modifica delle disposizioni degli statuti speciali, tra cui l'art. 41-ter dello Statuto siciliano, volta a promuovere un maggiore coinvolgimento degli organi legislativi regionali nella procedura di revisione degli stessi statuti. In particolare, nell'art. 1 si prevede di sostituire il comma 3 dell'art. 41-ter, che attualmente richiede la mera comunicazione dei progetti di modificazione statutaria di iniziativa governativa o parlamentare all'Assemblea regionale ai fini dell'espressione di un parere da parte di quest'ultima entro due mesi, con la previsione di un meccanismo di silenzio-assenso. Si propone che i progetti di legge costituzionale aventi ad oggetto modifiche statutarie siano trasmessi all'Assemblea regionale siciliana, dopo la loro approvazione da parte delle Camere in prima deliberazione, ai fini dell'espressione dell'intesa, di modo che qualora la stessa Assemblea non manifesti il proprio diniego, con deliberazione assunta a maggioranza dei due terzi dei propri componenti, entro tre mesi dalla trasmissione del testo, le Camere possano procedere all'approvazione della legge costituzionale.

Sul disegno di legge in esame l'Assemblea ha espresso parere contrario, sul presupposto che la modifica statutaria proposta, pur intendendo introdurre una procedura di revisione dello Statuto di maggiore garanzia per le prerogative dell'Assemblea regionale, tuttavia non risponde all'esigenza di garantire all'ARS la titolarità del potere di modifica dell'atto fondante l'autonomia siciliana.

Il disegno di legge costituzionale A.S. n. 41 contiene altresì quattro articoli (artt. 2-5), nei quali si propongono modifiche alle norme degli altri statuti speciali riguardanti la procedura di revisione statutaria.

DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE ATTO SENATO N. 965
“Disposizioni concernenti la procedura per la modifica dello Statuto della Regione siciliana”

Nel disegno di legge costituzionale considerato mira a modificare l'art. 41-ter dello Statuto siciliano, volta a promuovere un maggiore coinvolgimento dell'Assemblea regionale nella procedura di revisione dello Statuto stesso. In particolare si propone di sostituire il comma 3 dell'art. 41-ter, che attualmente richiede la mera comunicazione dei progetti di modificazione statutaria di iniziativa governativa o parlamentare all'Assemblea regionale ai fini dell'espressione di un parere da parte di quest'ultima entro due mesi, con la previsione di un meccanismo di silenzio-diniego. Si propone che i progetti di legge costituzionale di iniziativa governativa o parlamentare aventi ad oggetto modifiche statutarie siano trasmessi all'Assemblea regionale siciliana, dopo la loro approvazione da parte delle Camere in prima deliberazione, ai fini dell'espressione dell'intesa, di modo che qualora la stessa Assemblea non manifesti il proprio assenso con deliberazione assunta a maggioranza dei due terzi dei propri componenti, entro tre mesi dalla trasmissione del testo, le Camere non possano procedere all'approvazione del testo.

Sul disegno di legge in esame l'Assemblea ha espresso parere contrario, sul presupposto che la modifica statutaria proposta, pur intendendo introdurre una procedura di revisione dello Statuto di maggiore garanzia per le prerogative dell'Assemblea regionale, non risponde all'esigenza di garantire all'ARS la titolarità del potere di modifica dell'atto fondante dell'autonomia siciliana.

DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE ATTO SENATO N. 1655
“Modifica dell'art. 116 della Costituzione e disposizioni concernenti la procedura di modifica degli statuti delle regioni ad autonomia speciale”

Nel disegno di legge costituzionale considerato si propone anzitutto una modifica dell'art. 116 della Costituzione, al cui primo comma verrebbe aggiunta la previsione dell'attribuzione ai Consigli regionali e all'Assemblea regionale siciliana del potere di iniziativa relativo alla revisione degli statuti speciali. Si propone altresì una parziale riformulazione delle disposizioni dei diversi Statuti speciali concernenti la procedura di revisione statutaria. L'art. 41-ter dello Statu-

to della Regione siciliana, in particolare, verrebbe riscritto nel suo secondo e terzo comma, in modo da riservare all'Assemblea regionale siciliana l'iniziativa, da adottare a maggioranza dei due terzi dei componenti, relativa alle modifiche statutarie e di prevedere che alla stessa Assemblea vengano trasmessi i progetti di revisione dello Statuto approvati dalle Camere in prima deliberazione, affinché sui detti progetti essa esprima entro tre mesi il proprio parere vincolante, da adottare a maggioranza dei due terzi.

Sul disegno di legge in esame l'Assemblea ha espresso parere favorevole, sul presupposto che la modifica proposta riconosce all'Assemblea regionale un più ampio ruolo nel procedimento di revisione dello Statuto, sia in fase di iniziativa sia in fase di successive eventuali modifiche, e risponde all'esigenza di garantire all'Assemblea regionale la titolarità esclusiva dell'iniziativa in materia di modifica dell'atto fondante dell'autonomia siciliana.

Si fa presente che il disegno di legge costituzionale A.S. n. 1655 contiene altresì quattro articoli (artt. 3-6), nei quali si propongono modifiche alla disciplina degli altri statuti speciali riguardanti la procedura di revisione statutaria.

DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE ATTO SENATO N. 1656 "Modifiche agli statuti delle Regioni ad autonomia speciale concernenti la procedura per la modificazione degli statuti medesimi"

Nel disegno di legge costituzionale considerato si prevede una modifica delle disposizioni dei diversi statuti speciali, tra cui l'art. 41-ter dello Statuto della Regione Siciliana, al fine di promuovere una maggiore partecipazione degli organi legislativi regionali alla procedura di revisione statutaria. Il meccanismo prescelto è quello del cosiddetto silenzio assenso. L'iter di approvazione delle modifiche statutarie prevede la trasmissione dei relativi progetti di legge costituzionale, approvati dalle Camere in prima deliberazione, all'Assemblea regionale siciliana (o al Consiglio regionale) ai fini dell'espressione dell'intesa. L'organo legislativo regionale avrebbe quindi la possibilità di esprimere entro tre mesi il proprio diniego, da deliberare a maggioranza dei due terzi dei componenti, in mancanza del quale le Camere potrebbero comunque procedere all'approvazione della legge costituzionale.

Sul disegno di legge in esame l'Assemblea ha espresso parere contrario sul presupposto che la modifica statutaria proposta, pur intendendo rafforzare le prerogative dell'organo legislativo regionale nella

procedura di revisione dello Statuto, non risponde pienamente all'esigenza, ritenuta prioritaria, di garantire all'Assemblea regionale la titolarità dell'iniziativa in materia di modifica dello Statuto, funzione che l'Assemblea intende esercitare.

Il disegno di legge costituzionale A.S. n. 1656 contiene altresì quattro articoli (artt. 2-5) nei quali si propongono modifiche alle norme degli altri statuti speciali riguardanti la procedura di revisione statutaria.

BREVE SINTESI DEL CONTENUTO DEL DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE ATTO SENATO N. 1410

“Modifiche allo Statuto della Regione siciliana di cui al regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455”

Il disegno di legge costituzionale considerato contiene una organica riforma dello Statuto regionale siciliano, al fine di adeguare quest'ultimo alle riforme costituzionali del 2001 e alle più recenti evoluzioni dell'ordinamento giuridico. Segnaliamo di seguito le più significative innovazioni da esso previste.

Preambolo e principi

Si propone di anteporre al testo dello Statuto un Preambolo, nel quale si affermerebbe solennemente il valore dell'autonomia regionale, della sussidiarietà, dell'uguaglianza nei diritti e delle pari opportunità tra i cittadini, del pluralismo e del contrasto ad ogni forma di violenza. Si prevede altresì l'inserimento di un titolo primo, nel quale richiamare una serie di “Principi” fondanti dell'ordinamento regionale.

Assemblea regionale siciliana

Le modifiche allo Statuto, introdotte dal disegno di legge in commento, riguardanti l'Assemblea regionale siciliana sono molteplici e riguardano differenti profili.

In primo luogo viene dato particolare rilievo all'autonomia dell'organo legislativo regionale che si esplica sul versante organizzativo, funzionale, finanziario, contabile e processuale e si esprime fundamentalmente attraverso l'adozione del Regolamento interno. Il testo in esame incide altresì sul ruolo delle Commissioni legislative attraverso la previsione generalizzata dell'esame in sede redigente delle proposte di legge.

Organi di governo e forma di governo

Il disegno di legge in esame, con riguardo al Presidente della Regione ed alla

Giunta regionale, interviene sullo Statuto con modifiche di varia natura. Costituisce una novità degna di nota l'attenzione riservata all'equilibrata presenza di entrambi i sessi negli organi di governo, formalizzata nella previsione di una quota di genere, per almeno un terzo dei componenti, nella composizione della Giunta regionale.

La modifica di maggior rilievo, in ordine alla forma di governo, è tuttavia costituita dalla possibilità di sostituzione del Presidente della Regione con il Vicepresidente con delibera dell'Assemblea regionale, a seguito della cessazione dalla carica del Presidente, derivante da particolari cause (morte, rimozione, impedimento permanente, incompatibilità sopravvenuta), con una vistosa attenuazione del principio "*aut simul stabunt aut simul cadent*". Tale principio risulta mantenuto nella sola ipotesi, di natura meramente politica, di dimissioni del Presidente della Regione. In ogni caso, qualora non venga deliberata la sostituzione del Presidente della Regione, riprende ad operare la regola tradizionale.

Il testo proposto, mentre prevede un meccanismo di sostituzione interna del Presidente della Regione mediante delibera dell'Assemblea, lascia immutato il sistema di elezione popolare diretta del capo del Governo regionale, determinando dunque una forma di governo della Regione composita, nella quale risalta il ruolo dell'Assemblea per assicurare la prosecuzione della legislatura salvo il caso di dimissioni da parte del Presidente della Regione.

Fonti e competenza legislativa

Si prevede di introdurre nello Statuto un elenco delle fonti regionali, tra cui compaiono anche le "leggi statutarie" ed una tipologia di atti attualmente estranea all'ordinamento regionale, ossia quella dei "decreti legislativi" ai quali si potrebbe ricorrere ai fini dell'attuazione della normativa europea. In tale elenco figurano anche le fonti secondarie, ossia i regolamenti, dei quali verrebbe introdotta una classificazione, simile a quella prevista nella legge n. 400 del 1988. Vengono previsti dei limiti materiali per l'ammissibilità del referendum regionale.

Per quanto riguarda la competenza legislativa regionale, si opta per il mantenimento dell'attuale impianto statutario, basato sul criterio della doppia elencazione delle materie di competenza esclusiva e concorrente, di cui rispettivamente agli artt. 14 e 17 dello Statuto regionale. L'elenco contenuto nell'art. 17 verrebbe arricchito attraverso l'integrazione con ulteriori materie, sostanzialmente corrispondenti a quelle attribuite alla competenza regionale dall'art. 117, co. 3, Cost. Nell'art. 14 sarebbe soppresso il richiamo al limite delle "riforme agrarie e industriali...", sostituito da quello al "rispetto della Costituzione, dello Statuto, del principio di prevalenza del diritto comunitario nonché dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali". La stessa elencazione delle materie di competenza esclusiva sarebbe rimodulata attraverso una rinnovata definizione di talune materie e l'inclusione in essa di nuovi settori.

Verrebbe inserita nel testo dello Statuto la c.d. "clausola residuale", in virtù della quale sarebbero deferite alla Regione tutte le materie non espressamente

riservate alla legislazione dello Stato, analogamente a quanto già previsto dall'art. 117, co. 4 della Costituzione per le Regioni ordinarie.

Autonomie locali

Il disegno di legge in esame intende esaltare il valore delle autonomie locali, sancendo il principio della "equiordinazione" dei diversi livelli di governo del territorio. Comuni, province e comunità montane verrebbero infatti espressamente menzionati quali istituzioni territoriali autonome rappresentative, accanto alla Regione, della comunità siciliana. Sarebbero attribuite in primo luogo ai comuni le funzioni amministrative, nel rispetto dei principi, richiamati anche dalla Carta costituzionale, di "sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza", e verrebbe in genere riconosciuta agli enti locali "la più ampia autonomia amministrativa e finanziaria". Il richiamo alle province sostituisce quello, peculiare dell'attuale Statuto, ai "liberi consorzi di comuni". Si prevede un Consiglio delle autonomie locali e l'istituzione, sia a livello regionale che locale, del difensore civico.

Rapporti internazionali e con l'Unione europea della Regione

Si propone l'inserimento nel testo dello Statuto di un'apposita sezione dedicata ai rapporti internazionali e con l'Unione europea della Regione, ove verrebbe espressamente prevista la partecipazione della Regione tanto alla fase "ascendente, relativa alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari, che a quella "discendente", relativa all'attuazione della normativa europea, e ove verrebbe sancito il cosiddetto "potere estero" della Regione, in linea con le disposizioni al riguardo contenute nell'art. 117 della Costituzione, come rinnovato in seguito alla riforma costituzionale del 2001.

Organi giurisdizionali e contenzioso di costituzionalità

Il disegno di legge contiene disposizioni relative alla composizione degli organi che svolgono in Sicilia le funzioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, solo in parte introducendo elementi di novità. Rappresenta una innovazione la previsione della nomina, da effettuarsi d'accordo tra i Governi statale e regionale, dei Presidenti di sezione della Corte dei Conti e del Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa. Un ulteriore elemento innovativo è costituito dall'integrazione della composizione della Corte dei Conti in sede di controllo con componenti designati dall'Assemblea regionale e dal Consiglio regionale delle Autonomie locali.

Il disegno di legge intende inoltre rafforzare il ruolo del Presidente della Regione in relazione al suo potere di impugnativa degli atti lesivi delle prerogative regionali. In particolare, si prevede il potere del Presidente della Regione di impugnare leggi e atti aventi pari valore, lesivi delle competenze regionali ovvero viziati per contrasto con la Costituzione. Sono soggetti all'impugnativa sia atti

dello Stato sia leggi di altre Regioni e l'iniziativa del Presidente, che deve essere preceduta da una delibera della Giunta regionale, può essere sollecitata anche da un voto dell'Assemblea regionale.

Viene inoltre sancito il potere del Presidente della Regione di promuovere conflitto di attribuzione innanzi alla Corte Costituzionale avverso atti statali non legislativi che ledano le attribuzioni costituzionali della Regione.

Organi ausiliari

La proposta di modifica dello Statuto prevede l'introduzione di quattro nuovi organi permanenti aventi funzione principalmente consultiva nei confronti dell'Assemblea regionale o dell'amministrazione regionale nel complesso.

In particolare sono introdotti: il Consiglio regionale dell'economia e del lavoro, quale organismo rappresentativo delle categorie produttive, dotato di iniziativa legislativa; la Consulta statutaria, quale organo di garanzia statutaria, le cui funzioni principali sono quella di valutare la conformità delle proposte di legge alle disposizioni dello Statuto e quella di comporre conflitti tra organi della Regione e tra la Regione e gli enti locali in ordine all'interpretazione dello Statuto; la Commissione per le pari opportunità e la Consulta per i problemi della disabilità ed *handicap*, con compiti di carattere consultivo e propositivo in un'ottica di miglioramento della produzione normativa regionale in relazione a temi che incidono su aspetti delicati della società civile.

Patrimonio e potestà tributaria

Il disegno di legge in esame, in relazione alle disposizioni statutarie che riguardano l'aspetto finanziario della Regione, introduce talune innovazioni nel rispetto sostanziale dell'impianto dei rapporti finanziari e del sistema tributario regionale. Tale scelta è frutto di una valutazione positiva del complesso di disposizioni attinenti all'assetto finanziario della Regione, che appare ispirato da una filosofia di fondo, in cui si rivela netta l'impostazione autonomista, analoga a quella che sta alla base dell'evoluzione in senso federalistico dell'ordinamento nazionale ed in particolare del sistema delineato dal nuovo art. 119 della Costituzione.

Le novità di maggior rilievo sono costituite dalle norme attinenti alla potestà tributaria della Regione. Il disegno di legge introduce due disposizioni: la prima si riferisce alla possibilità della Regione di adottare misure fiscali generali e di prevedere aiuti di Stato di natura fiscale; la seconda individua, quali entrate tributarie spettanti alla Regione, quelle riscosse nel proprio territorio e quelle riferite a presupposti che si verificano nello stesso territorio.

Organi di raccordo Stato-Regione

Si propone di elevare da quattro a sei il numero dei componenti della Commissione paritetica Stato-Regione preposta, ai sensi dell'art. 43 dello Statuto, alla determinazione delle norme di attuazione dello stesso Statuto, e di pre-

vedere un termine entro il quale il Consiglio dei Ministri debba deliberare sulle norme determinate dalla detta Commissione. Si propone di attribuire al Presidente del Consiglio, d'intesa con il Presidente della Regione, il potere di nominare il Commissario dello Stato di cui all'art. 27 dello Statuto.

Modifiche allo Statuto

Il testo proposto interviene sulla procedura di revisione dello Statuto introducendo un meccanismo che dà ampio risalto alla centralità dell'Assemblea regionale siciliana nel processo di modifica della Carta fondamentale della Regione.

All'accresciuta importanza dell'organo rappresentativo della comunità regionale, che si esprime anzitutto nell'iniziativa riservata per le modifiche statutarie, si contrappone un intervento del Parlamento nazionale limitato, che si concretizza nella possibilità di approvare *tout court* la proposta dell'Assemblea regionale, deliberata con una maggioranza di due terzi, oppure respingerla senza possibilità di emendare il testo. Inoltre il rifiuto di approvazione da parte delle Camere è concesso solo per contrasto con i principi fondamentali della Costituzione ed in tal caso è attribuito all'Assemblea regionale il potere di adire la Corte Costituzionale, con delibera a maggioranza assoluta, affinché si pronunci nella legittimità dei motivi del rifiuto. Qualora la pronuncia sia favorevole alla Regione il testo è trasmesso nuovamente al Parlamento per l'approvazione, che assume sostanziale natura di ratifica di scelte operate, seppure con la garanzia derivante dalla maggioranza qualificata, in ambito regionale.

**PARERI ESPRESI DALLE REGIONI A STATUTO SPECIALE
SUI DISEGNI DI LEGGE COSTITUZIONALI DI MODIFICA
DEL PROCEDIMENTO DI REVISIONE STATUTARIA**

Disegno di legge costituzionale	Sicilia	Valle d'Aosta	Trentino-Alto Adige	Friuli-Venezia Giulia	Sardegna
<p><i>Atto Senato n. 41*</i> <i>Disposizioni concernenti la procedura per la modifica degli statuti delle Regioni a statuto speciale</i></p> <p>– Intesa – Facoltà dell'Assemblea di esprimere il diniego a maggioranza dei due terzi – Silenzio-assenso</p> <p><i>*Si fa presente che i disegni di legge costituzionale n. 41 e A.S. n. 1656 sono di analogo contenuto.</i></p>	<p>Parere contrario</p> <p>Sul disegno di legge in esame l'Assemblea ha espresso parere contrario, sul presupposto che la modifica statutaria proposta, pur intendendo introdurre una procedura di revisione dello Statuto di maggiore garanzia per le prerogative dell'Assemblea regionale, tuttavia non risponde all'esigenza di garantire all'ARS la titolarità del potere di modifica dell'atto fondante dell'autonomia siciliana.</p>	<p>Parere contrario</p> <p>Il Consiglio regionale della Valle d'Aosta con propria delibera (oggetto n. 780/XIII) ha espresso parere contrario sul presupposto che in data 17 dicembre 2008 il Consiglio regionale ha approvato una proposta di legge costituzionale di modifica dell'art. 50, comma terzo, dello Statuto – presentata sia alla Camera dei deputati (AC 2049) che al Senato della Repubblica (AS 1309) – in base alla quale la mancata espressione dell'assenso alla proposta di intesa da parte del Consiglio della Valle impedisce alle Camere l'adozione della legge costituzionale. Secondo il Consiglio regionale valdostano tale ultima proposta appare più garantistica per la Regione rispetto al disegno di legge in esame, e pertanto è preferibile a quest'ultimo come punto di partenza delle future discussioni sul tema.</p>	<p>Parere favorevole</p> <p>Il Consiglio regionale del Trentino Alto Adige, nella delibera n. 7 del 2009, ha fatto proprio, in aula, il parere favorevole espresso dalla I Commissione legislativa sul disegno di legge in esame.</p>	<p>Parere contrario</p> <p>Il Consiglio regionale ha espresso parere contrario sul presupposto che il disegno di legge considerato, pur costituendo un miglioramento dell'attuale procedura di revisione, non assicura una tutela più salda dell'autonomia della Regione Friuli Venezia Giulia e una posizione paritaria nei processi decisionali tra lo Stato e la Regione.</p>	<p>Parere non reso</p>

Disegno di legge costituzionale	Sicilia	Valle d'Aosta	Trentino-Alto Adige	Friuli-Venezia Giulia	Sardegna
<p><i>Atto Senato n. 1655</i> Modifica dell'articolo 116 della Costituzione e disposizioni concernenti la procedura di modifica degli statuti delle regioni ad autonomia speciale</p> <p><i>– Iniziativa riservata (maggioranza dei due terzi)</i> <i>– Parere vincolante sul testo approvato dalle Camere in prima deliberazione (maggioranza dei due terzi)</i></p>	<p>Parere favorevole</p> <p>L'Assemblea ha espresso parere favorevole, sul presupposto che la modifica proposta riconosce all'Assemblea regionale un più ampio ruolo nel procedimento di revisione costituzionale di modifica dello Statuto. Si è infatti considerato che esso attribuisca alla stessa Assemblea un potere di controllo sull'intero procedimento, sia in fase di iniziativa, riservata all'Assemblea, sia in fase di successive eventuali modifiche, sottoposte dopo l'approvazione in prima deliberazione da parte del Parlamento della Repubblica a parere vincolante dell'Assemblea. Si è inoltre considerato che esso risponda all'esigenza, ritenuta prioritaria, di garantire all'Assemblea regionale la titolarità esclusiva dell'iniziativa in materia di modifiche statuarie.</p>	<p>Parere contrario</p> <p>Il Consiglio regionale della Valle d'Aosta, con propria delibera (oggetto n. 781/XIII) ha espresso parere contrario sul presupposto che in data 17 dicembre 2008 il Consiglio regionale ha approvato una proposta di legge costituzionale di modifica dell'art. 50, comma terzo, dello Statuto – presentata sia alla Camera dei deputati (AC 2049) che al Senato della Repubblica (AS 1309) – in base alla quale la mancata espressione dell'assenso alla proposta di intesa da parte del Consiglio della Valle impedisce alle Camere l'adozione della legge costituzionale. Secondo il Consiglio regionale valdostano tale ultima proposta appare più garantistica per la Regione rispetto al disegno di legge in esame, e pertanto è preferibile a quest'ultimo come punto di partenza delle future discussioni sul tema.</p>	<p>Parere favorevole</p> <p>Il Consiglio regionale del Trentino Alto Adige, nella delibera n. 6 del 2009, ha fatto proprio, in aula, il parere favorevole espresso dalla I Commissione legislativa sul disegno di legge in esame.</p>	<p>Parere contrario</p> <p>Il Consiglio regionale del Friuli Venezia Giulia, nella delibera n. 13 del 6 ottobre 2009, approvata all'unanimità dal Consiglio regionale, ha ritenuto che il disegno di legge costituzionale in esame, pur costituendo un miglioramento dell'attuale procedura di revisione, non assicura una posizione paritaria nei processi decisionali tra lo Stato e la Regione. Come evidenziato anche nella relazione presentata dalla Commissione affari istituzionali del Consiglio regionale friulano, che ha preceduto il parere, le soluzioni proposte, pur conferendo maggior forza alla volontà espressa dall'Assemblea regionale, di fatto ne rendono più arduo il concreto esercizio, e comunque non garantiscono ancora una posizione paritaria tra Stato e Regione nel processo decisionale di revisione dello Statuto di autonomia.</p>	<p>Parere non reso</p>

Disegno di legge costituzionale	Sicilia	Valle d'Aosta	Trentino-Alto Adige	Friuli-Venezia Giulia	Sardegna
<p>Modifiche agli statuti delle regioni ad autonomia speciale, concernenti la procedura per la modificazione degli statuti medesimi</p> <p>– <i>Intesa</i> – <i>Facoltà dell'Assemblea di esprimere il diniego a maggioranza dei due terzi</i> – <i>Silenzio-assenso</i></p> <p>* Si fa presente che i disegni di legge costituzionale n. 41 e A.S. n. 1656 sono di analogo contenuto.</p>	<p>Parere contrario</p> <p>Sul disegno di legge in esame l'Assemblea ha espresso parere contrario sul presupposto che la modifica statutaria proposta, pur intendendo rafforzare le prerogative dell'organo legislativo regionale nella procedura di revisione dello Statuto, non risponde pienamente all'esigenza, ritenuta prioritaria, di garantire all'Assemblea regionale la titolarità dell'iniziativa in materia di modifica dell'atto fondante dell'autonomia siciliana, funzione che l'Assemblea intende esercitare.</p>	<p>Parere contrario</p> <p>Il Consiglio regionale della Valle d'Aosta con propria delibera (oggetto n. 782/XIII) ha espresso parere contrario sul presupposto che in data 17 dicembre 2008 il Consiglio regionale ha approvato una proposta di legge costituzionale di modifica dell'art. 50, comma terzo, dello Statuto – presentata sia alla Camera dei deputati (AC 2049) che al Senato della Repubblica (AS 1309) – in base alla quale la mancata espressione dell'assenso alla proposta di intesa da parte del Consiglio della Valle impedisce alle Camere l'adozione della legge costituzionale. Secondo il Consiglio regionale valdostano tale ultima proposta appare più garantistica per la Regione rispetto al disegno di legge in esame e preferibile a quest'ultimo come punto di partenza delle future discussioni sul tema.</p>	<p>Parere favorevole</p> <p>Il Consiglio regionale del Trentino Alto Adige, nella delibera n. 7 del 2009, ha fatto proprio, in aula, il parere favorevole espresso dalla I Commissione legislativa sul disegno di legge in esame.</p>	<p>Parere contrario</p> <p>Il Consiglio regionale ha espresso parere contrario sul presupposto che il disegno di legge considerato, pur costituendo un miglioramento dell'attuale procedura di revisione, non assicura una tutela più salda dell'autonomia della Regione Friuli Venezia Giulia e una posizione paritaria nei processi decisionali tra lo Stato e la Regione.</p>	<p>Parere non reso</p>

**ATTIVITÀ ISPETTIVA E DI INDIRIZZO POLITICO
XV LEGISLATURA**

INTERROGAZIONI DAL 3 APRILE AL 30 NOVEMBRE	
TIPOLOGIA ATTO	TOTALE
PRESENTATE	360
CON RICHIESTA DI RISPOSTA ORALE	222
CON RICHIESTA DI RISPOSTA SCRITTA	138
CON RICHIESTA DI RISPOSTA IN COMMISSIONE	9
SVOLTE (risposte in Aula o in Commissione)	92
TRASFORMATA IN SCRITTA (risposte in Aula o in Commissione)	28
RISPOSTE SCRITTE PERVENUTE (risposta scritta o trasformata in scritta)	184

INTERPELLANZE DAL 3 APRILE AL 30 NOVEMBRE 2009	
TIPOLOGIA ATTO	TOTALE
PRESENTATE	39
SVOLTE	37
INTERPELLANTI SODDISFATTI (solo se concluse)	4
INTERPELLANTI PARZIALMENTE SODDISFATTI (solo se concluse)	2
INTERPELLANTI NON SODDISFATTI (solo se concluse)	3

MOZIONI (dal 2 aprile al 30 novembre 2009)	
	TOTALE
PRESENTATE	36
DISCUSSE	9
APPROVATE	8
RITIRATE	5
RESPINTE	0
SUPERATE	1

ORDINI DEL GIORNO (dal 2 aprile al 30 novembre 2009)	
	TOTALE
PRESENTATI	69
DISCUSSI	5
APPROVATI	22
ACCETTATI COME RACCOMANDAZIONE	30
RITIRATI	3
RESPINTI	1
SUPERATI	0

La competenza della Regione siciliana nella disciplina dei tributi erariali

di Salvatore Di Gregorio

SOMMARIO: 1. L'impugnativa dell'art. 58 della finanziaria 2009. - 2. Le pronunce della Corte Costituzionale sulla competenza della Regione nella disciplina dei tributi erariali, fino alla emanazione delle norme di attuazione dello Statuto in materia finanziaria. - 3. Le norme di attuazione in materia finanziaria: le ulteriori pronunce fino alla riforma costituzionale del 2001. - 4. La riforma del titolo V della Costituzione: un nuovo quadro di riferimento del problema. - 5. La sentenza 442 del 2008 e la supposta preclusione per la Sicilia a legiferare sui tributi regolati da leggi dello stato.

1. *L'impugnativa dell'art. 58 della finanziaria 2009*

Una delle disposizioni della finanziaria regionale 2009 impugnate dal Commissario dello Stato per la Regione siciliana, prevedeva la possibilità di una definizione agevolata delle violazioni commesse dall'1 febbraio 2003 al 31 dicembre 2008 relative al tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi, istituito dall'art. 3 della legge 28 dicembre 1995, n. 549. Si tratta di una impugnativa che merita di essere approfondita non solo perché verte su un profilo particolarmente delicato e di forte connotazione della specialità (la competenza legislativa della Regione sulla disciplina dei tributi erariali) ma anche perché le motivazioni riportate evocano un sostanziale mutamento di indirizzo rispetto alla giurisprudenza costituzionale consolidatasi nel tempo in ordine al contenuto ed ai limiti di tale competenza. Mutamento di indirizzo, che nei motivi della impugnativa, viene ricondotto sostanzialmente alla sentenza n. 442 del 2008 che appare così essere alla base della decisione dell'Ufficio del Commissario dello Stato di impugnare una disposizione regionale il cui contenuto è del tutto coincidente (salvo che per i diversi termini di riferimento temporale per la definizione agevolata delle violazioni relative al tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi) con una precedente norma regionale (art. 6 della legge regionale 29 dicembre 2003, n. 21) in relazione alla quale non erano stati rilevati, dal medesimo Ufficio, vizi di legittimità costituzionale.

Eccependo la violazione dell'art. 117 secondo comma lett. e) della Costituzione, degli articoli 14, 17 e 36 dello Statuto speciale e del D.P.R. 26 luglio 1965,

n. 1074 che reca le Norme di attuazione dello Statuto in materia finanziaria, la impugnativa viene motivata sostanzialmente in base alla considerazione che la Regione con la norma in parola *interviene in una materia non attribuitagli dallo Statuto, ma rientrante nella competenza esclusiva dello Stato... atteso che la disposizione non è neppure riconducibile ad alcuna delle materie di competenza legislativa elencate nello statuto speciale* (da qui la violazione degli articoli 14 e 17 dello Statuto). Viene altresì evocato il contrasto con l'art. 36 dello Statuto e con l'art. 2 del D.P.R. n. 1074 del 1965 "Norme di attuazione dello Statuto in materia finanziaria" sul presupposto che tali disposizioni circoscrivono la competenza legislativa della Regione in materia di disciplina sui tributi ai soli *tributi deliberati dalla medesima...* categoria alla quale, appunto, non è riconducibile il tributo in parola che è stato introdotto e disciplinato dalla legge nazionale. A motivare la incompetenza regionale sul punto la impugnativa richiama la ormai copiosissima giurisprudenza costituzionale adottata dopo la riforma della Costituzione del 2001, che sancisce la preclusione per le regioni a legiferare sulla disciplina di tributi introdotti e regolati da leggi dello stato ancorché il loro gettito sia di pertinenza delle regioni stesse o degli enti locali. Tributi erroneamente considerati dalle Regioni come tributi propri e che la Corte qualifica invece come tributi erariali e dunque riconducibili alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in relazione ai quali appunto *deve ritenersi preclusa la potestà delle regioni di legiferare sui tributi esistenti e regolati da leggi dello Stato* (sent. n. 37/2004) fatti salvi gli eventuali margini di intervento rimessi alle regioni dalle medesime leggi statali che regolamentano il tributo tra i quali non può annoverarsi la disciplina introdotta con la norma oggetto del ricorso. Il cerchio si chiude con la considerazione riportata nella motivazione della impugnativa, secondo la quale detta preclusione statutiva esplicitamente per le regioni a statuto ordinario *opera anche per la Regione Siciliana come ha chiarito la Corte stessa con la sentenza 442/2008*.

Così esposti, sia pure nella sinteticità della memoria introduttiva del ricorso, i motivi della impugnativa sembrerebbero sostanzialmente riferiti al presupposto che ci si trovi di fronte all'esercizio di una competenza (l'intervento normativo della Regione sulla disciplina di un tributo erariale) esclusa in radice (in ragione della estensione alla Regione siciliana della preclusione sancita per le regioni a statuto ordinario) e non già all'esercizio di una competenza che, seppure riconosciuta in via di principio, si ritiene che venga, nel caso di specie, eventualmente esercitata al di fuori dei limiti cui essa pure deve sottostare. In altri termini, posto che sul riconoscimento alla Regione siciliana di una specifica competenza in materia di disciplina dei tributi erariali, così come sui limiti all'esercizio di tale competenza, esiste una elaborazione giurisprudenziale piuttosto articolata e consolidata che ha accompagnato le vicende della autonomia dai primi anni dello statuto e si è proiettata in sostanziale continuità anche nel nuovo assetto finanziario derivato dal riformato titolo V della Costituzione, vi è da chiedersi se,

alla luce di tali motivazioni, si deve intendere appunto che qualcosa è cambiato nell'orientamento della giurisprudenza costituzionale sul punto. Il chiarimento, purtroppo, non potrà avvenire, almeno in questa occasione, mediante il giudizio della Corte Costituzionale stessa, stante che alla impugnativa è seguita la promulgazione della legge senza le parti impugnite con conseguente cessazione della materia del contendere sulla norma in contestazione. Rimane tuttavia in tutta la sua importanza, la necessità di chiarire, al di là del merito specifico della decisione, i riflessi generali di tale decisione del Commissario dello Stato e questo non solo in relazione alla esigenza di avere chiari quali debbano essere considerati gli ambiti corretti per eventuali ulteriori interventi del legislatore regionale nell'esercizio della propria competenza in materia, ma anche perché, la questione ha diretta rilevanza su numerose disposizioni legislative presenti nell'ordinamento regionale, a tutt'oggi vigenti, adottate nell'esercizio di una competenza regionale sui tributi erariali non meramente attuativa ma concorrente ed integrativa rispetto alla disciplina dettata dalla legge statale (un elenco di queste disposizioni è riportata nel sito dell'Assessorato al Bilancio della Regione Siciliana). È quanto mai opportuno dunque ricostruire gli aspetti essenziali di tale problematica come si è venuta sviluppando nel tempo, ripercorrendo essenzialmente le principali pronunce della Corte Costituzionale, fino a queste ultime richiamate, per provare a delineare un quadro di riferimento quanto più possibile univoco su tale delicata questione.

2. *Le pronunce della Corte Costituzionale sulla competenza della Regione nella disciplina dei tributi erariali, fino alla emanazione delle norme di attuazione dello Statuto in materia finanziaria*

Una prima sistematica messa a punto del problema da parte della Corte Costituzionale viene operata con la Sentenza n. 9 del 1957. Nel decidere su un ricorso della Presidenza del Consiglio, per conflitto di attribuzione avverso un decreto dell'Assessore regionale per le Finanze contenente "*Speciali regimi di imposizione una volta tanto dell'imposta sull'entrata*", ricorso motivato in base all'assunto che "*alla Regione non sarebbe riconosciuta potestà normativa, né primaria né concorrente in materia di tributi erariali*", la Consulta articola la propria pronuncia riassumendo il tema della decisione in maniera molto diretta, nei termini seguenti: "*se e in quali limiti, debba riconoscersi alla Regione siciliana potestà normativa, non soltanto per i tributi propri, ma altresì per i tributi erariali*" aggiungendo che proprio "*l'art. 36 dello Statuto costituisca la base positiva per la risoluzione della controversia*" (precisazione quest'ultima che la Consulta introduce in relazione all'assunto dell'Avvocatura tendente a desumere la incompetenza della Regione in relazione *al carattere tassativo delle competenze enumerate dagli articoli 14, 15 e 17 dello Statuto*: tema che, come vedre-

mo, ritornerà spesso nelle controversie successive e che la stessa impugnativa ultima di cui si discute in qualche modo ripropone). Così definiti oggetto del giudizio e parametri costituzionali per la decisione, la Corte arriva alla conclusione inequivoca per cui “*la potestà normativa, di cui è cenno nel primo comma dell’art. 36 dello statuto, non sia circoscritta ai tributi locali ma possa estendersi anche a quelli erariali non espressamente eccettuati*”. Nel motivare tale interpretazione dell’art. 36, la Corte ammette quella che definisce la *formulazione generica* della disposizione statutaria per cui la conclusione cui essa perviene in ordine al riconoscimento della competenza, muove dall’analisi del complesso della legislazione in materia di tributi erariali concretamente adottata dalla regione (attività che nel periodo successivo alla emanazione dello Statuto è stata molto intensa ed è stata finalizzata ad introdurre benefici fiscali nel territorio regionale mediante esenzioni, facilitazioni e sospensioni di imposte erariali) che costituisce parte integrante dell’ordinamento, sia perché lo Stato in molti casi non ha impugnato quelle norme né le ha modificate, sia perché, in altri casi nei quali le norme sono state impugate, l’Alta Corte le ha giudicato costituzionalmente legittime sia pure entro certi limiti.

Di fronte tuttavia ad un quadro giuridico-costituzionale che la Corte riconosce essere lacunoso in ragione di quella che ha definito *la formulazione generica dell’art. 36 dello statuto*, l’auspicio della Consulta, già in questa fase è che *la materia venga compiutamente e definitivamente disciplinata* (con evidente riferimento alla necessità di completare la disciplina mediante la adozione di apposite norme di attuazione in materia finanziaria) e tuttavia viene ribadito che *comunque si debba riconoscere alla Regione... potere normativo in materia tributaria, anche riguardo ai tributi erariali..”*.

Con la stessa pronuncia la Corte, affermata la competenza della Regione, affronta la fondamentale questione di definirne i limiti. Ad essere esclusa è anzitutto la ipotesi (pure prospettata dalla difesa regionale) che possa configurarsi nella materia de qua *una riserva legislativa a favore della Regione* con una potestà normativa nei termini e nei limiti dell’art. 14 dello Statuto (potestà legislativa esclusiva). Escluso tale profilo, la Corte enuclea le seguenti caratteristiche e limiti della potestà normativa regionale:

- deve avere *carattere concorrente o sussidiario* e dunque ad essa vanno riferiti quei limiti dettati dall’art. 17 dello Statuto per la competenza legislativa concorrente (i principi e gli interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato);
- deve ricollegarsi alla fondamentale esigenza di unitarietà del sistema tributario a garanzia delle esigenze del sistema economico e dell’uguaglianza di tutti i cittadini in tutto il territorio della repubblica e dunque coordinarsi con la finanza dello Stato e degli enti locali affinché non derivi turbamento ai rapporti tributari nel resto del territorio nazionale;
- deve uniformarsi all’indirizzo ed ai principi fondamentali della legislazione statale per ogni singolo tributo.

Da questa ricostruzione della competenza normativa regionale sui tributi erariali e sui limiti che le leggi regionali devono osservare (uno schema radicalmente differente dalla disciplina costituzionale dettata per la generalità delle regioni ed interamente riconducibile allo statuto speciale) la Corte deriva “*la inapplicabilità dell’art. 119 della Costituzione alla Sicilia sulla base della natura derogatoria dello statuto speciale rispetto ad una norma costituzionale di ordine generale: deroga contenuta nell’art. 36 interpretato nel senso appena precisato*”.

Questo schema di riferimento, elaborato dalla Corte ed i criteri di interpretazione introdotti, verranno, in quegli anni che precedono l’adozione delle norme di attuazione, riaffermati in un numero davvero rilevante di pronunce riguardanti normative regionali che intervengono sulla disciplina di tributi erariali (per citare solo le principali, si considerino le sentenze nn. 11,13,14,18,19,42,52 e 113 del 1957; ma poi anche le sentenze nn. 60 e 76 del 1958; n. 39 del 1960, 37 del 1961; 14 del 1962; 2 e 64 del 1965). In tali pronunce, sia nel caso in cui si arriva a dichiarare la incostituzionalità delle norme sottoposte al giudizio che nel caso opposto, lo scrutinio assume, in via generale, la premessa che per le leggi della Regione siciliana, la illegittimità costituzionale non può comunque derivare da una generica preclusione a disciplinare la materia, bensì dalla violazione dei limiti posti all’esercizio di tale potestà. Con la sent. n. 52 del 1957 viene esplicitato il principio per cui ambito e limiti elaborati dalla Corte in relazione alla competenza regionale a legiferare in materia di tributi erariali, *valgono ovviamente anche per quel che concerne la competenza della Regione ad emanare norme sulla riscossione dei tributi non espressamente riservati allo Stato*.

In molti casi le pronunce adottate in questa fase consentono alla Corte di approfondire, con riferimento alle specifiche fattispecie sottoposte a giudizio, particolari aspetti connessi ai contenuti e limiti della competenza regionale. Vale la pena al riguardo di segnalare la sentenza. n. 37 del 1961 con la quale nel valutare la costituzionalità di norme varate dall’Assemblea che dispongono, in un caso la sospensione temporanea della riscossione della imposta sui terreni (nelle more della revisione catastale conseguente alla perdita di valore dei terreni medesimi a causa di eventi naturali) e, nell’altro, la esenzione ventennale dell’imposta fondiaria (beneficio previsto dalla legislazione nazionale in favore degli aumenti di reddito dei terreni bonificati), la Corte Costituzionale dopo avere riconosciuto il titolo della Regione a disporre agevolazioni fiscali sui tributi erariali, conduce uno scrupoloso esame delle norme impugnate, sotto il profilo della loro rispondenza ai tipi previsti dalla legislazione nazionale (uno dei limiti dalla stessa posti all’esercizio di quella competenza), desumendone la legittimità costituzionale della norma che dispone la sospensione temporanea della riscossione poiché la misura *trova rispondenza in analoghe provvidenze concesse dalla legislazione statale in occasione di eventi eccezionali* mentre per il caso della esenzione di imposta, ne dichiara la illegittimità sul presupposto

che tale beneficio *lungi dall'essere in rispondenza con un tipo di agevolazione prevista dalla legislazione statale si pone in contrasto con essa.*

Da segnalare, per la problematica che affronta, anche la sentenza n. 2 del 1965. In questo caso il giudizio verte su una disposizione regionale che prevede la introduzione di un particolare regime di esenzione (già regolato da una norma statale) su un tributo di spettanza comunale (l'imposta di consumo sui materiali di costruzione). Il giudizio consente alla Corte di affrontare il problema della competenza regionale sia con riguardo al versante del rapporto con la competenza dello stato che in riferimento alla materia dell'autonomia finanziaria riconosciuta ai comuni. La sentenza prende le mosse da un giudizio promosso in via incidentale dal tribunale di Patti chiamato a decidere sul contrasto tra l'Ufficio delle imposte di consumo di quel comune ed un privato, su quale fosse la norma da applicare per regolare il pagamento dell'imposta sul consumo dei materiali edili impiegati nella costruzione di un edificio ultimato nel 1962: se cioè dovesse essere applicata la legge nazionale (legge 2 febbraio 1960, n. 35) regolando in base ad essa il pagamento dell'imposta, ovvero la legge regionale 27 novembre 1961, n. 22 in forza della quale doveva considerarsi vigente fino al 1965 un regime di totale esenzione del pagamento dell'imposta. In sostanza le normative nazionali e regionali, fino al 31 dicembre 1961 contemplan per il tributo in parola il medesimo regime di esenzione totale; a partire da quella data le due discipline introducono due regimi diversi: mentre lo Stato legifera nel senso di abrogare la esenzione ed introdurre una riduzione graduale dell'imposta, la Regione legifera disponendo il mantenimento fino al 1965 del regime di esenzione totale. La norma regionale verrà dichiarata incostituzionale perché in contrasto con l'art. 36 dello Statuto in quanto dispone una esenzione di imposta che *non corrisponde ai principi ai quali si ispira la legislazione statale in materia.* Sul punto la Corte osserva che in effetti la Regione nel disporre la proroga della esenzione non ha tenuto presente il diverso indirizzo seguito dal legislatore statale di *ritornare, sia pure gradualmente, alla normalità del regime tributario* con il ripristino graduale dell'imposta. In questo caso dunque anche se, in senso proprio, la misura regionale ha una corrispondenza sostanziale in un tipo di agevolazione considerata nella legge nazionale, viene contestato ad essa il contrasto con il diverso principio che ha ispirato l'intervento del legislatore nazionale e, per tale via, ne viene sancita la incostituzionalità. La norma viene dichiarata incostituzionale anche perché in contrasto con l'art. 15 dello Statuto: di fatto la Regione prorogando il regime di esenzione, finisce con il sottrarre per un tempo indefinito (la esenzione viene disposta fino al 1965, ma in pratica la misura sarebbe ulteriormente rinnovabile con una nuova disposizione), un cospicuo importo ai Comuni, violandone quell'ampia autonomia finanziaria loro riconosciuta dalla disposizione statutaria. Viene inoltre eccepito che avendo la Regione omesso di porre a carico del proprio bilancio la spesa occorrente per compensare i comuni per le mancate entrate, induce pregiudizio oltre che per

questi ultimi, anche per la finanza dello Stato *al quale spetta provvedere alla integrazione dei bilanci deficitari dei comuni*: un aspetto che nel giudizio, integra quel requisito del *necessario coordinamento tra finanza statale, regionale e comunale*, in tante occasioni, a partire dalla sentenza n. 9 del 1957 sopra riportata, evocato dalla Corte come limite all'esercizio della potestà legislativa regionale in materia di tributi.

Con la sentenza n. 14 del 1962, la Corte riprende in maniera diretta il problema del rapporto tra il pieno esercizio della potestà legislativa regionale ex art. 36 dello Statuto e la necessità di adottare le apposite norme di attuazione in materia finanziaria. Già con la citata sentenza n. 9 del 1957, come detto, la Corte aveva per un verso dedotto dalla norma statutaria la competenza regionale in materia tributaria ma a fronte della *formulazione generica dell'art. 36*, aveva auspicato che *la materia fosse compiutamente e definitivamente disciplinata* con evidente richiamo alla necessità di adottare le apposite norme di attuazione. Con la pronuncia del 1962, la Corte dichiara la illegittimità costituzionale di una legge approvata dall'Assemblea regionale recante la disciplina per la "Istituzione degli uffici periferici dell'Amministrazione regionale delle finanze e del demanio" esaminando la questione proprio sotto il profilo della sussistenza delle condizioni per l'esercizio costituzionalmente legittimo della potestà legislativa regionale, in assenza delle apposite norme di attuazione dello Statuto. Nel motivare la decisione, la Corte richiama la propria giurisprudenza sulla potestà legislativa regionale in materia di tributi e ne ribadisce il carattere sussidiario e la necessità di inquadrarne l'esercizio *nella fondamentale unità dell'ordinamento tributario generale*; canone di unitarietà che si riflette indubbiamente anche sulla disciplina riguardante l'ordinamento degli uffici finanziari regionali e sul coordinamento di essi con l'amministrazione statale; coordinamento che dovrà essere assicurato dalle norme di attuazione, all'emanazione delle quali è dunque subordinato l'esercizio della potestà legislativa regionale in materia di organizzazione degli uffici finanziari.

3. *Le norme di attuazione in materia finanziaria: le ulteriori pronunce fino alla riforma costituzionale del 2001*

Con la emanazione delle norme di attuazione in materia finanziaria (D.P.R. n. 1074/1965) gli interventi della Corte costituzionale nelle controversie riguardanti la competenza legislativa regionale in materia di tributi si muovono in sostanziale continuità con l'orientamento già tracciato, ma la ricostruzione dei presupposti e dei caratteri di tale competenza, alla luce delle nuove disposizioni attuative, si fa più articolata. Anche in tale fase (che va dalla adozione delle norme di attuazione fino alla riforma del titolo V della Costituzione del 2001) numerose sono le pronunce sull'argomento; alcune di esse in particolare si se-

gnalano per gli approfondimenti che recano, connessi, come detto, proprio alla considerazione del nuovo quadro di riferimento che le norme di attuazione hanno contribuito a determinare. In questa ottica va segnalata la sentenza n. 71 del 1973 (sentenza importante anche per l'ulteriore profilo della controversia riguardante l'ambito di applicazione del principio di territorialità ex art. 37 dello Statuto con riferimento all'imposta generale sull'entrata, aspetto che in questa sede non viene approfondito) nella quale la Corte evoca esplicitamente come *base per la decisione della controversia* il parametro rappresentato dalle norme di attuazione in materia finanziaria contenute nel D.P.R. 1074/1965. Nel merito delle argomentazioni svolte nella pronuncia (si veda in particolare il punto 3 dei *Considerato in diritto*), va segnalato quello che può definirsi un vero e proprio criterio di corrispondenza tra spettanza del gettito dei tributi ed ambito della potestà normativa che la Corte enuncia nei termini seguenti: *spetta alla Regione la potestà di acquisire le entrate tributarie, e solo quelle, sulle quali essa può legittimamente legiferare*. Nell'economia della decisione del caso sottoposto al giudizio, l'enunciato è finalizzato a sancire la illegittimità della pretesa regionale ad avere attribuiti i proventi di tributi rispetto ai quali la sua potestà legislativa incontrerebbe i limiti dei principi cui si informano le leggi tributarie dello Stato (nel caso in esame, ad avviso della Corte, la pretesa regionale ad avere assegnati i proventi dell'imposta generale sull'entrata riscossa dagli uffici statali per atti economici compiuti da filiali, enti ed istituti di credito aventi la sede centrale fuori dalla Sicilia interferisce con la disciplina del soggetto passivo dell'obbligazione, ambito quest'ultimo certamente precluso all'intervento della Regione) e tuttavia nello sviluppo del nostro ragionamento, si aggiunge questa ulteriore sottolineatura di una competenza normativa della Regione riconosciuta in relazione anche ad una esplicita connessione di essa con l'ambito dei tributi il cui gettito è attribuito alla Regione medesima (un criterio estraneo all'allora vigente testo dell'art. 119 della Costituzione e che, come vedremo, la Corte escluderà in radice per le regioni a statuto ordinario anche in relazione al testo post riforma del 119).

Due sentenze della Corte costituzionale del 1999, la n. 111 e la n. 138, adottate entrambe sulla base di ricorsi della Regione Siciliana avverso disposizioni nazionali in tema di istituzione e disciplina dell'Imposta regionale sulla attività produttive, offrono la occasione alla Corte di aggiornare e precisare ulteriormente i principi già elaborati in materia di competenza regionale sulla disciplina dei tributi, in relazione ad una imposta, l'IRAP per l'appunto, della cui natura (di imposta regionale od erariale) la Consulta sarà chiamata ad occuparsi in più occasioni anche dopo la riforma del titolo V. Con la prima delle due sentenze (la n. 111 del 1999) la Corte dirime una serie di controversie concernente alcune disposizioni contenute nella legge 23 dicembre 1996, n. 662. Uno dei motivi del ricorso riguarda in particolare l'art. 3 c. 158 della citata legge che la Regione reputa lesivo della propria autonomia finanziaria in quanto

prevederebbe solo il potere di “attuare” le nuove disposizioni, mentre lo Statuto e le norme di attuazione attribuirebbero alla regione il potere di istituire tributi propri nei limiti dei principi del sistema tributario dello Stato. Nel rigettare il ricorso, la Corte eccipisce che non può considerarsi lesivo dell'autonomia finanziaria della Sicilia, la previsione in capo ad essa di quella potestà volta ad attuare la disciplina nazionale nei limiti che questa riferisce alla generalità delle regioni, dal momento che essa non deve intendersi esaustiva della potestà di intervento della Regione Siciliana; a garantire alla Sicilia gli ulteriori margini di intervento sulla disciplina del tributo, corrispondenti alle sue prerogative, prevede infatti la specifica *clausola di salvaguardia* recata dalla disposizione nazionale che correla appunto alla speciale autonomia legislativa delineata per la Sicilia dallo Statuto e dalle norme di attuazione, gli ulteriori ambiti e limiti dell'intervento normativo regionale.

Con la sentenza n. 138 del 1999 la Corte ritorna sulle problematiche relative all'IRAP (oggetto del ricorso in questo caso è il d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 che attua la delega in materia di istituzione dell'IRAP oltre che dell'addizionale regionale IRPEF prevista dalla legge n. 662 del 1996 già oggetto di precedente autonoma impugnativa della regione risolta con la pronuncia già esaminata) ed affronta la fondamentale questione della natura del tributo in questione: natura alla quale corrisponde una specifica qualificazione della competenza regionale sulla relativa disciplina. La censura mossa dalla Regione al d.lgs. n. 446 del 1997 muove dalla premessa che la nuova imposta “regionale” sulle attività produttive andrebbe considerato un tributo proprio della Regione, in ordine al quale dunque dovrebbe riconoscersi ad essa potestà legislativa esclusiva; ma anche nel caso che l'imposta si configurasse come tributo erariale il cui gettito è devoluto alla Regione, dovrebbe comunque riconoscersi a questa una potestà legislativa concorrente e non una potestà di mera attuazione, quale sarebbe invece delineata nell'art. 24, comma 2, del decreto legislativo impugnato. Sotto questo aspetto la disposizione impugnata rappresenterebbe, ad avviso della Regione, un passo indietro rispetto all'art. 3, comma 158, della legge n. 662 del 1996 (pure impugnata dalla Regione con precedente ricorso), perché non ripete la specifica clausola di salvaguardia della speciale autonomia finanziaria preordinata dall'art. 36 dello statuto regionale e dalle relative norme di attuazione, contenuta nella legge delega. La Corte affronta dunque il duplice problema di definire la natura del tributo e di qualificare il tipo di competenza regionale ad essa corrispondente. La questione della natura del tributo è risolta dalla Corte con riferimento alla disciplina dell'art. 119 della Costituzione (nel testo vigente prima della riforma del 2001) qualificando l'IRAP come tributo proprio delle Regioni nel senso della attribuzione del relativo gettito, ma è pur sempre un tributo ad esse “attribuito dalla legge dello Stato, che ne definisce i caratteri e la disciplina fondamentale. È proprio la titolarità dello Stato a dettare la disciplina del tributo, piuttosto che la spettanza del gettito, a qualificarne la natura che è quella del tributo erariale,

escludendo dunque la ipotesi che per l'IRAP possa parlarsi di un "tributo proprio" da *riservare* in quanto tale alla disciplina regionale così come postulato dalla Regione (sul riferimento alla titolarità della disciplina normativa piuttosto che alla spettanza del gettito, come discriminante per qualificare la natura del tributo la Corte tornerà più volte, come vedremo, con riferimento anche al testo riformato dell'art. 119 della Costituzione). Alla configurazione dell'IRAP come tributo erariale corrisponde, per quello che riguarda la Sicilia, quella competenza rappresentata in primo luogo dagli stessi spazi di autonomia relativi alle "procedure applicative" dell'imposta e all'eventuale variazione, entro certi limiti, dell'aliquota, riconosciuti alla generalità delle regioni, cui si associa anche quella specifica competenza legislativa ad essa riconosciuta, *estesa a tutti i tributi erariali il cui gettito regionalmente riscosso le è devoluto ai sensi dell'art. 2, primo comma, del d.P.R. n. 1074 del 1965*. Una competenza indiscussa dunque, in ordine alla quale la Corte è chiamata, ogni qual volta essa viene esercitata in concreto dalla Regione, a sindacare sul rispetto dei limiti entro cui la stessa deve svolgersi. Nel riaffermare dunque la competenza della Regione sulla disciplina dei tributi erariali, le due pronunce ne *aggiornano* in qualche modo la lettura, ponendola in relazione alle particolari modalità con cui l'assetto della finanza regionale delineato dall'art. 36 dello Statuto, è stato attuato per effetto principalmente della disciplina contenuta nelle norme di attuazione. La tesi esposta nelle due sentenze è che rispetto al modello che traspare dalla lettera dell'art. 36 dello Statuto quello cioè di "*un modello ispirato ad una netta separazione fra finanza statale e finanza regionale*" (due ordinamenti finanziari quello statale e quello regionale, uno accanto all'altro, ciascuno con un proprio ambito di esercizio di potestà ad esso riservata), nella sua concreta attuazione "*l'ordinamento finanziario della Regione Siciliana sia stato costruito, in base alle norme di attuazione dello statuto, e anche allontanandosi dal disegno originariamente sotteso alla formula testuale dell'art. 36 dello statuto, non già sull'esercizio di una potestà impositiva del tutto autonoma della Regione, in spazi lasciati liberi dalla legislazione tributaria dello Stato, bensì sull'attribuzione alla Regione del gettito della maggior parte dei tributi erariali, riscosso nel territorio regionale, e di una potestà legislativa anche in ordine alla disciplina degli stessi tributi erariali, fermo restando che, in assenza di diverse disposizioni legislative regionali, si applicano nella Regione le disposizioni delle leggi tributarie dello Stato (art. 6 del d.P.R. n. 1074 del 1965)*". Sulla stessa linea delle pronunce sull'IRAP appena esaminate, si muove anche la sentenza n. 348 del 2000. Con essa la Corte si pronuncia sul ricorso promosso dalla Regione su una serie di articoli della legge 27 dicembre 1997, n. 449 ed in particolare sull'art. 18 che introduce l'Imposta "erariale regionale" sulle emissioni sonore derivanti dal traffico aereo e ne assegna il gettito alle regioni per essere destinato ad interventi in favore delle amministrazioni e dei soggetti residenti nelle zone limitrofe agli aeroporti. Anche in questo caso nel respingere la pretesa della Regione ad avere ricono-

sciuta la piena potestà istitutiva del tributo (evocando per essa i soli limiti dei principi della legislazione statale di cui al comma secondo dell'art. 6 del D.P.R. 1074 del 1965), la Corte rileva che *“la nuova imposta, pur definita “erariale regionale”, è un tributo istituito dallo Stato e disciplinato dallo Stato come gli altri tributi erariali. È solo il suo gettito che è devoluto alle Regioni, e dunque anche alla Regione Siciliana”* rispetto a tale profilo del tributo non può dunque evocarsi da parte della regione una “riserva” di intervento normativo, ma va garantita *“la possibilità per la Regione, nei limiti in cui la materia lo consenta, di esercitare a sua volta la competenza legislativa di cui essa gode in relazione alla disciplina dei tributi erariali il cui gettito è devoluto alla stessa Regione”*. Da queste pronunce emerge dunque in maniera distinta il riconoscimento del doppio profilo della competenza della regione in materia di tributi che la Corte deriva dall'art. 36 dello Statuto nei termini in cui questo viene applicato con l'art. 6 delle nome di attuazione. Il primo profilo riguarda il rapporto tra legislazione nazionale e competenza regionale sui tributi erariali ed è riconducibile alla previsione del primo comma dell'art. 6 del D.P.R. n. 1074 del 1965; il secondo riguarda la facoltà riservata alla Regione di istituire *nuovi tributi* nei limiti previsti dal secondo comma del medesimo art. 6 del D.P.R. n. 1074 del 1965. Dovremo tenere in evidenza questa ricostruzione perché ci tornerà utile per meglio leggere il senso di successive pronunce della Corte stessa. La disciplina del rapporto tra legislazione nazionale e competenza regionale sui tributi erariali nei termini del primo comma dell'art. 6 del D.P.R. 1074 del 1965, è ulteriormente presente nella sentenza n. 186 del 1999 con la quale la Corte risolve un conflitto sollevato dalla Regione in materia di riscossione. La norma impugnata dalla Regione è l'art. 26 del dpr 28 gennaio 1988, n. 43 che prevede in situazioni particolari la possibilità di esonero del commissario delegato alla riscossione, dell'obbligo del “non riscosso per riscosso”, sul presupposto che tale disposizione *limiti arbitrariamente la potestà regionale in materia di riscossione*, ritenendo violato lo statuto e le norme di attuazione. La Corte muove, come di consueto, proprio dal riconoscimento della potestà legislativa della Regione in materia tributaria (alla quale, come già visto, si associa quella sulla riscossione) nei termini previsti dall'art. 6 primo comma del D.P.R. n. 1074 del 1965, evidenziando che proprio ai sensi di tale disciplina attuativa, è previsto che in assenza di una differente disciplina regionale adottata nell'esercizio di tale competenza si applica nella Regione la legislazione tributaria dello Stato. In effetti la normativa regionale in materia (legge regionale 5 settembre 1990, n. 35 *“Istituzione e disciplina del servizio di riscossione dei tributi e di altre entrate”*), contempla un rinvio “mobile” per quanto non disciplinato dalla stessa, alle disposizioni del D.P.R. n. 43 del 1988 e alle “successive modifiche”. Quindi la legge regionale, nell'esercitare la competenza in materia, espressamente ribadisce l'applicabilità nella Regione Siciliana del decreto legislativo statale e delle sue successive modifiche, salve le deroghe recate dalla legge regionale. Il riconoscimento che la norma non reca alcuna compressione della competenza

regionale, si accompagna alla precisazione che ovviamente resta impregiudicata la possibilità per la Regione Siciliana, di intervenire con proprie leggi, purché sempre nel rispetto dei principi derivanti dalla legislazione statale, a regolare anche questo particolare aspetto della disciplina della riscossione.

4. *La riforma del titolo V della Costituzione: un nuovo quadro di riferimento del problema*

Cosa cambia, rispetto al quadro appena tracciato, per effetto della riforma costituzionale del 2001? Per affrontare la questione va preliminarmente delineato l'ambito di applicazione della disciplina del nuovo titolo V della Costituzione alle regioni a statuto speciale. Il punto è che mentre per le regioni a statuto ordinario il quadro di riferimento di rango costituzionale della nuova disciplina è interamente riconducibile al riformato titolo V (per gli aspetti che ci riguardano, in particolare, agli articoli 117 e 119) della Costituzione, per le regioni a statuto speciale tale quadro va ricostruito sulla base del *coordinamento* tra la disciplina contenuta nel titolo V della Costituzione e le disposizioni dei singoli statuti in materia finanziaria (discipline entrambe di rango costituzionale). La Corte costituzionale ha affrontato il problema del coordinamento tra la disciplina del titolo V e gli statuti speciali in numerose pronunce (tra le tante, le sentenze n. 213 del 2003, n. 8 del 2004, nn. 304 e 431 del 2005, n. 75 del 2006, n. 102 del 2008, n. 12 del 2009) nelle quali il parametro costituzionale di riferimento è costituito dall'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Con riferimento in particolare alla materia finanziaria i principi che vengono fissati (si vedano in particolare le sent. nn. 75 del 2006 e 102 del 2008 e, con specifico riferimento alla Sicilia, l'ordinanza n. 250 del 2007) si possono così riassumere:

- la nuova disciplina costituzionale non può comportare nessuna riduzione del potere impositivo già spettante alle Regioni a Statuto speciale e, più in generale, essa non può mai avere l'effetto di restringere l'ambito di autonomia garantito dagli Statuti speciali anteriormente alla riforma del titolo V;
- in tema di competenza legislativa tributaria, la disciplina contenuta nel titolo V della Costituzione non può ritenersi applicabile alle regioni a statuto speciale se non per quegli aspetti in cui prevede forme di autonomia più ampie rispetto a quelle loro attribuite dai rispettivi statuti;
- i parametri pertinenti alle questioni di legittimità costituzionale promosse nei confronti di leggi delle Regioni a statuto speciale, a pena di inammissibilità dei ricorsi stessi, sono costituiti dalle norme di rango costituzionale dei rispettivi statuti o, subordinatamente, dalle disposizioni del nuovo Titolo V della Costituzione, solo dopo avere esplicitamente dimostrato ed argomentato che queste dispongono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite alle singole regioni, dai rispettivi statuti.

Con specifico riferimento alla autonomia finanziaria della Regione Siciliana, la Corte costituzionale con la citata ordinanza n. 250/2007 ha dichiarato la *manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale* promossa sull'art. 64 della legge regionale 16 aprile 2003, n. 4 che disciplina le modalità di attribuzione alle province dei proventi dell'imposta sulle assicurazioni contro la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, proprio perché essendo la materia cui afferisce la norma censurata (la spettanza del gettito dei tributi erariali riscossi nel territorio della regione) disciplinata dalle norme di attuazione in materia finanziaria, in attuazione dell'art. 36 dello Statuto, la questione andava sollevata con riferimento ai parametri statutari e non, come avvenuto, con riferimento agli articoli 118 e 119 della Costituzione che possono ritenersi applicabili alla Sicilia solo a condizione che garantiscano una maggiore autonomia alla regione, ai sensi dell'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001.

Questo coordinamento va dunque operato raffrontando il quadro delle competenze in materia di disciplina sull'ordinamento tributario tracciato dal nuovo titolo V della Costituzione e quello delineato per la Sicilia dallo Statuto e dalle norme di attuazione.

Il modello delineato dal titolo V della Costituzione può essere sintetizzato nei termini seguenti:

- la competenza esclusiva dello Stato sui tributi erariali: art. 117 secondo comma lett. e) Cost.;
- la competenza primaria delle regioni sui tributi regionali: art. 117 quarto comma Cost. (competenza residuale);
- la competenza concorrente tra stato e regioni in materia di coordinamento tributario e finanziario (artt. 117 comma 3 e 119 Cost.).

Con riferimento a tale assetto, la Corte Costituzionale in questi anni ha dovuto affrontare un ampio contenzioso riguardante il riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni sulla disciplina dei tributi e le condizioni ed i limiti per il suo effettivo esercizio.

L'occasione è stata offerta da una serie di pronunce nelle quali la Consulta è stata chiamata preliminarmente a decidere sulla natura (se fossero cioè da considerare tributi erariali o tributi propri delle regioni) di una serie di tributi istituiti e disciplinati con legge dello stato, il cui gettito è attribuito alle regioni; pronunce che, come è noto, hanno riguardato l'IRAP (tra le altre, sentenze nn. 296 del 2003; 431 e 381 del 2004; 155 del 2006; 193 del 2007), il tributo per il deposito in discarica dei rifiuti (sentenze nn. 335 e 397 del 2005; 24 del 2008), la tassa automobilistica (296, 297 e 311 del 2003; 455 del 2005; 451 del 2007), l'addizionale regionale IRPEF (sentenze nn. 37 e 381 del 2004; 2 e 148 del 2006; 193 del 2007), l'ICI, (sentenze nn. 37 e 381 del 2004; 397 del 2005; 75 del 2006), la TARSU (sentenza 442 del 2008). In tutti questi casi la Corte ha risolto la questione sulla natura delle imposte prese in considerazione, affermando trat-

tarsi di tributi erariali in relazione alla circostanza che la loro introduzione e la relativa disciplina sostanziale è stata posta dallo Stato, non rilevando a contrario la spettanza del gettito o la qualificazione come *regionale* del tributo medesimo; di contro per potersi parlare di *tributi propri delle regioni* nel senso in cui tale espressione viene adoperata dall'art. 119 della Costituzione, occorre che essi *siano istituiti e disciplinati dalle regioni con propria legge*. A partire da tale presupposto, la Corte affronta il problema fondamentale della competenza delle regioni in materia di disciplina dei tributi e dei parametri costituzionali che ne costituiscono il fondamento. In tutta questa elaborazione, la Corte mostra di avere sempre ben presente la diversa posizione delle regioni a statuto speciale rispetto alle regioni a statuto ordinario. Quando il contenzioso riguarda regioni a statuto ordinario, il giudizio viene formulato sulla base dei parametri direttamente derivati dall'art. 119 della Costituzione (tra le tante, le sentenze nn. 296-297-311 del 2003; 37 e 381 del 2004; 335 e 339 del 2005); quando il giudizio coinvolge regioni a statuto speciale, (sent. nn. 75/2006, 102/2008, 74/2009 e, con riferimento alla Sicilia, ordinanza n. 250 del 2007, sentenza n. 188 del 2008, sentenza n. 442 del 2008) i parametri ai quali la Corte riferisce il giudizio sono derivati dalle rispettive discipline statutarie, considerate sempre prevalenti rispetto alla disciplina generale dettata sul punto dal nuovo titolo V della Costituzione. Le conclusioni cui perviene la Corte, sulla base dello schema di competenze derivato dall'art. 119 della Costituzione, e dunque da riferire direttamente alle sole regioni a statuto ordinario, sono ben note e possono così sintetizzarsi:

- è precluso l'intervento delle regioni a statuto ordinario nella disciplina dei tributi vigenti regolati da leggi dello stato, poiché la loro disciplina sostanziale deve considerarsi tutt'ora rientrante nella esclusiva competenza dello Stato in materia di tributi erariali, secondo quanto previsto dall'art. 117, secondo comma, lett. e) Cost.;
- è preclusa alle regioni a statuto ordinario, in assenza della legge nazionale sui principi fondamentali di coordinamento, la piena esplicazione della loro potestà tributaria ed in particolare la possibilità di istituire nuovi tributi aventi i medesimi presupposti dei preesistenti tributi statali.

Si tratta comunque di preclusioni che la Corte esclude possano considerarsi applicabili, in via generale, alle Regioni a statuto speciale. Accanto a questo schema derivato interamente dal titolo V della Costituzione e quindi applicabile in via diretta alle sole regioni a statuto ordinario, vi è infatti l'ambito delle discipline statutarie delle singole regioni a statuto speciale in relazione alle quali deve essere ricostruita la particolare situazione di ciascuna di esse (che, per altro, presentano anche tra di loro differenze rilevanti).

Per venire alla Regione Siciliana, la disciplina da prendere in considerazione è quella che deriva dall'art. 36 dello Statuto, dalle norme di attuazione e, limitatamente a quei contenuti che riconoscono una maggiore autonomia rispetto a questa, dalla disciplina costituzionale del riformato titolo V. Un assetto che può così riassumersi:

- spettano alla Regione, secondo la lettera dell'art. 2 del D.P.R. 1074 del 1965, le entrate afferenti al gettito di due differenti tipologie di tributi e precisamente, le entrate da essa direttamente deliberate e tutte le entrate tributarie riscosse nel suo territorio, con le esclusioni previste dal medesimo articolo;
- è riconosciuta alla Regione una riserva di competenza ad istituire nuovi tributi in relazione alle particolari esigenze della comunità regionale (art. 6, secondo comma del D.P.R. 1074 del 1965); competenza da esercitare *nei limiti dei principi del sistema tributario dello stato*;
- è riconosciuta alla Regione una competenza definita concorrente ed integrativa sulla disciplina dei tributi erariali (art. 6, primo comma del D.P.R. 1074 del 1965) da esercitarsi entro quei limiti definiti dalla stessa Corte Costituzionale nei termini esaminati in precedenza.

Dal raffronto tra la disciplina statutaria e quella dettata dal nuovo titolo V, appare indubbio che alla Sicilia non sono applicabili in materia di competenza sulla disciplina dei tributi, i criteri elaborati dalla Corte per le regioni a statuto ordinario.

Così è certamente per quanto riguarda la preclusione ad intervenire legislativamente sui tributi erariali: quello derivato dal nuovo titolo V della Costituzione è un assetto inapplicabile alla Sicilia perché reca una disciplina difforme e più restrittiva rispetto a quella statutaria dalla quale discende invece una specifica competenza legislativa sui tributi erariali. In effetti, analoga posizione differenziata rispetto alla generalità delle regioni era stata riconosciuta alla Sicilia dalla Consulta proprio con specifico riferimento all'IRAP anche prima della riforma del titolo V (sentenze n. 111 e 138 del 1999).

Allo stesso modo deve ritenersi non estensibile alla Sicilia la preclusione posta alle regioni a statuto ordinario riguardante la possibilità di istituire nuovi tributi aventi i medesimi presupposti dei preesistenti tributi statali, in mancanza della legge statale che detta i principi fondamentali di coordinamento. Tale questione è affrontata e risolta in maniera inequivoca dalla Corte con la citata sentenza n. 102 del 2008. In questa pronuncia la Corte nel decidere quale debba essere la disciplina costituzionale dalla quale desumere la competenza della Regione Sardegna *“nell'istituire tributi propri”* esclude che questa possa essere rappresentata dalla disciplina del titolo V, dal momento che la disciplina statutaria dettata sul punto dall'art. 8 lettera h) dello Statuto sardo prevede per tale Regione una autonomia più ampia che incontra il solo limite *“dell'armonia con i principi del sistema tributario dello stato”*. Qual è la differenza tra il vincolo rappresentato per le regioni a statuto ordinario *dall'osservanza dei principi fondamentali di coordinamento del sistema tributario* ed il vincolo rappresentato per la Sardegna dall'armonia con i principi del sistema tributario dello Stato? È sempre la stessa sentenza a chiarirlo. Si tratta di principi entrambi finalizzati a realizzare la necessaria *“funzione di coordinamento dei diversi sottosistemi (statale e regionale) del complessivo sistema tributario”* ma con contenuti e modalità

ben diversi. Il rispetto del limite costituito dall'armonia con i principi del sistema tributario dello Stato “*richiede che la Regione nell'istituire i tributi propri valuti essa stessa la coerenza del sistema regionale con quello statale e conformi di conseguenza i propri tributi agli elementi essenziali del sistema tributario*”; di contro i principi fondamentali di coordinamento del sistema tributario “*hanno per oggetto la delimitazione delle sfere di competenza legislativa tributaria e presuppongono l'esistenza di una apposita legge che li stabilisca*”; ne deriva, per la Corte, la preclusione (rappresentata dalla previa adozione della legge di coordinamento) per l'esercizio della corrispondente competenza da parte delle regioni a statuto ordinario, mentre *analogo divieto non è desumibile dallo statuto sardo il quale si limita ad esigere che i tributi regionali siano in armonia con i principi del sistema tributario dello Stato*. Una conclusione certamente riferibile anche alla Sicilia per la quale l'esercizio della corrispondente competenza incontra l'analogo vincolo recato dallo Statuto sardo, del rispetto dei *principi del sistema tributario dello Stato* (art. 6, secondo comma del D.P.R. 1074 del 1965): una potestà quindi esercitabile anche in assenza della legge nazionale di coordinamento.

5. *La sentenza 442 del 2008 e la supposta preclusione per la Sicilia a legiferare sui tributi regolati da leggi dello Stato*

Il quadro fin qui tracciato dà conto dunque di una giurisprudenza costituzionale, adottata in un arco di tempo ultra cinquantennale, che attesta in maniera inequivoca la competenza legislativa della Regione Siciliana sulla disciplina dei tributi erariali: competenza che si proietta pacificamente nel nuovo assetto costituzionale introdotto nel 2001 dal quale per altro, alla luce di una altrettanto consolidata giurisprudenza costituzionale, non può derivare alcuna forma di compressione dell'ambito di autonomia garantito dallo Statuto speciale anteriormente alla riforma stessa ed il cui ambito di esercizio non può subire quelle preclusioni che in materia operano per le regioni a statuto ordinario. Rispetto a questo quadro, si può sostenere che la sentenza n. 442 del 2008 rappresenti un mutamento di indirizzo fino a fare ritenere estensibile alla Sicilia quella preclusione ad intervenire legislativamente sui tributi regolati dalle leggi dello Stato che la Consulta ha certamente derivato dall'art. 119 della Costituzione per le regioni a statuto ordinario?

In realtà non sembra che possa essere attribuita a quella sentenza una tale valenza.

A ben guardare in effetti, al di là di un certo margine di equivoco che può derivare forse da un eccesso di sintesi nella motivazione del giudizio, anche questa pronuncia può essere ricondotta dentro la linea di sostanziale continuità con cui la Corte costituzionale ha regolato il problema in tutti questi anni, mai mettendo in discussione le prerogative della Regione Siciliana sulla disciplina dei tributi erariali. Vediamola dunque in dettaglio.

Il giudizio da cui origina la sentenza (promosso in via incidentale dalla Commissione tributaria provinciale di Palermo) ha avuto per oggetto l'art. 6 comma 2 della legge regionale 3 maggio 2001, n. 6 "*nella parte in cui pone a carico delle province l'onere relativo alla tassa e agli accessori dovuti per la raccolta e il trasporto dei rifiuti solidi urbani per quanto riguarda le istituzioni scolastiche statali di istruzione secondaria di secondo grado*". Rileva il giudice rimettente che la disposizione regionale individuando un soggetto passivo dell'imposta diverso da quello indicato dall'art. 63 del d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507 (indicando le province regionali piuttosto che il Ministero dell'istruzione) con riferimento ad un tributo, la TARSU, la cui disciplina sostanziale è riservata alla potestà legislativa esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione, viola gli articoli 117 della Costituzione, 36 dello Statuto e articolo 2 del D.P.R. 1074 del 1965.

Dunque l'atto introduttivo del giudizio focalizza l'oggetto della decisione sulla verifica della competenza della Regione a *modificare* il soggetto passivo di un tributo disciplinato dalla legge dello Stato (dunque un tributo erariale il cui gettito, in questo caso, è destinato ai comuni). Analogamente la Corte, in premessa alla declaratoria di incostituzionalità della norma impugnata, fissa l'oggetto del giudizio nei medesimi termini (si veda il punto 4.1 dei *Considerato in diritto*): "*La denunciata disposizione modifica [...] il soggetto passivo della TARSU, quale individuato dalla legge statale [...] Ne deriva che il thema decidendum del presente giudizio di legittimità costituzionale resta circoscritto alla verifica della sussistenza della competenza della Regione Siciliana ad operare detta modifica*".

Così posta la questione, è ineccepibile la conclusione della Corte sulla incostituzionalità della norma, non potendosi ritenere che sui tributi erariali la Regione disponga di una tale potestà di intervento da potergli consentire di modificare il soggetto passivo dell'imposta: esattamente in questo senso la Corte Costituzionale si era del resto già pronunciata sempre con riferimento alla Sicilia, con la citata sentenza n. 71 del 1973 nella quale nel riaffermare la competenza della Regione a legiferare sui tributi erariali, richiamava il limite all'esercizio di tale competenza rappresentato dal rispetto dei principi cui si informano le leggi tributarie dello Stato ed aggiungeva che tra essi "*rientra senza dubbio la disciplina dei soggetti passivi dell'obbligazione*". Quindi una pronuncia di incostituzionalità che può stare benissimo all'interno di quella impostazione consolidata che la Corte ha seguito da sempre in tali giudizi: riconoscimento della competenza della Regione sui tributi erariali ed eventuale censura della norma per il mancato rispetto dei limiti posti all'esercizio di quella competenza, limiti, per altro, interamente elaborati ed affinati in oltre cinquant'anni di pronunce dalla Corte stessa.

Ed allora, perché la sentenza è stata indicata come recante una impostazione che modifica sostanzialmente tale quadro di riferimento fino a fare ritenere *ope-*

rante anche per la Regione siciliana la preclusione a legiferare sui tributi esistenti e regolati da leggi dello stato? Una preclusione cioè di ordine generale dello stesso tipo di quella sancita dalla Corte per le regioni a statuto ordinario; preclusione derivata, per altro, da quelle medesime disposizioni statutarie in base alle quali la Corte ha ripetutamente sancito la sussistenza di quella competenza.

In effetti, vi sono alcuni passaggi della sentenza la cui formulazione può prestarsi a qualche equivoco in ordine alle premesse sulle quali si basa il giudizio medesimo: ma non più di questo.

In uno di questi passaggi (si veda il punto 3.3 dei *Considerato in diritto*) la Corte nel respingere una delle eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevata dalla Regione sullo specifico problema dei parametri di costituzionalità da applicare nel giudizio (rappresentati non dal titolo V della Costituzione ma dalla disciplina statutaria in quanto prevede forme più ampie di autonomia), si limita a riassumere la posizione del giudice rimettente nei termini seguenti *“Per il rimettente, la disposizione denunciata costituisce, quindi, esercizio di una potestà legislativa che è preclusa alla Regione dall’art. 36, primo comma, dello statuto speciale e dall’art. 2 del d.lgs. n. 1074 del 1965 e che è, al contempo, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in forza dell’art. 117, secondo comma, lettera e) Cost. [...] incidendo su un tributo erariale, la cui disciplina sostanziale rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi del menzionato art. 117, secondo comma, lettera e) Cost. si è posta in contrasto con lo statuto regionale, che riserva alla Regione la sola potestà legislativa in materia di tributi «deliberati dalla medesima» e non attribuisce alla Regione stessa alcuna potestà legislativa in ordine ai tributi istituiti con legge statale”*. Quindi il giudice rimettente (non la Corte) evoca l’art. 36 dello Statuto e le norme di attuazione per escludere che alla Regione possa riconoscersi una qualche forma di competenza legislativa sui tributi istituiti con legge dello Stato, trascurando così tutta la giurisprudenza costituzionale che fa derivare da questi stessi parametri la specifica competenza della Regione in materia di tributi erariali che non può ritenersi confinata al tenore letterale della nozione dei *tributi deliberati dalla medesima* di cui all’art. 36 dello Statuto (su questo particolare aspetto, come visto, la Corte è tornata in più occasioni; solo per ricordare le pronunce più recenti basta citare le sentenze nn. 111 e 138 del 1999). Questa rimane comunque la prospettazione del problema, così come viene operata dal giudice rimettente. La Corte svolge le proprie argomentazioni per gli aspetti che qui ci interessano nei punti 4.1 e 4.2 dei *Considerato in diritto*. Nel punto 4.1 essa delimita l’oggetto del giudizio nei termini prima riportati e cioè se possa riconoscersi alla Regione la potestà di cambiare il soggetto passivo di una imposta disciplinata dalla legge dello Stato; nel punto 4.2 motiva la declaratoria di incostituzionalità della norma rilevando che essa *“interviene su una materia non attribuita dallo statuto alla competenza del legislatore regionale e si pone, perciò, in contrasto con l’evocato art. 36, primo comma, dello statuto medesimo*

e con l'art. 2 del d.lgs. n. 1074 del 1965, i quali, come si è visto, riservano alla Regione la potestà legislativa nella materia dei soli tributi deliberati dalla medesima. Ne consegue che la disposizione censurata incide illegittimamente sulla potestà legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e) Cost.».

Ebbene la conclusione della Corte, che per il resto è pressoché sovrapponibile alla impostazione del giudice rimettente non ripete, omettendola, la prospettata asserzione (assolutamente non condivisibile e non in sintonia con tutta la giurisprudenza costituzionale precedente) secondo la quale *lo statuto e le norme di attuazione non attribuiscono alla regione alcuna potestà legislativa in ordine ai tributi istituiti con legge statale*; in questa omissione è la differenza tra il modo in cui il caso viene prospettato dalla parte che promuove il giudizio e il giudizio che lo risolve. Un giudizio di incostituzionalità che non segue la strada del disconoscimento della potestà ma quella del suo illegittimo esercizio.

Sotto quest'ultimo aspetto è fuori discussione infatti che la norma sottoposta a giudizio, come sancisce la Corte, *interviene su una materia non attribuita dallo statuto alla competenza del legislatore regionale* poiché:

- non è adottata nell'esercizio di quella competenza *riservata* alla Regione sui tributi sui quali essa può direttamente deliberare *nei limiti dei principi del sistema tributario dello Stato* (art. 6 comma secondo del D.P.R. 1074 del 1965), poiché interviene sulla disciplina di un tributo erariale;
- interviene sulla disciplina di un tributo erariale senza rispettare i limiti entro cui può legittimamente esercitare la propria competenza su tali tributi (art. 6 comma primo del D.P.R. 1074 del 1965) violando così lo Statuto ed incidendo illegittimamente sulla potestà legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione.

Rassegne

Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato.
Speciale in tema di responsabilità civile
della pubblica amministrazione: l'elemento oggettivo

di Salvatore Dettori

SOMMARIO: 1. Elemento soggettivo e colpa d'apparato. - 2. Elemento soggettivo, colpa oggettiva ed errore scusabile. - 3. Elemento soggettivo e gravità della violazione. - 4. Elemento soggettivo e responsabilità da contatto. - 5. Elemento soggettivo, danno da ritardo e danno da disturbo. - 6. Elemento soggettivo e danno da perdita di chance. - 7. Elemento soggettivo e potere di autotutela.

1. *Elemento soggettivo e colpa d'apparato*

La tesi della colpa d'apparato trova spazio in **Cons. St., sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162**, in tema di ritardo nell'adozione di provvedimenti amministrativi. Il giudice amministrativo dell'appello viene chiamato a pronunciarsi in merito alla condanna disposta dal TAR Lazio, sez. II ter, del Comune di Roma al risarcimento dei danni in favore di un privato ricorrente, già vittorioso in altro giudizio contro il silenzio dell'amministrazione comunale su un'istanza volta ad ottenere l'autorizzazione alla vendita di quotidiani e periodici in una determinata area cittadina.

Prima di affrontare la questione riguardante l'elemento soggettivo della responsabilità, il Consiglio di Stato si pronuncia in merito alla pretesa prescrizione dell'azione risarcitoria, su cui è utile brevemente soffermarsi. Sul punto viene evidenziato come l'inerzia amministrativa, per essere sanzionabile in sede risarcitoria, postuli non soltanto il previo accertamento giurisdizionale della sua illegittimità, ma vieppiù il concreto esercizio della funzione amministrativa in senso favorevole all'interessato (ovvero il suo esercizio virtuale, in sede di giudizio prognostico da parte del giudicante investito della richiesta risarcitoria). Tale conclusione, rammenta il giudice dell'appello, è pienamente in linea con quanto precisato dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 15 settembre 2005, ove si è ribadito che, allo stato attuale della legislazione, non è risarcibile il danno da ritardo "puro", cioè disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell'interesse pretensivo fatto valere e che, pertanto, l'eventuale danno non è risarcibile quando l'amministrazione abbia adottato, ancorché con notevole ritardo, un prov-

vedimento (rimasto inoppugnato) dal contenuto negativo per l'interessato. Come è noto la validità della appena ricordata ricostruzione deve essere oggi verificata alla luce della previsione normativa di cui all'art. 2 bis della legge n. 241 del 1990, articolo inserito dall'art. 7, comma 1, lett. c), della L. 18 giugno 2009, n. 69, che prevede espressamente la risarcibilità del danno cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Per venire allora all'elemento soggettivo della responsabilità, nella vicenda in esame il giudice dell'appello è persuaso dell'esistenza della **colpa dell'apparato amministrativo**, da intendersi nello specifico quale **violazione** delle regole di **buona fede, leale collaborazione e di trasparenza**. Ciò risulterebbe evidente alla luce del fatto che il silenzio amministrativo serbato sulla originaria istanza del privato è risultato illegittimo; che il privato aveva titolo fin dall'inizio ad ottenere l'autorizzazione alla rivendita di giornali e periodici e che tuttavia la sede alla quale la stessa ambiva è stata assegnata, nelle more della definizione del giudizio, ad altro richiedente; che se l'amministrazione comunale avesse improntato la sua azione ai canoni della buona fede e della leale collaborazione con l'interessato, avrebbe ben potuto individuare da subito, anche attraverso una interlocuzione di istruttoria procedimentale, l'esatta ubicazione del sito ove allocare l'edicola, di modo da evitare il prolungarsi di una situazione di fatto che si è rivelata di pregiudizio per gli interessi delle parti; che neppure durante i lunghi anni di pendenza del giudizio sul silenzio, l'amministrazione comunale si è resa parte attiva per soddisfare l'interesse pretensivo della parte istante.

In un tale contesto fattuale, a parere del Consiglio di Stato, non appare revocabile in dubbio che il Comune, nel non rilasciare al privato la richiesta autorizzazione amministrativa, abbia violato quei doveri di buona fede e fattiva collaborazione che devono connotare i rapporti tra privati e amministrazione e la cui elusione è elemento sufficiente per ritenere sussistente la colpa dell'apparato amministrativo (in tal senso, tra le più recenti, **Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2750**).

Nell'ambito della prospettiva in esame può collocarsi anche **Cons. St., sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2416**, in tema di risarcibilità dei danni subiti da una società a seguito del provvedimento con cui un Comune ha negato la concessione edilizia per la realizzazione di una costruzione di locali interrati da destinare ad uso commerciale e parcheggi. Nello specifico, a fronte di una serie di dinieghi opposti dal Comune e annullati dal TAR Liguria, la società riproponeva la propria istanza e la Commissione edilizia esprimeva parere positivo, cui però non seguiva il versamento dei contributi concessori né il ritiro della concessione edilizia. Sulla base di tali elementi di fatto veniva presentata l'istanza di risarcimento oggetto del giudizio concluso con la sentenza appellata.

In particolare tale sentenza, per quanto di interesse in questa sede, dichiarava l'ammissibilità della domanda di risarcimento, a prescindere dalla spettanza del bene della vita, in quanto la stessa era fondata sulla disponibilità manifestata

dal Comune a concludere positivamente il procedimento e non sulla circostanza del mero ritardo dell'amministrazione. Il giudice di primo grado accordava dunque il risarcimento, sebbene limitatamente ad un circoscritto periodo di tempo, ossia quello in cui il diniego aveva inciso illegittimamente sull'interesse pretensivo della società al rilascio del titolo edilizio. A tal proposito veniva, per un verso, rilevato che il danno era diretta conseguenza del diniego e, per altro verso, affermata la colpa dell'amministrazione, sulla base del fatto che la normativa applicabile al caso di specie era di univoca interpretazione, donde la doverosità del rilascio del titolo edilizio.

La società proponeva appello, chiedendo il risarcimento del danno anche per i periodi precedenti e successivi al riconoscimento in sede giurisdizionale della fondatezza della propria domanda; l'amministrazione comunale proponeva appello incidentale con cui censurava la sentenza appellata, sostenendo tra l'altro l'assenza di colpa nel proprio comportamento, posta la corretta interpretazione delle disposizioni urbanistiche vigenti, donde eventualmente la scusabilità dell'errore. In particolare con tale ultimo motivo si censurava la decisione del giudice del primo grado che, pur avendo premesso che in via generale non può riconoscersi la colpa dell'amministrazione per la sola circostanza di aver interpretato ed applicato una disposizione normativa in modo giudicato poi non corretto dal giudice amministrativo, nel caso di specie affermava la colpa non scusabile del Comune in quanto i motivi adottati per giustificare il diniego sulla istanza di concessione edilizia non sarebbero risultati condivisibili, come dimostrato dal TAR Liguria.

Il Consiglio di Stato, nell'affrontare la questione, richiama la puntualità delle disposizioni che regolano i nuovi insediamenti e le nuove attività nelle aree comunali in questione, che a ben vedere potrebbero impedire la realizzazione di nuove costruzioni o di maggiori superfici. Alla luce di tale considerazione si afferma dunque l'impossibilità di imputare un comportamento colposo al Comune per avere interpretato in modo lineare la disciplina normativa vigente nel settore. A tal proposito viene ricordato che, secondo un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, **l'annullamento di un provvedimento amministrativo non comporta come effetto automatico la sussistenza della colpa dell'amministrazione** nel determinare il danno causato al destinatario dell'atto essendo, invece, necessaria una specifica valutazione sulla violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa desumibili dai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento, efficacia e trasparenza sia dai principi generali dell'ordinamento nonché della equività delle norme applicate nella adozione nell'atto.

2. *Elemento soggettivo, colpa oggettiva ed errore scusabile.*

Le pronunce che seguono si segnalano in quanto, recependo un orientamento della giurisprudenza comunitaria, richiamano una nozione di colpa connotata

da profili sostanzialmente oggettivi, ove la presenza dell'elemento soggettivo viene esclusa dalla dimostrazione dell'errore scusabile in capo all'amministrazione.

Su tale prospettiva merita attenzione **Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3750**, in tema di appalti e in particolare sulla gara per l'affidamento della manutenzione degli automezzi di una Azienda U.S.L. Il giudice amministrativo di prime cure riconosceva che la stazione appaltante aveva illegittimamente consentito la modificazione dell'originaria offerta dell'aggiudicataria, con conseguente violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti. In tale offerta non era infatti stata inizialmente indicata in maniera certa, chiara e determinata la percentuale di sconto da applicarsi sui listini dei prezzi di ricambio nazionali ed esteri e dei pneumatici delle principali case produttrici. Tale genericità, a detta del giudice dell'appello, incideva sulla stessa possibilità dell'amministrazione appaltante di stabilire l'esatto ammontare dell'appalto e, pertanto, pregiudicava l'affidabilità e la serietà dell'offerta, rendendola non conforme alle prescrizioni della *lex specialis* e dunque invalida.

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in merito al risarcimento del danno, ricorda che, anche con riferimento alla giurisprudenza comunitaria, in sede di accertamento della responsabilità della pubblica amministrazione per danno a privati il giudice amministrativo può affermare la responsabilità quando la **violazione risulti grave** e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negarla quando l'indagine presupposta conduce al riconoscimento dell'errore scusabile (**Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2007, n. 1049**).

Nel caso di specie, peraltro, il giudice dell'appello è dell'avviso che non sussista alcuno di quegli elementi (difficoltà obiettiva o complessità della fattispecie, difficoltà interpretativa della normativa applicabile, indirizzi giurisprudenziali contrastati, etc.) tali da poter considerare **scusabile l'errore** in cui è incorsa l'Azienda U.S.L. nel consentire all'offerente di integrare la propria offerta, violando così il principio della *par condicio* dei concorrenti, donde correttamente i primi giudici hanno ritenuto sussistente l'elemento soggettivo della colpa e accolto la domanda risarcitoria.

Sulla medesima linea, **Cons. St., sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527**, ove il giudice amministrativo di appello viene chiamato a pronunciarsi in merito all'annullamento, da parte del giudice di prime cure, degli atti di gara per una fornitura di farmaci e della conseguente aggiudicazione, nonché in merito alla condanna al risarcimento del danno. Il Consiglio di Stato, con riferimento a tale ultima richiesta, evidenzia per un verso come il TAR adito in primo grado non abbia assunto alcuna decisione in via principale in ordine alla sorte del contratto già stipulato dalla illegittima aggiudicataria, avendo provveduto alla mera disapplicazione di questo in via incidentale al fine di poter efficacemente delibare

la domanda risarcitoria presentata dalla ricorrente in primo grado in una corretta ottica di economia processuale e di effettività della tutela; per altro verso condivide quanto affermato dal medesimo TAR, ossia che, fermo restando il potere della stazione appaltante di risolvere il contratto, alla ricorrente spettava sicuramente l'aggiudicazione della fornitura in oggetto e quindi di poter stipulare il relativo contratto, con conseguente risarcimento in forma specifica intera ovvero per la parte di fornitura non ancora eseguita ovvero quale risarcimento titolo per equivalente un importo pari al 5% dell'offerta presentata.

Tanto evidenziato, il giudice dell'appello afferma non sussistere nel caso di specie l'elemento soggettivo della colpa in capo all'amministrazione. A tal fine richiama l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare **l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa**, restando a carico dell'amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un **errore scusabile**, per contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, per la complessità del fatto o per l'influenza di altri soggetti.

Merita altresì attenzione **Cons. St. sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144**, ove in linea con quanto affermato dalla Sezione in più occasioni (cfr., **Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114 e 9 giugno 2008, n. 2751**) viene ribadito che non è richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della pubblica amministrazione.

Afferma il giudice amministrativo che infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la **presunzione semplice**, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un **errore scusabile**, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Nel caso di specie, era stato violato un principio fondamentale relativo alla qualificazione delle imprese in materia di appalti (quello della corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione). In considerazione dunque anche del fatto che l'amministrazione non aveva allegato circostanze tali superare la presunzione di colpa che nasce dall'illegittimità, il Consiglio di Stato ha

ritenuto integrata la prova dell'elemento soggettivo. A tal proposito non è stata considerata rilevante nemmeno la circostanza che il giudice di primo grado avesse dato ragione all'amministrazione con decisione poi ribaltata in appello: a parere del giudice adito infatti tale circostanza non esclude la colpa, sia perché non appare ragionevole dare rilevanza, al fine dell'accertamento dell'elemento soggettivo, ad un fatto successivo rispetto a quello che ha generato l'illecito, sia perché, aderendo ad una simile impostazione, la sussistenza della colpa sarebbe ravvisabile solo nelle ipotesi in cui il privato ottenga ragione in entrambi i gradi di giudizio, finendo così il giudizio di primo grado per essere quello decisivo.

Non si discosta dall'orientamento evidenziato **Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2009, n. 1732**, in merito ad una richiesta risarcitoria per un'esclusione di una società partecipante ad una gara pubblica, la cui illegittimità veniva definitivamente accertata in sede di appello. Alla pronuncia del Consiglio di Stato seguiva il giudizio di ottemperanza al giudicato, intentato dalla società per ottenere il subingresso nell'esecuzione dell'appalto in sostituzione della ditta aggiudicataria; tale giudizio si concludeva peraltro con sentenza di rigetto da parte del giudice amministrativo, che comunque si pronunciava favorevolmente sulla possibilità di proporre autonoma domanda risarcitoria. Tale domanda veniva accolta dal TAR Campania, sede di Napoli, con la decisione oggetto del ricorso al giudice di appello la cui decisione è ora in esame.

Investito della questione, il Consiglio di Stato ha peraltro modo di affermare che nel caso di specie all'amministrazione non sarebbe imputabile alcuna condotta colposa, in quanto essa si sarebbe limitata ad applicare l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente prevalente all'epoca della delibazione sulla validità dell'offerta.

Viene a tal proposito condiviso l'orientamento per cui, fermo restando l'inquadramento della maggior parte delle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione all'interno della responsabilità extracontrattuale, **non è comunque richiesto al privato** danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo **un particolare sforzo probatorio** sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. A parere del Consiglio di Stato, il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un **errore scusabile**, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco

entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (**Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981**).

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ritiene di poter dunque escludere la colpa dell'amministrazione in quanto, all'epoca della condotta, questa, usando l'ordinaria diligenza, non avrebbe potuto astenersi dal perpetrare una illegittimità, posto che l'azione amministrativa era confortata dalla giurisprudenza prevalente; lo stesso TAR Campania, in prima battuta, aveva confermato la legittimità dell'operato amministrativo; soltanto in seguito, di tale approdo valutativo veniva infatti sancita la illegittimità.

Rileva in particolare il giudice dell'appello come già in passato la giurisprudenza amministrativa avesse espresso il convincimento che "il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale, ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge: ai fini dell'accertamento dell'elemento della colpa dell'amministrazione, è necessario accedere direttamente ad una **nozione oggettiva di colpa**, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento ed, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento" (**Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169**).

Possono collocarsi nell'ambito del precedente filone giurisprudenziale anche due ravvicinate pronunce: **Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2009, nn. 775 e 776**.

Nella prima decisione, in materia di appalti, il giudice amministrativo condivide l'impostazione concettuale del giudice interessato nel primo grado della controversia che, dopo aver svolto un'approfondita disamina in relazione ad alcune fra le più note prospettazioni in ordine alla verifica in concreto dell'elemento soggettivo della colpa (ad es.: tesi della *culpa in re ipsa*, tesi della colpa della pubblica amministrazione come apparato, tesi della colpa da illegittimità grave, tesi dell'inversione dell'onere della prova nell'ottica della responsabilità da contatto sociale qualificato), ha impostato la soluzione del caso devolutogli sulla base di alcuni principi e parametri largamente invalsi nella giurisprudenza degli anni più recenti. In particolare, il T.A.R. ha informato la propria decisione al descritto approccio concettuale secondo cui, anche ad ammettere la riconduzione delle ipotesi di danno cagionato da attività dell'amministrazione alla categoria della responsabilità aquiliana, nondimeno la prova della colpa potrebbe essere fornita attraverso il ricorso alle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e segg. cod. civ. In applicazione del richiamato principio, in presenza di un'attività illegittima posta in essere dall'amministrazione e foriera di danno

per il privato, quest'ultimo non sarà onerato di un particolare sforzo probatorio in ordine alla sussistenza della condotta colposa, ben potendosi limitare ad allegare la sola illegittimità del provvedimento quale elemento idoneo a fondare una presunzione (semplice) circa la colpa dell'amministrazione medesima. In tali ipotesi, prosegue il giudice amministrativo, spetterà dunque a quest'ultima fornire la prova liberatoria a contrario, dimostrando in concreto che si sia trattato di un **errore scusabile**.

Nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato coglie l'occasione per evidenziare la correttezza dell'impostazione concettuale accolta anche con riguardo alla pronuncia della Corte di Giustizia delle C.E. in data 14 ottobre 2004 sul caso C-275/03 (Commissione europea vs. Portogallo), condividendo quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la richiamata pronuncia dei Giudici di Lussemburgo non può essere intesa di guisa tale da comportare l'illegittimità de *jure communitario* di un sistema di tutela risarcitoria per il solo fatto che esso includa la colpa della pubblica amministrazione fra gli elementi necessariamente costitutivi della fattispecie foriera di danno. Un diverso approccio interpretativo comporterebbe infatti la sostanziale reviviscenza della tesi della c.d. *culpa in re ipsa* in capo all'amministrazione, con sostanziale assimilazione, ai fini risarcitori, dell'illegittimità attizia e dell'elemento psicologico sotteso all'agire dell'amministrazione medesima.

Con la seconda decisione – in tema di danni patiti a causa del tardivo ed illegittimo inserimento dell'appellante nelle graduatorie permanenti provinciali di cui al D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, concernenti il profilo professionale di assistente tecnico – il giudice amministrativo ha ritenuto di prestare puntuale adesione all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la sola esistenza di episodi di illegittimità attizia, pur non fornendo ex se elementi inconfutabili nel senso della sussistenza di una condotta colposa da parte dell'amministrazione, nondimeno fornisce rilevanti elementi nel senso di una presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione medesima per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o, comunque, ad una violazione ingiustificata delle *regulae agendi* ad essa imposte.

3. *Elemento soggettivo e gravità della violazione*

Con riferimento alla nozione di colpa fondata sulla gravità della violazione commessa merita grande interesse **Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 242**. La nota vicenda prende le mosse dalla gara, indetta in attuazione della legge n. 249 del 1997 ai fini del rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva su frequenze terrestri in ambito nazionale. L'emittente Centro Europa 7 otteneva il rilascio di una delle suddette concessioni, nella quale, nonostante la previsione del titolo ad installare ed esercitare una rete d'impianti di radiodiffusione

televisiva, non erano assegnate specifiche frequenze, in attesa del programma di adeguamento degli impianti al Piano nazionale.

In assenza del provvedimento di assegnazione delle frequenze, con ricorso al TAR del Lazio, Centro Europa 7 chiedeva la condanna delle amministrazioni competenti all'assegnazione di una rete di impianti di radiodiffusione o di canali idonei a farle raggiungere un'adeguata copertura del territorio nazionale, nonché la condanna delle medesime amministrazioni al risarcimento dei danni ingiusti subiti e subendi per la mancata e tempestiva assegnazione della suddetta rete di impianti.

Il TAR del Lazio dichiarava inammissibile la domanda di condanna all'assegnazione delle frequenze e respingeva la domanda di risarcimento per equivalente, evidenziando che la formulazione della stessa si poneva in contrasto con la situazione soggettiva di interesse legittimo pretensivo vantata dalla ricorrente.

Peraltro, a seguito del ricorso in appello, nonché dell'intervento nella vicenda della Corte di Giustizia, il Ministero per lo sviluppo economico assegnava all'emittente Centro Europa 7 una serie di frequenze.

In virtù di tale provvedimento, che a parere del Consiglio di Stato assume un fondamentale rilievo in quanto integra l'accertamento della fondatezza della pretesa azionata da Centro Europa 7, il Consiglio di Stato viene chiamato a pronunciarsi in merito alla domanda risarcitoria con riguardo al periodo di tempo in cui la ricorrente non ha potuto operare.

Con riferimento all'elemento soggettivo dell'illecito, ovvero della colpa della pubblica amministrazione, viene immediatamente osservato come lo scenario in cui si colloca la pretesa di Centro Europa 7 per un verso si palesi come estremamente complesso, in quanto in esso sono sicuramente presenti sia interessi pubblici primari (industriali, commerciali, occupazionali, di servizio), sia non meno rilevanti interessi privati (imprese coinvolte, interessi dei consumatori, ecc.) e, per altro verso, si inserisca in un contesto ordinamentale non agevole, condizionato anche da gravi problematiche tecniche.

Allo stesso modo si ricorda come il bando di gara, pur riferibile alla commendevole volontà di riordinare il sistema, veniva pubblicato in una situazione che presentava notevoli margini di incertezza, sia per la presenza di questioni di diritto non preventivamente risolte e in parte confermate dalla stessa legge posta alla base del bando, sia per la conoscenza solo approssimativa del concreto utilizzo dello spettro delle frequenze, sia per la sottovalutazione dei problemi tecnici presenti.

Ebbene il giudice dell'appello sostiene che tale descritto quadro non è stato analizzato con sufficiente attenzione e con adeguato approfondimento né in sede amministrativa, né in sede legislativa. Ciò porta ad affermare che se la situazione soggettiva della ricorrente va certamente tutelata per i danni subiti, non può peraltro prescindere dal descritto quadro complessivo nel quale la vicenda si inserisce, che **esclude che la condotta amministrativa possa ri-**

sultare connotata da una notevole gravità, e tanto meno da dolo nei confronti di Europa 7. Essa resta tuttavia pur sempre contrassegnata dalla sussistenza della **colpa**, anche se **di non eccessiva entità**, quanto meno con riferimento alla condotta posta in essere dal Ministero delle comunicazioni (cui è subentrato il Ministero per lo sviluppo economico).

A detta del giudice amministrativo dell'appello, infatti, il Ministero si è reso colpevole di una serie di inerzie che hanno determinato incertezza ai fini della risoluzione della questione, anche in considerazione del fatto che sulla vicenda si erano pronunciati sia la Corte di Giustizia, che aveva fatto emergere l'incompatibilità della normativa interna di settore con il diritto comunitario, sia il Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In particolare, sostiene il Consiglio di Stato, la condotta tenuta dal Ministero, se complessivamente considerata, va qualificata come colposa per aver dapprima rilasciato una concessione a Centro Europa 7, senza poi aver completato il procedimento con l'assegnazione delle relative frequenze per un eccessivo temporale che si è protratto oltre ogni ragionevole giustificazione.

Sempre con riferimento alla pretesa risarcitoria, il Consiglio di Stato osserva peraltro come Centro Europa 7 non potesse ignorare, né ignorasse, i caratteri specifici della descritta situazione di fatto, che avrebbe dovuto indurre a dubitare seriamente della possibilità di soddisfare la propria aspettativa, quanto meno in tempi rapidi. Di tale elemento, a parere del Consiglio di Stato, non può non tenersi conto in sede di valutazione del nesso di causalità e dunque in sede di quantificazione del danno. Su tale punto è interessante rilevare quanto affermato dal giudice dell'appello in tema di interesse pretensivo: la lesione subita dalla ricorrente non ha inciso fin dall'origine su un bene della vita già proprio del danneggiato, ma su una legittima aspettativa (affidamento) ad acquisirlo, benché caratterizzata, per via degli obblighi nascenti dalla concessione, da speciali elementi di concretezza.

4. Elemento soggettivo e responsabilità da contatto

Merita particolare interesse anche **Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3727**, ove il giudice dell'appello, sempre nell'ottica di una connotazione oggettiva della colpa, aderisce alla tesi della c.d. responsabilità da contatto sociale qualificato. La controversia riguarda una fattispecie risarcitoria per i danni subiti in occasione di un'accessione invertita a seguito di procedura espropriativa. Avverso la sentenza con cui il TAR Toscana ha rigettato la domanda di risarcimento del danno per mancanza dell'elemento psicologico della fattispecie dell'illecito, i proprietari proponevano appello, lamentando l'erroneità della sentenza sia sul piano del riparto dell'onere probatorio, gravante a detta del Tribunale sui ricorrenti in primo grado, sia più propriamente sul piano della sussistenza dell'elemento psicologico della colpa.

In particolare, il giudice di prime cure osservava che poiché veniva domandato il risarcimento per responsabilità da violazione del principio partecipativo, consistente nell'obbligo, anche nel procedimento espropriativo, della comunicazione di cui all'art. 7 della L. n. 241 del 1990, per accogliere la domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c., si sarebbe dovuto ritenere il comportamento dell'amministrazione affetto da dolo o quanto meno da colpa. Sul punto veniva peraltro osservato come l'applicabilità del menzionato articolo 7 ai procedimenti espropriativi fosse al tempo dei fatti molto controversa, come dimostrato dall'intervento sul punto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

La parte ricorrente in appello lamentava da par suo l'erroneità di tale pronuncia, posto che alla data dell'approvazione del progetto e dell'occupazione d'urgenza la legge sul procedimento amministrativo era già in vigore da alcuni anni. In secondo luogo si affermava l'intrinseca contraddittorietà della sentenza, che da un lato affermava l'illiceità dell'occupazione e, dall'altro, negava il diritto al risarcimento.

Il Consiglio di Stato non condivide la tesi del giudice di primo grado. A tal proposito ricorda che gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione per occupazione illegittima sono quelli tradizionali oggettivi, soggettivi ed eziologici, cioè quelli della condotta attiva od omissiva, dell'elemento psicologico della colpa, del danno, del nesso di causalità tra condotta e pregiudizio. Tanto osservato, il giudice di appello si sofferma sull'elemento della colpa, muovendo dalla considerazione per cui l'attività dell'amministrazione pubblica non può essere ricondotta ad un atteggiamento psicologico dell'agente, suscettibile di produrre un danno nei limiti in cui esso si traduca in una condotta riprovevole, ma è il frutto di procedimenti impersonali che la rendono oggettiva, di modo che **l'imputazione a colpa della condotta dell'amministrazione va considerata in termini di raffronto tra il comportamento effettivamente tenuto e quello richiesto dall'ordinamento per evitare la lesione dell'interesse dei singoli cittadini.**

Sulla base di tale premessa il Consiglio di Stato osserva di condividere l'indirizzo giurisprudenziale che ricostruisce il rapporto tra pubblica amministrazione procedente e privato come **contatto sociale qualificato**, donde la possibilità di delineare l'effettiva dimensione dell'eventuale danno ingiusto sulla base dei comportamenti positivi e negativi della pubblica amministrazione, parametrati sulle regole (generali e speciali) che governano il procedimento amministrativo. Tali comportamenti possono infatti tradursi nella lesione patrimoniale dell'interesse del privato al bene della vita realizzabile mercé l'intermediazione del procedimento stesso, di talché il diritto al risarcimento dell'eventuale danno derivante da atti illegittimi presenta una fisionomia *sui generis*, non riducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 c.c. (**Cons. St., sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461 ; 6 agosto 2001, n. 4239**).

Nel caso di specie però, all'epoca dell'adozione degli atti contestati, il principio procedimentale della necessità della comunicazione di avvio del procedi-

mento espropriativo tramite la trasmissione all'interessato dell'iniziativa per emettere il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità espressa o implicita era tutt'altro che acquisito e pacifico: tanto è vero ciò, che per l'affermazione di tale principio si è ritenuto di dover investire il massimo organo della Giustizia amministrativa, in quanto fino a quel momento la questione della applicabilità della disposizione sulla comunicazione di avvio del procedimento all'approvazione del progetto di opera pubblica, era dubbia e fonte di possibili contrasti giurisprudenziali. Solo successivamente fu chiara e conoscibile la regola di diritto del procedimento espropriativo, per la quale anche l'approvazione del progetto dell'opera pubblica, nella quale è insita la dichiarazione di pubblica utilità, presuppone le preventive misure di partecipazione (deposito e notificazione del progetto, osservazioni degli interessati, pronuncia sulle stesse) di cui all'art. 10 della L. n. 865 del 1971 (Ad. Plen. n. 3/2000).

Il Consiglio di Stato respinge dunque l'appello, in quanto anche se la colpa dell'amministrazione si vuole considerare di natura funzionale e procedimentale e far consistere nel fatto oggettivo della non applicazione della regola che governa il procedimento, quella regola non esisteva nel diritto vivente al momento dell'adozione dei provvedimenti impugnati.

5. *Elemento soggettivo, danno da ritardo e danno da disturbo.*

Di particolare interesse risulta **Cons. St., sez. V, 30 giugno 2009, n. 4237**, ove il giudice amministrativo ha modo di affrontare il tema della colpa della pubblica amministrazione attraverso la prospettiva della distinzione tra le ipotesi di **danno da ritardo** e quelle di **danno da disturbo**.

La sentenza impugnata ha rigettato il ricorso di una Casa di Cura proposto per ottenere il risarcimento del danno derivante da una delibera adottata da una ex USL campana. Tale delibera peraltro, con la quale era stato dichiarato risolto il rapporto di convenzionamento in essere tra la Casa di Cura e il Servizio Sanitario Nazionale era stata dichiarata illegittima ed annullata in via definitiva con decisione del Consiglio di Stato, decisione assunta dalla ricorrente come presupposto della propria azione risarcitoria.

Il giudice di prime cure investito della questione rigetta le richieste risarcitorie della Clinica. Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sull'appello, in via preliminare evidenzia come nel caso di specie l'illegittimità della condotta e la colpevolezza dell'amministrazione siano state già accertate con precedente decisione del giudice amministrativo, sia con riferimento alla risoluzione del convenzionamento precedentemente in atto, sia con riferimento al ritardo nel riconoscimento dell'accreditamento provvisorio; tanto premesso, approfitta comunque dell'occasione per occuparsi delle ipotesi di c.d. danno da disturbo e di danno da ritardo, entrambe presenti nella fattispecie in considerazione.

A tal fine viene ricordato quel proprio orientamento (**Cons. St., Sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261**) che individua il danno c.d. da ritardo nella lesione di un interesse legittimo pretensivo ed il danno c.d. da disturbo è nella lesione di un interesse legittimo di tipo oppositivo.

Nel caso di specie dunque il danno da ritardo sarebbe ravvisabile nella lesione dell'interesse legittimo pretensivo della Clinica, cagionata dal ritardo con cui l'amministrazione ha emesso il provvedimento finale di accreditamento provvisorio; il danno da disturbo sarebbe altresì evidente, posto che la Clinica agisce per ottenere il ristoro del pregiudizio patito in conseguenza dell'illegittima compressione delle facoltà di cui era già titolare (nella specie, in quanto convenzionata con il Servizio Sanitario Regionale per molteplici branche specialistiche già da tempo risalente).

Con riferimento ai presupposti e alle condizioni necessari per la risarcibilità, con riferimento al **danno da disturbo** l'orientamento prevalente, cui il Collegio intende uniformarsi, osserva che, nel caso di procedimenti amministrativi coinvolgenti interessi di tipo oppositivo, **la lesione dell'interesse implica ex se la lesione del bene della vita preesistente** al provvedimento affetto da illegittimità, sicché l'accertamento della circostanza che l'amministrazione ha agito *non iure* di per se stesso implica il configurarsi di un danno ingiusto nella sfera giuridica del privato. In altri termini, secondo il giudice dell'appello, **la riscontrata illegittimità dell'atto rappresenta, nella normalità dei casi, l'indice della colpa dell'amministrazione**, indice tanto più grave, preciso e concordante quanto più intensa e non spiegata sia l'illegittimità in cui l'apparato amministrativo sia incorso. In tale eventualità spetta dunque all'amministrazione fornire elementi istruttori o anche meramente assertori volti a dimostrare l'assenza di colpa.

La richiesta di accertamento del danno "da ritardo" - ovvero del danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento legittimo e favorevole (l'accreditamento), dopo l'annullamento di un precedente atto illegittimo sfavorevole (la risoluzione della convenzione) - se da un lato deve essere ricondotta al danno da lesione di interessi legittimi pretesivi per l'ontologica natura delle posizioni fatte valere, dall'altro - in ossequio al principio dell'atipicità dell'illecito civile - costituisce una fattispecie *sui generis* di natura del tutto specifica e peculiare, che deve essere ricondotta all'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità. Ne deriva che l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi *iuris tantum* in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda.

In particolare, a parere del Consiglio di Stato, nella vicenda in esame l'appellante ha dimostrato la sussistenza di tutti i presupposti per l'accoglimento della domanda risarcitoria, così come individuati dalla giurisprudenza (cfr., *ex*

multis, **Cons. St., Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2015**). Sussiste infatti l'elemento soggettivo, ovvero la colpa della P.A., che nella fattispecie è stata accertata con pronuncia del giudice amministrativo di appello ed espressamente ricollegata alla violazione degli obblighi di correttezza e buona fede; vi è l'evento dannoso, come anche la qualificazione del danno come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento e meritevole di protezione giuridica; esiste, infine, il nesso di causalità con l'illegittimità degli atti adottati o comunque con la condotta, sia commissiva che omissiva dell'amministrazione.

6. *Elemento soggettivo e danno da perdita di chance*

Particolare interesse va attribuito a **Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3785**, che, in tema di danno da perdita di chance, pare accogliere una nozione di colpa di tipo oggettivo, sulla scia della giurisprudenza comunitaria, che peraltro viene espressamente richiamata nella pronuncia in esame. La controversia muove dalla domanda di annullamento dell'aggiudicazione e del conseguente risarcimento del danno nell'ambito di una gara indetta dalla Regione Molise per la realizzazione di una rete attiva di *information society* e di servizi innovativi da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il TAR Molise adito accoglieva il ricorso dichiarando inefficace il contratto medio tempore stipulato. La sentenza veniva appellata con distinti ricorsi dalla controinteressata e dalla Regione Molise.

Il Consiglio di Stato, con decisione parziale, rigettava gli appelli e rinviava all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato una serie di questioni, tra cui quella relativa alla sorte del contratto d'appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata, nonché la questione della sussistenza della giurisdizione amministrativa, con riferimento alle domande ed al corrispondente tipo di decisioni al riguardo proponibili. L'Adunanza Plenaria, con la nota sentenza n. 9 del 30 luglio 2008, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda volta a far accertare l'avvenuta caducazione del contratto d'appalto, facendo peraltro salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione.

Nella decisione in esame il giudice amministrativo evidenzia dunque come quanto statuito dall'Adunanza Plenaria implichi la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, donde la possibilità di esaminare la domanda della ricorrente sotto il solo aspetto risarcitorio.

A tal proposito, in sede di decisione parziale, era già stata affermata la manifesta erroneità dell'operato dalla Commissione aggiudicatrice, che in sede di seduta pubblica aveva assegnato a tutte le concorrenti il medesimo punteggio massimo in relazione all'offerta tecnica, determinando la graduatoria sulla sola

base delle offerte economiche. La Commissione era pertanto venuta meno ai precetti di coerenza ed adeguatezza prescritti dal disciplinare di gara che prevedeva l'assegnazione sino ad un massimo di 70 punti per la qualità dell'offerta e di 30 punti per il prezzo.

A parere del Consiglio di Stato l'omessa valutazione dell'offerta tecnica da parte della Commissione di gara che aveva ingiustificatamente assegnato lo stesso punteggio a tutte le concorrenti, rende palese la responsabilità nei confronti della società ricorrente e dunque determina l'insorgere del presupposto per il risarcimento del danno in favore del concorrente ingiustamente pretermesso. Nella decisione in esame in particolare viene evidenziato come tale presupposto sia riconosciuto in presenza di tre condizioni: che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata; che esista, infine, un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente all'istituzione e il danno subito dai soggetti lesi (Corte giustizia CE, 12 luglio 2005, n. 198; *ex plurimis*: **Cons. Stato, VI, 9 marzo 2007, n. 1114; IV, 11 ottobre 2006, n. 6059; IV, 15 febbraio 2005, n. 478**).

La fattispecie che viene in rilievo è quella del **danno da perdita di chance** nell'esecuzione di una procedura contrattuale che, viene ricordato, secondo la costante giurisprudenza della Sezione, rappresenta la modalità in cui si realizza il diritto al risarcimento del danno a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, qualora l'attività rinnovatoria della gara configuri in termini di mera ipotesi il soddisfacimento dell'interesse finale del ricorrente vittorioso (**Cons. St., sez. V, 17 aprile 2003, n. 2079**).

Con riferimento alla quantificazione di tale danno, viene evidenziato come la misura vada determinata nella percentuale del 10% dell'ammontare a base d'asta con un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione alla possibilità che, in concreto, ci sarebbe stata aggiudicazione all'impresa e considerando non solo i dati economici e contabili dell'offerta presentata dal danneggiato ma anche altri elementi, quali il danno all'immagine aziendale o all'avviamento, la perdita della possibilità di utilizzare l'aggiudicazione quale titolo ulteriore e referenza specifica che, considerati nel loro insieme, determinano la difficoltà oggettiva di quantificazione del danno (**Cons. Stato, V, 18 gennaio 2006, n. 126**). Non vengono invece riconosciuti in favore della richiedente gli ulteriori danni subiti a causa del comportamento illegittimo dell'amministrazione, quali le spese sostenute per la progettazione effettuata e la partecipazione alla procedura.

7. *Elemento soggettivo e potere di autotutela*

Sempre in materia di **appalti** si segnala **Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4138**, a proposito del potere di **autotutela** in capo alla stazione appaltante. La vicenda, che sviluppa attraverso un *iter* complesso, per quanto di

interesse in questa sede riguarda la revoca da parte di un'università dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria e ripristino di alcuni locali originariamente nella disponibilità dell'amministrazione. Il TAR adito in primo grado aveva peraltro ritenuto che l'amministrazione avesse fatto buon uso del proprio potere di autotutela, tenuto anche conto del fatto che, in materia di contratti pubblici, lo svolgimento della procedura di scelta del contraente non comporta l'obbligo di concludere il procedimento se il contratto non è più rispondente all'interesse pubblico. Tale situazione si era verificata nel caso di specie, in quanto l'esecuzione dell'appalto era di fatto divenuta impossibile per la sopravvenuta inagibilità dei locali ove i lavori dovevano essere effettuati, in quanto i suddetti locali erano stati restituiti al proprietario che avrebbe provveduto alla ristrutturazione.

Quanto alla richiesta di risarcimento del danno rivolta al giudice, il TAR aveva sostenuto l'impossibilità di accertare il requisito della colpa, alla luce di quanto affermato da **Cons. St., Ad. pl., 5 settembre 2005, n. 6**, secondo il quale la fattispecie in questione andrebbe inquadrata nell'ambito della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.

Il Consiglio di Stato evidenzia come nel caso di specie l'impossibilità sopravvenuta e non imputabile all'amministrazione di disporre dei locali, che sono l'oggetto materiale del contratto di appalto, giustifica ampiamente la revoca del provvedimento per ragioni di interesse pubblico connesse al risparmio di spese divenute ingiustificate: non v'era ragione per l'università di mantenere la gara e l'aggiudicazione di lavori di cui si sarebbe fatto carico il legittimo proprietario dei locali.

Con riferimento alla questione dell'eventuale affidamento che la società avrebbe maturato alla luce del tempo trascorso e con riferimento alle pronunce del giudice amministrativo intervenute nella vicenda e favorevoli alla società, il Collegio osserva, per un verso, che nessuna di tali pronunce disponeva in ordine alla spettanza della pretesa sostanziale e, per altro verso, che la procedura si è svolta in un arco di tempo sostanzialmente contenuto, donde l'impossibilità di considerare un affidamento in capo all'impresa per essersi consolidata la sua posizione.

In definitiva, il Consiglio di Stato, nel respingere l'appello, conferma che in presenza di una revoca legittima non è configurabile alcuna colpa dell'amministrazione. Viene altresì precisato che, secondo l'insegnamento dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2005, in caso di revoca dell'aggiudicazione da parte della stazione appaltante, va presunta la restituzione all'aggiudicatario tanto della cauzione provvisoria quanto di quella definitiva, le cui pertinenti voci non possono come tali essere conteggiate in sede di risarcimento del danno invocato dall'aggiudicatario ex art. 1337 cc.

In argomento merita interesse anche **Cons. St., sez. V, 21 agosto 2009, n.**

5004, ove il giudice dell'appello sostiene che il requisito soggettivo della colpa, necessario ai fini del perfezionamento dell'illecito della pubblica amministrazione, è nella specie integrato dalla violazione delle regole fondamentali dell'autotutela. Viene infatti ricordato come il consolidato orientamento giurisprudenziale che impone il rispetto delle regole partecipative di cui agli artt. 7 e segg. della legge n. 241/1990, anche alla luce del principio comunitario di tutela del legittimo affidamento (cd. *legitimate expectation*), consenta di concludere che la violazione del contraddittorio integra gli estremi dell'errore qualificato e, in definitiva, sostanzia la nozione normativa di colpa che viene in rilievo per l'illecito della pubblica amministrazione. In accoglimento dell'appello, viene altresì evidenziato come nella vicenda in esame risulti integrato anche il requisito oggettivo del danno, essendo comprovato che, in mancanza dell'illegittimo atto di autotutela e della parimenti illegittima aggiudicazione ad esso conseguita, l'aggiudicazione sarebbe spettata alla società appellante.

Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (aprile 2009-ottobre 2009)

di Paola Savona

1. *La motivazione dei provvedimenti amministrativi*

L'ampiezza e i limiti dell'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi sono oggetto di due distinte sentenze relative a interventi edilizi in zone sottoposte a vincolo paesaggistico.

La Soprintendenza dei beni culturali e ambientali di Messina revoca un'autorizzazione alla modifica prospettica del portale d'ingresso di un negozio sito nel centro storico di Taormina. Il TAR Catania, giudicando manifestamente fondato il ricorso proposto dai promotori dell'intervento edilizio, annulla con sentenza breve (n. 470 del 13 marzo 2008) il provvedimento di revoca per contraddittorietà e insufficienza della motivazione. A parere del giudice di I grado, l'amministrazione, per inibire le modifiche già assentite, non avrebbe potuto limitarsi ad un generico riferimento al pregiudizio arrecato al contesto architettonico esistente, essendo invece tenuta a supportare il provvedimento con una motivazione più corposa e articolata.

Di diverso avviso il CGA che, con la sentenza **n. 310 del 27 aprile 2009**, riforma la decisione resa in primo grado dal TAR Catania. Secondo il Collegio, l'asserito vizio di motivazione non sussiste non solo perché le modifiche prospettate incidono su elementi pregiati del portale il cui mantenimento non richiede particolari giustificazioni, ma anche e soprattutto in ragione della "regola giuridica maestra" che governa gli interventi nei centri storici, quella del rispetto dell'esistente. La regola, enunciata dai legislatori nazionali e regionali, è finalizzata a preservare e a tramandare testimonianze urbanistico-architettoniche irripetibili: un'esigenza di conservazione rafforzata nel caso del centro storico di Taormina dal vincolo paesistico cui esso è sottoposto in ragione della sua eccezionale bellezza.

In presenza di una fattispecie caratterizzata da siffatti elementi significativi, affermano i giudici, appare assai debole l'idea di potere inibire la modifica prospettica di un edificio solo attraverso una motivazione puntuale (che non si limiti cioè a richiamare il valore dell'esistente o del contesto urbanistico e paesaggistico). Secondo il collegio, come sarebbe assurdo pensare di spiegare

analiticamente le ragioni che consigliano la conservazione e la trasmissione ai posteri di un capolavoro di Botticelli o di Leonardo, allo stesso modo, non si comprende perché l'amministrazione preposta alla salvaguardia del centro storico di Taormina (bene culturale conosciuto e apprezzato in tutto il mondo) dovrebbe farsi carico di "spiegare per filo e per segno ai limiti della diabolicità della prova" le ragioni per cui l'eliminazione di un fregio e l'arretramento di un portale debbano considerarsi incompatibili con la tutela.

Il CGA suggerisce quindi di guardare alla motivazione non come ad una "uniforme" valida per tutte le situazioni, "tale da obbligare l'amministrazione ad inseguire il privato in qualsiasi sua iniziativa, anche distruttiva" ma come ad un obbligo condizionato e graduato in relazione al tipo di conformazione impressa alle situazioni soggettive nella fattispecie concreta.

In questa prospettiva, nel definire l'ampiezza dell'obbligo motivazionale pare giocare un ruolo rilevante anche l'importanza dell'interesse affidato alle cure dell'amministrazione. Se, ci dice il giudice amministrativo, in una disciplina "a maglie larghe" eventuali limiti all'iniziativa privata richiedono una puntuale motivazione per la prevalenza nella fattispecie del diritto ex art. 41 Cost, in presenza di una fattispecie conformata dal potere pubblico in funzione della tutela di un interesse sensibile, come quello paesistico, l'obbligo della motivazione subisce un evidente affievolimento.

La tesi di un obbligo di motivazione che potremmo definire "a geometria variabile" in relazione all'ampiezza del potere conformativo dell'amministrazione e al peso degli interessi che essa è chiamata a tutelare è ripresa nella **sentenza n. 737 del 28 agosto 2009**. In essa il CGA conferma la decisione del TAR Palermo n. 1607 del 6 giugno 2007 con la quale era stato rigettato il ricorso avverso un diniego di nulla-osta opposto dalla Soprintendenza ad un progetto di sanatoria edilizia relativo alla sopraelevazione di un edificio ricadente in un'area sottoposta a vincolo ai sensi della legge n. 1497/39.

In ordine alla motivazione, il cui vizio rappresenta il motivo principale dell'appello, il giudice amministrativo precisa che il suo concreto atteggiarsi nei singoli provvedimenti amministrativi non costituisce una sorta di "invariante", dipendendo la sua intensità dalla concreta *conformazione* della fattispecie all'esame del giudice amministrativo. Nel caso in questione, il danno paesistico può considerarsi implicito perché la costruzione per cui si chiede la sanatoria insiste su un'area il cui valore paesistico risulta acclarato in partenza dalla esistenza di un vincolo paesistico e perché l'opera è abusiva, è, cioè il risultato di un progetto che, se fosse stato conforme ai valori paesaggistici sarebbe stato sottoposto *ab initio* al preventivo nulla-osta della Soprintendenza. Alla stregua di questi criteri la motivazione del provvedimento oggetto di gravame, che si limita ad affermare l'esistenza di un grave pregiudizio causato dalle opere eseguite all'area protetta e l'incompatibilità dell'impatto ambientale determinato

dalle stesse con la natura del vincolo e del sito appare al Collegio più che sufficiente e adeguata a chiarire le ragioni che stanno alla base del provvedimento. Né, conclude il giudice amministrativo, può essere considerato rilevante il fatto che la zona abbia già subito talune compromissioni per altri episodi di abusivismo, circostanza che, per costante giurisprudenza, non può costituire un fattore di legittimazione di nuovi abusi.

2. *Silenzio assenso e annullamento d'ufficio*

L'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia tacitamente assentita non richiede una motivazione in ordine all'esistenza di un interesse pubblico specifico al provvedimento d'autotutela.

Lo afferma il CGA nella decisione **n. 662 del 17 agosto 2009** che riforma la sentenza n. 1026 del 25 giugno 2007 con la quale il TAR Catania ha sancito l'illegittimità per difetto di motivazione dell'annullamento di una concessione edilizia formatasi per il decorso del termine di 120 giorni dalla richiesta.

L'art. 2 della l. r. n. 27 del 1994 prevede che "la domanda di concessione si intende accolta qualora entro centoventi giorni dal ricevimento dell'istanza... non venga comunicato all'interessato il provvedimento motivato di diniego" (comma 5), che "il titolare della concessione edilizia assentita... può iniziare i lavori, dandone preventiva comunicazione al sindaco" (comma 6) e che in tale caso, "gli uffici e gli organi del comune devono egualmente completare l'esame delle domande di concessione edilizia entro trenta giorni dalla comunicazione dell'inizio dei lavori" (comma 8) con possibilità per il sindaco di procedere all'annullamento o alla revoca della concessione assentita. Secondo il Collegio, tali disposizioni vanno interpretate nel senso che ai centoventi giorni assegnati al Comune dal comma 5 se ne aggiungano altri trenta per il completamento dell'istruttoria della domanda di concessione. Entro il termine di trenta giorni l'amministrazione può procedere all'annullamento della concessione assentita. Ma si tratta di un annullamento, avverte il Collegio, che non è espressione di un potere di autotutela e che richiede quindi presupposti diversi per il suo esercizio. Riguarda infatti "l'accertamento della mancanza dei requisiti per il rilascio della concessione" (comma 8) e non dell'esistenza di un interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo. Non condivisibile deve pertanto ritenersi l'opinione del giudice di prime cure che ha annullato il provvedimento per difetto di motivazione in ordine a tale interesse.

La peculiarità dell'annullamento d'ufficio del silenzio assenso rispetto all'ipotesi ordinaria in cui oggetto dell'intervento in via di autotutela sia un provvedimento espresso dell'amministrazione è ribadita in termini generali nella sentenza **n. 994 del 22 ottobre 2009**.

Confermando la decisione di primo grado che aveva escluso il difetto di

motivazione in relazione all'annullamento del silenzio-assenso formatosi su una istanza di lottizzazione, il CGA afferma che, dal momento che l'assenso tacito costituisce espressione di attività provvedimentale solo in virtù di una *fictio juris*, il potere di autotutela deve necessariamente assorbire in sé anche i profili valutativi che normalmente ineriscono all'esercizio della funzione amministrativa di primo grado e che l'amministrazione non è stata a suo tempo in grado di esercitare (non importa per quali motivi). A giudizio del Collegio, l'esigenza di celerità cui si ispira l'istituto del silenzio assenso non può, a pena di insanabile contrasto della relativa disciplina legislativa con l'art. 97 Cost., pregiudicare la possibilità di un pieno esercizio dell'attività di valutazione e comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa. Tanto più, precisano i giudici, quando si tratti di funzione a contenuto pianificatorio, a fronte della quale la scelta del legislatore regionale di consentire una disciplina tacita dell'assetto del territorio, non può non trovare un correttivo in un ampio e incisivo potere di autotutela che garantisca strumenti adeguati per assicurare o ripristinare un corretto uso delle risorse territoriali e ambientali. Da ciò discende, osserva il Collegio, che in sede di annullamento o di revoca di un'autorizzazione tacita ad un piano di lottizzazione all'amministrazione deve essere restituito integro il potere-dovere di compiere per la prima volta quelle valutazioni che la stessa avrebbe dovuto compiere nell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante. Con la conseguenza che deve ritenersi legittimo il provvedimento di annullamento d'ufficio del silenzio assenso, ove l'amministrazione, pur non indicando specifici profili di illegittimità e specifiche e distinte ragioni di interesse pubblico idonee a giustificare l'annullamento, compia una disanima dell'assetto d'interessi scaturente dal provvedimento tacitamente assentito in rapporto a quello cui è preordinata l'attività amministrativa di primo grado, provvedendo in caso di difformità alla rimozione dell'assetto ritenuto *contra legem* e al ripristino di quello conforme all'interesse pubblico da perseguire.

In altre parole, pare dirci il CGA, l'annullamento d'ufficio di un silenzio-assenso è in certa misura assimilabile ad un provvedimento di primo grado e pertanto non richiede una motivazione puntuale in ordine ai profili di illegittimità dell'atto annullato e all'esistenza di un interesse pubblico ulteriore alla sua rimozione.

Il Collegio quindi giudica adeguata la motivazione dell'annullamento del piano di lottizzazione impugnato dall'appellante che si limita genericamente a richiamare l'esistenza di un vincolo paesaggistico sulle zone interessate dal piano, senza fornire specifiche ragioni di interesse pubblico per giustificare l'esercizio del potere di autotutela.

3. *Procedimenti di autotutela e partecipazione*

In tema di procedimenti di secondo grado si segnalano altresì due decisio-

ni, che, rispetto alle precedenti, mostrano maggiore attenzione alle ragioni del cittadino inciso dal provvedimento di autotutela.

Una cooperativa edilizia ottiene dal Comune di Acireale l'approvazione di un programma costruttivo per la realizzazione di alloggi sociali previo nullaosta della Soprintendenza dei beni culturali e ambientali di Catania. Sollecitata da un privato, proprietario di un complesso rurale di particolare interesse etnoantropologico asseritamente compromesso dalla realizzazione del programma costruttivo, la Soprintendenza avvia un procedimento di revoca dandone comunicazione alla cooperativa con l'assegnazione di un termine di dieci giorni per presentare le proprie deduzioni. Dispone poi la revoca del nullaosta non tenendo conto delle osservazioni presentate, giunte in ritardo rispetto al termine indicato dall'amministrazione, ma prima che il provvedimento uscisse dalla sfera di controllo della Soprintendenza. La cooperativa impugna il provvedimento di revoca davanti al TAR Catania, che accoglie il ricorso per violazione dei principi di lealtà e buona fede giudicando incongruo il termine di dieci giorni assegnato alla cooperativa, a fronte della necessità di accedere agli atti del procedimento e di presentare memorie documentate e ritenendo inconducibile il richiamo della difesa erariale all'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 e alla pretesa inevitabilità del provvedimento impugnato, non apparendo provato che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso.

Il CGA con decisione **n. 748 del 28 agosto 2009** conferma la sentenza di primo grado, recependone in parte la motivazione. Ad avviso del Collegio, non è condivisibile l'assunto dell'appellante secondo cui l'apporto partecipativo della cooperativa non avrebbe potuto in alcun modo incidere sul contenuto del provvedimento di ritiro, non essendo in alcun modo dimostrato che tale provvedimento fosse assolutamente doveroso allo stato dell'istruttoria compiuta fino a quel momento. Né convincente appare l'affermazione dell'amministrazione che le osservazioni proposte non contenessero elementi meritevoli di ulteriore valutazione. Al contrario, non priva di rilievo deve ritenersi la dichiarazione di disponibilità, contenuta nelle memorie presentate dalla cooperativa, a modificare il progetto e l'ubicazione dei manufatti. Del tutto inadeguato in considerazione della natura e dell'oggetto del procedimento è infine, ad avviso del Collegio, il termine di soli dieci giorni assegnato alla cooperativa per presentare le proprie osservazioni.

La sentenza **n. 815 del 14 settembre 2009** ha ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto di lavori di bonifica e riqualificazione ambientale di un sito già sede di una discarica, disposta dall'amministrazione a seguito della riapertura della gara in conseguenza dell'annullamento d'ufficio di una precedente aggiudicazione. Avverso il nuovo esito della gara l'impresa risultata originariamente aggiudicataria propone ricorso al TAR, che l'accoglie per violazione delle regole e dei principi in materia di autotutela, dal momento che il ritiro dell'aggiudica-

zione era avvenuto prescindendo dal coinvolgimento dei soggetti incisi dalla nuova determinazione della stazione appaltante.

Il CGA conferma la decisione di prime cure, rilevando come, seppure nella vicenda in questione la fase partecipativa del destinatario del provvedimento di autotutela non fosse stata radicalmente omessa (non era mancata del tutto la comunicazione dell'avvio del procedimento di riesame) questa dovesse ritenersi insufficiente poiché l'avviso era lacunoso ed equivoco e non conteneva le ragioni della riapertura del procedimento di aggiudicazione. Peraltro, precisa il Collegio, l'amministrazione non ha fornito alcun elemento idoneo a dimostrare l'ineluttabilità del provvedimento adottato, ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990. Ed infatti da un lato la doverosità dell'annullamento non emerge nella vicenda in esame in modo certo e univoco, dall'altro il carattere discrezionale dell'annullamento di ufficio impedisce comunque di affermare con certezza e a priori l'ineluttabilità del ritiro della precedente aggiudicazione, occorrendo a tal fine la puntuale dimostrazione degli altri elementi costitutivi del potere di autotutela con riferimento in particolare alla valutazione dell'interesse pubblico in relazione ai contrapposti interessi delle parti.

4. *Occupazione illegittima e risarcimento del danno*

Condannato dal TAR Catania a risarcire i danni derivanti dalla illegittima occupazione e trasformazione di un terreno, l'Assessorato ai lavori pubblici propone appello sostenendo l'inammissibilità della richiesta di risarcimento per equivalente accompagnata dalla rinuncia al diritto di proprietà proposta in primo grado dal privato. Secondo l'amministrazione, l'accoglimento della domanda determinerebbe insieme alla condanna al risarcimento del danno derivante dalla perdita dell'immobile il trasferimento coattivo della proprietà dello stesso, con un meccanismo del tutto simile a quello dell'occupazione appropriativa in contrasto con l'art. 43 del testo unico dell'espropriazioni a norma del quale l'acquisto della proprietà del bene da parte dell'amministrazione potrebbe avvenire solo mediante provvedimento formale di acquisizione accompagnato dalla corresponsione del risarcimento.

Con sentenza **n. 486 del 25 maggio 2009** il CGA respinge l'appello affermando che il proprietario di un fondo trasformato e utilizzato senza titolo dall'amministrazione per finalità di interesse pubblico può autonomamente e liberamente scegliere tra la domanda di reintegrazione in forma specifica e di restituzione del bene e quella di risarcimento per equivalente diretta ad ottenere il ristoro patrimoniale derivante dalla perdita del diritto di proprietà, rinunciando contestualmente a tale diritto.

A questa conclusione il Collegio giunge a seguito di un'attenta disamina dei principi civilistici che governano i rapporti tra risarcimento per equivalente e

risarcimento in forma specifica, della *ratio* della nuova disciplina contenuta nell'art. 43 nonché della giurisprudenza civile in materia di strumenti di tutela del proprietario in ipotesi di occupazione usurpativa.

In particolare il Collegio rileva come nel diritto civile viga la regola dell'alternatività tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente, e come la Cassazione abbia da tempo affermato il principio per cui la scelta del tipo di risarcimento spetti al danneggiato. Tale schema non è alterato dalla norma speciale contenuta nell'art. 43, che introduce alcune deroghe nel quadro sistematico della tutela risarcitoria ma non intacca la coerenza del principio di alternatività (contenuto oggi anche nell'art. 35 del decreto legislativo n. 80/1998), in quanto essa mira ad eliminare l'occupazione appropriativa e a regolare *ex novo* le ipotesi di trasferimento coattivamente imposte al proprietario, ma nulla dice in ordine alla perdita della proprietà derivante da una scelta spontanea dell'interessato, cui devono quindi applicarsi i principi comuni sul risarcimento del danno.

È peraltro pacifico, affermano i giudici, che l'art. 43 mira a rafforzare la tutela del privato assicurandogli in linea di principio la pienezza della tutela restitutoria (salvo il potere dell'amministrazione di adottare il provvedimento di acquisizione sanante con le regole procedurali e sostanziali previste dalla disposizione) e che, del resto, sul piano processuale il risarcimento per equivalente costituisce un *minus* rispetto alla reintegrazione in forma specifica: la previsione della forma di tutela più ampia e soddisfattiva (in forma specifica) presuppone evidentemente la sussistenza di mezzi di tutela minori (il risarcimento per equivalente).

Scopo dell'art. 43, avverte il Collegio, è quello di cancellare dall'ordinamento l'occupazione appropriativa, modo di acquisto "automatico" incompatibile con il sistema di protezione della proprietà privata, non invece di eliminare una forma di tutela ulteriore del privato attivabile spontaneamente dal soggetto interessato e ricavabile dai principi sul risarcimento del danno per equivalente sempre ammesso dal codice civile. Dal contesto dell'art. 43 si ricava che l'amministrazione ha il potere discrezionale di impedire la restituzione del bene, attraverso l'atto di acquisizione, ma non quello di segno opposto di paralizzare la richiesta meramente risarcitoria del privato.

Chiarisce quindi il Collegio che, stante l'incompatibilità del risarcimento integrale con la persistenza del diritto dominicale, tale richiesta presuppone la rinuncia (esplicita o implicita) al diritto di proprietà sul suolo utilizzato in assenza di titolo valido ed efficace per realizzare l'opera pubblica, sospensivamente condizionata all'accoglimento della domanda di risarcimento; rinuncia che, contrariamente all'opinione espressa in alcune sentenze TAR, trova piena cittadinanza nel sistema generale civilistico.

In conclusione il Collegio esamina incidentalmente la questione, non rilevante ai fini della domanda di risarcimento (e che esula dalla giurisdizione am-

ministrativa), del nuovo assetto dominicale del bene in conseguenza della rinuncia: se esso cioè debba considerarsi *res nullius*, se sia acquistato dall'amministrazione che lo utilizza o se diventi proprietà dello Stato. Osserva al riguardo come la soluzione al problema sia strettamente condizionata alla peculiarità della vicenda sostanziale e processuale e dall'evenienza che l'amministrazione, a seguito della rinuncia del privato, manifesti formalmente la propria volontà di acquistare il bene. In mancanza di tale dichiarazione il bene oggetto di rinuncia dovrebbe essere acquisito al patrimonio dello Stato o della Regione, fermo restando il potere dell'amministrazione di "regolarizzare" l'utilizzazione dell'immobile mediante l'atto di acquisizione previsto dall'art. 43.

Da ultimo il CGA si chiede se il giudice, disposta la condanna dell'amministrazione al risarcimento per equivalente, possa condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento di acquisizione sanante. La soluzione preferibile pare essere quella negativa, in ragione della natura discrezionale del provvedimento in questione, ancorché il Collegio sottolinei come, dopo la condanna dell'amministrazione al risarcimento per equivalente, l'esigenza di considerare la posizione specifica del privato venga meno dal momento che questi ha volontariamente rinunciato al proprio diritto dominicale, e come dall'altro canto, a fronte dell'esborso monetario conseguente al risarcimento del danno, risulterebbe difficile all'amministrazione, anche nella prospettiva della responsabilità personale degli amministratori, giustificare la mancata adozione di un provvedimento di acquisizione del bene.

5. *Risarcimento del danno e colpa della p.a.*

Nella sentenza n. **710 del 28 agosto 2009**, il CGA, in relazione ad una richiesta di risarcimento di danni conseguenti all'illegittimo diniego di lottizzazione in una zona edificabile, afferma che ai fini della responsabilità per danni dell'amministrazione è sufficiente la colpa, che, senza aggettivi, si intende coincidente con la *culpa levis* della tradizione romana. Ritiene quindi sussistente l'elemento soggettivo in capo all'apparato che ha emanato il provvedimento annullato dal giudice di prime cure per violazione di norme la cui osservanza avrebbe evitato l'emanazione del provvedimento illegittimo, escludendo che nel caso sottoposto al suo esame sia invocabile l'errore scusabile, in quanto l'amministrazione può essere considerata incolpevole solo nell'ipotesi in cui il testo normativo sia insuscettibile di ogni comprensibilità, quando cioè nessun elemento consente all'amministrazione di "sciogliere il dilemma esegetico in modo corretto". Riconosciuta l'esistenza della colpa dell'amministrazione il Collegio, confermando la decisione appellata, dichiara inammissibile la domanda di risarcimento per genericità, essendosi l'appellante limitato ad affermare di aver subito un danno dal diniego di lottizzazione senza aver fornito alcuna indicazione idonea a dimostrarne la consistenza.

Meno rigorosa è la valutazione dei presupposti dell'errore scusabile nella decisione **n. 938 del 15 ottobre 2009**.

A seguito dell'annullamento da parte del CGA dell'aggiudicazione di lavori di completamento delle opere relative ad uno svincolo stradale, un'impresa propone ricorso al giudice amministrativo per ottenere il risarcimento dei danni connessi alla mancata aggiudicazione a suo favore dei lavori (ormai in via di completamento da parte dell'impresa risultata illegittimamente aggiudicataria). Il TAR Catania, con sentenza n. 465 del 13 marzo 2008, respinge la domanda di risarcimento ritenendo insussistente l'elemento soggettivo necessario a concretare la responsabilità extracontrattuale. Il CGA conferma la sentenza appellata, recependone la motivazione nella parte in cui si afferma che *lo stesso andamento processuale della vicenda, che ha visto soccombere la ricorrente in primo grado nel giudizio volto ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione ad altra ditta dimostra che l'interpretazione delle norme nel caso di specie era suscettibile di diverse interpretazioni, e, quindi nessuna colpa può imputarsi all'amministrazione*. Del resto anche in punto di fatto, osserva il Collegio, *la vertenza ha presentato problemi di ricostruzione rispetto ai quali l'incertezza dei riferimenti in atti tolgono valore di indizio univoco (grave preciso e concordante) della sussistenza della colpa*. Da escludersi è infine, ad avviso dei giudici, una responsabilità dell'amministrazione per violazione delle regole di correttezza e buona fede in pendenza del giudizio, essendosi la stessa conformata alle decisioni cautelari e di merito del giudice.

In tema di colpa della p.a. si segnala infine la decisione **n. 730 del 28 agosto 2009** avente ad oggetto una domanda di risarcimento proposta a seguito dell'annullamento giurisdizionale di un giudizio di idoneità alla leva. Il ricorrente chiedeva la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni riportati a seguito di una caduta dal letto a castello nel corso del servizio militare da cui, secondo quanto statuito dal TAR in un precedente giudizio, avrebbe dovuto essere esonerato in ragione di una grave e documentata patologia al ginocchio. Il CGA, confermando la sentenza di primo grado, nega il risarcimento considerando non provata la colpa della PA.

Afferma il Collegio che ai fini del risarcimento del danno non è sufficiente il mero dato obiettivo della illegittimità dell'atto, occorrendo la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge e in particolare della colpa dell'amministrazione, configurabile quando l'adozione e l'esecuzione dell'atto lesivo siano avvenute in violazione delle regole dell'imparzialità, correttezza e buona amministrazione, alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi. Ad avviso dei giudici, dalla sentenza che ha annullato il giudizio di idoneità alla leva non si rileva un quadro di circostanze di fatto indicative di una negligenza o imperizia dell'amministrazione, né l'inosservanza delle norme in materia di esenzione da servizio militare. La colpa della p.a. precisa il Collegio, non po-

trebbe ricavarsi neanche, come dedotto dall'appellante, dal protrarsi nel tempo della condotta antigiuridica dell'amministrazione che non soltanto ha illegittimamente ammesso un soggetto inidoneo alla leva, ma ha continuato a rifiutare l'emissione di un provvedimento di inidoneità anche a seguito all'incidente occorso al ricorrente concedendogli solo un periodo di convalescenza. Rilevanti al fine di escludere la colpa dell'amministrazione sono infine, ad avviso dei giudici amministrativi, il comportamento del danneggiato che ha rifiutato di sottoporsi ad un esame diagnostico che avrebbe consentito di emettere prima il giudizio di inidoneità al servizio e il fatto che lo stesso abbia comunque goduto, a seguito della caduta, di lunghi periodi di convalescenza e di riposo medico a domicilio.

6. *Ricorso contro il silenzio*

La sentenza **n. 726 del 28 agosto 2009** verte su un ricorso avverso il silenzio serbato dal Consiglio comunale di Taormina sulle osservazioni presentate al progetto di piano regolatore generale. Il CGA, in riforma della decisione del TAR Catania n. 907 del 15 maggio 2008, accoglie il ricorso ritenendo, contrariamente alla sentenza appellata, che sussistono tutti gli elementi necessari per la formazione del silenzio di cui all'art. 2 della legge n. 241 del 1990 anche se gli interessati agiscono non per la conclusione del procedimento ma per il compimento di una sua fase.

Rileva il Collegio che nel procedimento per la formazione del p.r.g. è prevista la possibilità di presentare osservazioni al progetto (art. 3, comma 3 l. r. n. 71 del 1978) sulle quali il Consiglio comunale è tenuto a formulare le proprie deduzioni entro un mese dal termine fissato per la presentazione (art. 3, comma 5). In presenza di un termine chiaramente definito, che non può subire sospensioni neanche nell'ipotesi in cui il Consiglio richieda sul punto pareri ad organi tecnici, non pare al Collegio condivisibile la tesi prospettata dal giudice delle prime cure per cui non sussisterebbe un interesse al tempestivo espletamento delle fasi della procedura di formazione del p.r.g. dal momento che il completamento di ogni fase della procedura influisce sui termini per la conclusione del procedimento. Non è pensabile, osservano i giudici, che il privato non disponga di alcuno strumento di tutela a difesa del proprio interesse al sollecito svolgimento delle fasi del procedimento, tanto più se si considera che, se è vero che le osservazioni sono un mero strumento di collaborazione nel procedimento di formazione del piano regolatore e che le deduzioni del Consiglio a queste relative non vincolano in alcun modo l'amministrazione regionale nella fase di approvazione, è pur vero che il ritardo del Consiglio comunale nel formulare le proprie deduzioni incide sugli interessi di chi ha proposto le osservazioni dal momento che anche nei suoi confronti, in pendenza di procedimento, le previsioni del piano sono efficaci per effetto dell'operatività delle misure di salvaguardia del piano adottato.

7. *Ricorso straordinario e giudizio d'ottemperanza*

Nella sentenza **n. 266 del 22 aprile 2009** il CGA affronta la complessa questione dell'ammissibilità del ricorso in ottemperanza in relazione a decisioni emesse su ricorso straordinario.

Il Collegio ricorda come la Corte di Cassazione si sia espressa in senso negativo sulla questione (Cass, sez. un., nn. 15978/2001 e n. 734/2005) in ragione del fatto che la legge espressamente include il ricorso al Capo dello Stato tra i rimedi amministrativi. A giudizio della Suprema Corte, mancherebbero al ricorso straordinario due elementi indefettibili dei procedimenti giurisdizionali secondo quanto disposto dall'art. 111 Cost.: lo svolgersi del procedimento davanti ad un giudice terzo e imparziale e la ricorribilità per Cassazione delle decisioni emesse dal Capo dello Stato.

Sulla base di tale orientamento, osserva il CGA, la prevalente giurisprudenza amministrativa esclude l'ammissibilità del ricorso al giudizio di ottemperanza per dare esecuzione a decisioni di ricorsi straordinari, sostenendone la natura amministrativa e di conseguenza l'inettitudine ad acquisire efficacia sostanziale e formale di giudicato e indica come unico rimedio contro l'inerzia dell'amministrazione la via della diffida per rendere significativo il comportamento omissivo dell'amministrazione e del ricorso ai sensi dell'art. 21bis della legge TAR, nel caso in cui l'amministrazione resti inadempiente.

Di diverso avviso, il Collegio sottolinea la natura atipica dell'istituto e le sue spiccate caratteristiche giurisdizionali, rilevando come anche le tesi che affermano il carattere amministrativo del ricorso straordinario riconoscano la sua specificità rispetto agli altri rimedi amministrativi: la garanzia del contraddittorio assicurata dalla notifica (da attuare nelle forme e nei modi del ricorso giurisdizionale); il parere del Consiglio di Stato, espressione di un'attività di applicazione di diritto; il principio di alternatività rispetto al ricorso giurisdizionale. Rilevanti debbono inoltre considerarsi, a giudizio del CGA, l'estensione, affermata dalla giurisprudenza amministrativa, dell'istituto della sospensione del processo previsto dagli artt. 295 e 298 c.p.c. alla ipotesi in cui il vincolo di pregiudizialità derivi dalla definizione di una decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato (Cons. Stato, IV, n. 3896/03) e la possibilità, oggi prevista dall'art. 3 comma 4 della legge n. 205/2000 di chiedere anche nell'ambito del ricorso straordinario la sospensione dell'atto impugnato. Tali elementi portano il Collegio a concludere per la natura giurisdizionale del ricorso straordinario e ad affermare conseguentemente l'esistenza dei presupposti per instaurare il giudizio di ottemperanza sulla base della considerazione che il provvedimento finale del Capo dello Stato rappresenta soltanto "l'atto conclusivo di esternazione di un momento decisionale" contenuto nel parere del Consiglio di Stato, che si colloca fuori della fase amministrativa della procedura condizionandone l'esito.

Ulteriore conferma al carattere giurisdizionale del rimedio in parola, il CGA

rinviene in un orientamento della Corte di giustizia CE che ha affermato la natura di organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 177 (ora 234) TR. CE del Consiglio di Stato anche quando esprime il proprio parere in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato (Corte di giustizia, 16 ottobre 1997, C 69-96-79-96), nonché nella esplicita previsione contenuta nell'art. 15 d.p.r. 14 novembre 1971, n. 1199, dell'impugnabilità del decreto emesso a seguito di ricorso straordinario per revocazione nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c. e quindi anche nell'ipotesi di contrasto con un'altra sentenza avente tra le parti autorità di cosa giudicata.

Tali connotazioni giurisdizionali, afferma in conclusione il CGA, si accentuano nella disciplina del ricorso straordinario contenuta nello Statuto siciliano, che inserisce espressamente il ricorso straordinario al Presidente della Regione nel titolo III dedicato agli *Organi giurisdizionali*. Secondo quanto previsto dall'art. 9 d. lgs. n. 373/2003 che dà attuazione all'art. 23 dello Statuto, il Presidente della Regione deve pronunciarsi sulla base del parere obbligatorio delle Sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa (e quindi non della sola Sezione consultiva, ma anche di quella giurisdizionale). Infine, il Collegio sottolinea come la legge garantisca a tutti i componenti del Consiglio di giustizia amministrativa, anche a quelli designati dalla Regione, l'imparzialità e l'indipendenza proprie del giudice (Corte cost. n. 316/2004).

Sulla base delle superiori considerazioni, il CGA dichiara l'ammissibilità ricorso in ottemperanza proposto per l'esecuzione di un decreto del Presidente della Regione che riconosceva il diritto dei ricorrenti a percepire le retribuzioni previste dall'art. 40 l. r. n. 30/1997 in relazione a prestazioni rese nell'ambito del servizio di elisoccorso.

Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali

Speciale in tema di responsabilità civile della Pubblica amministrazione: l'elemento soggettivo

di Sara Forasassi

In questa rassegna si riportano alcune recenti sentenze dei Tribunali amministrativi regionali sulla responsabilità civile della Pubblica Amministrazione.

L'attenzione si concentrerà in particolare sull'elemento soggettivo quale requisito necessario affinché possa configurarsi, in capo alla Pubblica Amministrazione, una responsabilità ai sensi dell'articolo 2043, cod. civ.

Come noto, a partire dalla storica pronuncia della Corte di Cassazione n. 500 del 1999, i presupposti per il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo lesivo di interessi legittimi pretensivi sono stati individuati oltre che nell'illegittimità del provvedimento di diniego della spettanza del bene della vita ingiustamente negato, nell'elemento soggettivo, nella sussistenza e prova del danno e nel nesso di causalità tra l'illegittimità del provvedimento e l'evento dannoso. L'orientamento giurisprudenziale prevalente è nel senso, infatti, di una qualificazione della responsabilità della Pubblica Amministrazione, intesa come apparato (non riferita quindi al funzionario agente), per attività provvedimentale illegittima in termini di responsabilità extracontrattuale ai sensi degli articoli 2043 e seguenti, cod. civ. Al riguardo, si richiama quanto disposto recentemente da **T.A.R. Napoli, Campania, Sez. I, 3 luglio 2009, n. 3705**: "Dopo la fondamentale sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 500 del 1999 e la successiva modifica dell'art. 7, l. n. 1034 del 1971, intervenuta ad opera della l. n. 205 del 2000, la prevalente giurisprudenza inquadra la tematica del risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo nell'ambito dei più sicuri confini della responsabilità extracontrattuale, con ciò discostandosi dall'orientamento recepito in alcune decisioni del giudice amministrativo, teso a qualificare l'illecito da lesione di interesse legittimo come ipotesi di responsabilità contrattuale derivante dal «contatto amministrativo». Ne deriva che il riconoscimento della relativa pretesa risarcitoria non può prescindere dall'accertamento delle condizioni contemplate dall'art. 2043, c.c. dovendo tale accertamento essere compiuto secondo le regole ordinarie di distribuzione dell'onere della prova, atteso che il giudizio per il risarcimento dei danni attivato dinanzi al giudice amministrativo si atteggia come giudizio sul rapporto e non sull'atto, con applica-

zione piena del principio dispositivo di cui agli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c. Pertanto, ai fini della risarcibilità dell'interesse legittimo, il danneggiato deve dimostrare la ricorrenza sia dell'elemento oggettivo sia di quello soggettivo dell'illecito".

In proposito si premette, fin da subito, che il recupero dell'elemento soggettivo da parte della giurisprudenza non ha comportato particolari dubbi in ordine al dolo, essendo pacifico che esso possa configurarsi solamente in capo al funzionario agente. Semmai, il problema si è posto allorché tale atteggiamento psicologico voglia essere riferito all'apparato amministrativo, ma la questione è stata superata dalla giurisprudenza che ha riferito il dolo alla P.A. solamente nelle ipotesi in cui ricorra un nesso di occasionalità necessaria tra il comportamento criminoso e le mansioni cui il dipendente è adibito (*ex multis*, Cass. civ., 26 giugno 1998, n. 6334).

Le maggiori difficoltà insorgono invece quando il riferimento è all'elemento soggettivo della colpa configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione.

Sul punto, si osserva come, prima della sentenza della Corte di Cassazione, SS. UU., n. 500 del 1999, l'impostazione giurisprudenziale consolidata fosse orientata nel senso di ritenere che, benché l'elemento soggettivo della imputabilità per dolo o per colpa dovesse sussistere ai fini della configurabilità della responsabilità della Pubblica Amministrazione *ex* articolo 2043 cod. civ., la colpa derivasse dalla mera esecuzione di un provvedimento amministrativo illegittimo, essendo ravvisabile, di per sé, nella violazione di norme, operata con l'emissione dell'atto o con la sua esecuzione (colpa *in re ipsa*).

Tale lettura è parsa non più conciliabile con l'inquadramento della responsabilità civile della P.A. nei confini dell'articolo 2043 cod. civ. come statuito dalla Cassazione del 1999 tanto che i giudici richiedono, ai fini dell'imputazione della responsabilità, l'accertamento in concreto della colpa o del dolo della Pubblica Amministrazione, non potendo esso avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa.

Nel nuovo orientamento abbracciato dalla giurisprudenza, infatti, l'emanazione di un provvedimento illegittimo non costituisce, *ex se*, fatto illecito ai sensi dell'articolo 2043 cod. civ., ma deve essere considerato quale fattore che concorre ad integrare l'illiceità della condotta. In particolare, "la riconduzione della responsabilità della pubblica Amministrazione al modello aquiliano, descritto dall'art. 2043 c.c., presuppone che, per accedere alla tutela risarcitoria, occorra provare la sussistenza di un evento dannoso, l'ingiustizia del danno in relazione alla lesione di un interesse meritevole di tutela, il nesso causale tra il suddetto evento e la condotta positiva o omissiva dell'Amministrazione e, infine, l'elemento soggettivo, ossia l'imputabilità a titolo di dolo o colpa, alla stessa Amministrazione. Così si è espresso **T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 24 luglio 2009, n. 1935**. Si veda anche **T.A.R. Valle d'Aosta, Aosta, Sez. I, 11 dicembre 2008, n. 97** che ha così affer-

mato: “L’illegittimità dell’atto amministrativo, che si assume essere stato causa del danno, è un requisito necessario ma non sufficiente per la fondatezza dell’azione risarcitoria, poiché occorre altresì che il ricorrente dimostri: a) la sussistenza di un evento dannoso; b) la qualificazione del danno come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l’ordinamento; c) il nesso di causalità con l’illegittimità o comunque con la condotta (positiva od omissiva) della p.a.; l’elemento soggettivo (colpa della p.a.)”. Nello stesso senso si richiama **T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 26 febbraio 2008, n. 303**: “Ai fini dell’ammissibilità della domanda risarcitoria, conseguente all’annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento medesimo da parte del giudice amministrativo all’uopo adito, ma deve sussistere – e conseguentemente essere valutato – l’elemento psicologico soggettivo corrispondente almeno alla colpa della P.A., atteso che la responsabilità patrimoniale della p.a. conseguente al detto annullamento deve essere inserita nel sistema delineato dall’art. 2043 c.c., in tema di responsabilità extracontrattuale”.

1. *L’individuazione dell’elemento soggettivo della colpa*

Una volta abbandonata la teoria della colpa *in re ipsa*, ai fini della configurabilità della responsabilità in capo alla P.A., la giurisprudenza amministrativa ha assunto posizioni parzialmente contrastanti in ordine all’individuazione dell’elemento soggettivo della colpa.

Al riguardo, sono state, infatti, registrate due diverse impostazioni.

La prima, che si colloca cronologicamente più vicino alla sentenza n. 500 del 1999, si fonda sul concreto accertamento della colpa richiedendo al danneggiato la prova dell’avvenuta violazione da parte della P.A. delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione. Con riferimento a tale orientamento deve in ogni caso sottolinearsi come la violazione delle suddette regole sia sostanzialmente ricondotta all’illegittimità del provvedimento amministrativo, fatta salva la previsione dell’errore scusabile, con valenza esimente per la P.A., determinato dalla presenza di una normativa equivoca, di un contrasto giurisprudenziale ovvero di questioni nuove e complesse, tali da ridurre od eliminare la colpa.

La seconda impostazione, più recente, abbraccia una concezione oggettiva della colpa, fondata sulla gravità della violazione e, quindi, sui vizi dell’atto. In particolare, il metro per valutare la colpa è individuato nella gravità della violazione delle regole che presiedono l’esercizio della funzione amministrativa; gravità che è determinata attraverso l’utilizzo di criteri, già espressi dalla giurisprudenza comunitaria, quali l’ampiezza della valutazione discrezionale rimessa all’amministrazione, i precedenti giurisprudenziali, nonché dalle condizioni concrete e dall’apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento.

In linea con il primo orientamento si pone **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 10**

ottobre 2007, n. 9934 che ha statuito come l'illegittimità provvedimento non possa da sola comportare l'automatica affermazione della responsabilità della Pubblica Amministrazione, senza cioè che il giudice abbia proceduto al previo accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano. Tale accertamento, infatti, è richiesto dal diritto vivente in tema di responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione, secondo cui l'imputazione di tale responsabilità non consegue al mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma richiede anche l'accertamento in concreto della colpa della P.A. intesa come apparato. La colpa, prosegue il Collegio, è tuttavia configurabile in presenza di un atto amministrativo illegittimo, adottato in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione; regole che rappresentano il criterio guida per l'esercizio della funzione amministrativa e che si pongono quale limite esterno alla discrezionalità amministrativa. Nel caso in esame si è rilevata la violazione della regola di buona amministrazione nell'apertura delle buste delle offerte economiche dei partecipanti alla gara in un momento anteriore alla pubblicità dei risultati della valutazione delle offerte tecniche dalla quale è dipesa una alterazione dei meccanismi di garanzia dello svolgimento della gara a tutela della trasparenza e delle regole di concorrenza imparziale. Parimenti si è espresso **T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 12 aprile 2007, n. 633**: "L'elemento soggettivo dell'illecito della P.A. per lesione degli interessi legittimi sussiste certamente – quantomeno in termini di colpa dell'amministrazione-apparato – ogni qualvolta l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo lesivo dell'interesse del danneggiato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve sempre ispirarsi". Nella fattispecie concreta, il Tribunale ha configurato l'elemento soggettivo della colpa nella violazione di una norma (in questo caso l'art. 17, l. n. 109 del 1994) specificatamente posta a presidio dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e buon andamento (espressamente richiamati dalla stessa ai commi 12 e 12 *bis*) nell'affidamento degli incarichi di progettazione, affermando come il suo aggiramento si risolva, quindi, in una grave e palese violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione. In argomento si veda anche **T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 7 luglio 2008, n. 2069**: "La tutela risarcitoria non costituisce un effetto automatico della caducazione dell'annullamento dell'atto illegittimo, implicando la positiva verifica di tutti gli elementi costitutivi tipici della fattispecie dell'illecito aquiliano *ex art.* 2043 c.c. Oltre alla lesione della situazione soggettiva di interesse tutelato dall'ordinamento (il c.d. «danno ingiusto»), sono, quindi, presupposti per il configurarsi della responsabilità l'imputabilità della fattispecie lesiva all'amministrazione, sia su un piano oggettivo, attraverso l'accertamento del c.d. nesso di causalità, sia su un piano soggettivo, per effetto del positivo accertamento della colpa dell'amministrazione, da ritenersi sussistente nell'ipotesi in cui l'adozione della determinazione illegittima si sia verificata in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona ammini-

strazione a cui deve ispirarsi l'attività amministrativa nel proprio esercizio, ovvero quando l'azione dell'amministrazione sia caratterizzata da negligenza nell'interpretare ed applicare la vigente normativa". Nell'ipotesi fattuale sottoposta al vaglio del giudice amministrativo, il privato lamentava il danno subito a seguito del ritardo nell'assunzione quale agente della polizia di Stato e la conseguente condanna della P.A. al pagamento delle somme pari agli emolumenti non percepiti nel periodo contestato, oltre agli interessi e rivalutazione, ed al valore dei contributi assicurativi e previdenziali. Il Collegio ha rigettato il ricorso proprio in ordine alla mancata sussistenza dell'imputazione dell'evento dannoso a colpa della P.A. in presenza di un errore scusabile in cui essa sarebbe incorsa (esistenza di particolari e obiettive circostanze – opinabilità della valutazione tecnico – discrezionale e la difficoltà di giudizio legata all'essere la costituzione fisica del ricorrente ai limiti dell'obesità – che hanno condizionato l'illegittimità della condotta).

Con riguardo al secondo orientamento si segnala **T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 14 gennaio 2009, n. 42** che ha affermato come “ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo in caso di responsabilità extracontrattuale della p.a., deve prendersi in considerazione il comportamento degli organi che sono intervenuti nel procedimento, il quadro delle norme rilevanti ai fini dell'adozione della statuizione finale, il contenuto prescrittivo delle disposizioni applicate, onde apprezzare se l'organo precedente sia incorso in violazione delle comuni regole di buona amministrazione, di correttezza, imparzialità e buon andamento. Ancora **T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 19 maggio 2009, n. 720**: “In sede di individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità civile della pubblica amministrazione ex art. 2043 c.c. l'elemento soggettivo della colpa sussiste ogniqualvolta l'illegittimità derivi da una violazione grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione dell'atto viziato, mentre l'elemento soggettivo dell'illecito difetta se ricorrono i presupposti dell'errore scusabile e cioè se vi è sussistenza di contrasti giudiziari, incertezza del quadro normativo di riferimento o complessità della situazione di fatto”. Ugualmente, **T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 15 aprile 2009, n. 218**, **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 11 settembre 2009, n. 8577** e **T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 29 maggio 2008, n. 279**. Con riferimento a quest'ultimo si specifica, in questa sede, che il caso riguardava l'adozione di due ordinanze comunali, annullate dal giudice amministrativo, con le quali un Comune ha prima ingiunto la sospensione dei lavori relativi ad opere interne ad un alloggio abitativo e poi imposto il ripristino dello stato dei luoghi, in tal modo cagionando gravi pregiudizi patrimoniali anche in ordine al decorso della malattia di una dei ricorrenti, che avrebbe dovuto essere assistita nell'unità abitativa interessata ai lavori oggetto della misura interdittiva, e alla conseguente necessità di ovviare ad una simile situazione a mezzo di soluzioni organizzative asseritamente produttive di effetti negativi sulle condizioni di vita dei ricorrenti

– ivi compresa la persona malata – e fonte di esborsi economici ulteriori a loro carico. Nella fattispecie, il Collegio ha ritenuto sussistere l'elemento soggettivo della colpa in capo all'Amministrazione pubblica in quanto essa aveva ingiustificatamente giudicato variato il numero delle unità immobiliari e aveva da ciò desunto l'obbligatorietà di una concessione edilizia non necessaria, in relazione ad una normativa che non si presentava fonte di apprezzabile incertezza per gli operatori del settore, non essendo del resto neppure emerse specifiche circostanze fattuali che, per la loro peculiarità, rendessero scusabile l'errore commesso. In argomento si veda anche **T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 2 aprile 2008, n. 436**. La sentenza in parola si palesa particolarmente interessante in quanto dettaglia schematicamente le conclusioni a cui la recente giurisprudenza del giudice amministrativo è giunta in ordine alla responsabilità della Pubblica Amministrazione. Il Collegio, infatti, dopo aver osservato come il problema dell'elemento soggettivo sia connesso a quello della natura della responsabilità della P.A. e come tale problema sia stato "sdrammatizzato" dalla giurisprudenza più recente attraverso la sussunzione della responsabilità dell'amministrazione nello schema generale del danno aquiliano senza con questo aggravare la ripartizione dell'onere della prova in capo al danneggiato, offre all'interprete alcune coordinate ermeneutiche fondamentali per orientarsi nella materia. In particolare: a) Nella fattispecie di responsabilità per illegittima condotta (attiva od omissiva) della P.A., l'elemento soggettivo della colpa deve essere valutato assumendo, a parametro del giudizio, la stessa regola disciplinatrice dell'azione amministrativa, con riferimento all'ente nella sua complessiva struttura ovvero come apparato, la cui colpevolezza deve essere affermata quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e, viceversa, negata quando l'indagine presupposta conduca al riconoscimento di un errore scusabile dell'amministrazione. b) L'onere probatorio relativo all'elemento soggettivo è particolarmente tenue per il preteso danneggiato, dovendo l'amministrazione dimostrare che l'illegittimità provvedimentale rimonta eziologicamente ad un "errore scusabile". Ed infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. c) In tale ottica, richiamando la giurisprudenza comunitaria, il Tribunale amministrativo sottolinea la necessità, ai fini dell'accertamento della colpa dell'amministrazione, di fare riferimento ad una nozione di tipo oggettivo che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento, della gravità della violazione commessa, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti giurisprudenziali, delle condizioni concrete e dell'eventuale apporto dei

privati nel procedimento. d) Ancora si evidenzia che la traslazione della rilevanza dell'elemento soggettivo dal profilo sostanziale a quello probatorio – processuale, consente di armonizzare il sistema interno di responsabilità dell'amministrazione a quello comunitario. e) Infine il Collegio riferisce in ordine alla possibilità per l'Amministrazione di invocare il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità del professionista di cui all'art. 2236 c.c. che, riconnettendo il grado di colpevolezza richiesto per la costituzione dell'obbligazione risarcitoria alla difficoltà dei problemi tecnici affrontati nell'esecuzione dell'opera, introduce un parametro di ascrizione del danno che tiene conto del grado di complessità delle questioni implicate dall'esecuzione della prestazione e che attenua la responsabilità del prestatore d'opera quando il livello di difficoltà risulti rilevante.

Rispetto ai suddetti orientamenti si segnala, in questa sede, la sentenza del **T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 6 marzo 2008, n. 556** che, in materia di appalti, rievoca la tesi della colpa *in re ipsa*. In particolare, nella citata pronuncia si legge come, in materia di risarcimento del danno da parte della P.A. nel caso della mancata aggiudicazione di un appalto, il quadro normativo scolpito dall'art. 2043 c.c. trovi sì applicazione, ma in maniera da alterarne i tratti essenziali, che denotano la sua soggettività, nel senso che l'accertata illegittimità dell'atto impugnato si risolve nella sua illiceità. Dunque, secondo il Collegio non si impone al giudice la ricerca dell'elemento soggettivo, quale operazione di spettanza giudiziale ulteriore rispetto a quella dello scrutinio di legittimità, poiché l'annullamento degli atti che hanno posto nel nulla l'aggiudicazione provvisoria dimostra di per sé l'esistenza del danno derivante dalla mancata aggiudicazione della gara con la conseguenza che l'illegittimità così accertata è fatto causale del danno ingiusto e, pertanto, fonte di obbligo di risarcimento, unica forma di tutela dell'interessato, atteso che la caducazione dei detti atti non può produrgli alcuna utilità. Nella fattispecie, la vicenda posta all'attenzione del Tribunale veneto era caratterizzata dalla presenza di due sole ditte ammesse alla valutazione comparativa delle offerte e dalla assenza di profili di discrezionalità che avrebbero consentito all'Amministrazione di approdare, nell'affidamento dell'appalto, a determinazioni diverse da quelle suffragate dagli atti di causa. Nella specie, il ricorrente, in sede di articolazione dei motivi di gravame, invocava la circostanza per cui l'Amministrazione avrebbe violato il bando di gara avendo indebitamente ammesso alla selezione la ditta, poi risultata aggiudicataria, nonostante la mancata produzione, da parte di quest'ultima, di copia del certificato di equivalenza richiesta dalla disciplina di gara, pena l'esclusione. Peraltro osserva il ricorrente che proprio per la medesima ragione era stata precedentemente esclusa la terza ditta partecipante. In conclusione, si è giudicato fondato il ricorso sottolineando: "Trattandosi della mancata adozione dell'invocato provvedimento finale di aggiudicazione, non può che verificarsi la ricorrenza dei presupposti applicativi richiesti dal modulo normativo di cui all'art. 2043 c.c., pur nella consapevolezza della particolarità della vicenda legata alla lesione *non iure* dell'in-

teresse legittimo, nella quale la pubblica Amministrazione non può essere assimilata ad un terzo qualsiasi, che nella responsabilità aquiliana assume le vesti di soggetto danneggiante (cd. Responsabilità del chiunque o del passante). In particolare, se è vero che è da escludere, secondo lo stesso insegnamento della Suprema Corte (sentenza n. 500/1999), che l'illegittimità si identifichi *qua talis* con l'illiceità, di talché si richiede pur sempre la ricerca del *quid pluris* rappresentato dalla colpa dell'amministrazione, a sua volta intesa come apparato e non come funzionario – persona fisica, nel quadro di una responsabilità appunto scolpita dalla norma in bianco dell'art. 2043 c.c. in termini necessariamente soggettivi, nel caso della mancata aggiudicazione di un appalto non si impone al giudice la ricerca dell'elemento soggettivo, quale operazione di spettanza giudiziale ulteriore rispetto a quello dello scrutinio di legittimità". Nello stesso senso sembra porsi **T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 251** nella parte in cui richiama la sentenza della Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, n. C. – 275/03, pronunciata nei confronti dello Stato portoghese, dando rilievo alla circostanza per cui la norma di diritto nazionale che subordina il risarcimento dei danni alla dimostrazione, da parte del danneggiato, del dolo o della colpa dell'Amministrazione sia incompatibile con il diritto europeo sui mezzi di tutela in materia di appalti pubblici. Il Collegio prosegue affermando che, anche se riferita alla specifica materia degli appalti, l'assunto espresso nella pronuncia sopra richiamata possa essere considerato quale espressione di un principio di carattere generale, riguardante qualsiasi ipotesi di azione risarcitoria nei confronti della Pubblica Amministrazione. Al di là di quanto testè riportato, si deve in ogni caso osservare, in questa sede, come il Tribunale non si esima dal fare riferimento alla giurisprudenza amministrativa italiana soprattutto in ordine alla necessità, ai fini dell'accertamento della responsabilità della Pubblica Amministrazione, di verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa. In particolare, per quanto riguarda il requisito della colpa, il Collegio riprende quanto disposto dal C.G.A. (22 marzo 2006, n. 92) sottolineando l'importanza di accedere ad una nozione di tipo oggettivo che tenga conto, fra l'altro, dei vizi che inficiano il provvedimento, della gravità della violazione commessa dall'Amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza e delle condizioni concrete.

Degna di nota anche la pronuncia del **T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 23 aprile 2007, n. 1178**, che, ricordando un precedente orientamento espresso dal medesimo Tribunale, riconosce la possibilità, nel caso di richiesta di risarcimento dei danni derivanti da ritardata assunzione alle dipendenze della P.A., di prescindere dalla prova in merito alla sussistenza dell'elemento soggettivo (colpa della p.a.), nelle ipotesi in cui il danno ingiusto sia derivato dalla mancata esecuzione, da parte della stessa P.A., di una sentenza del giudice amministrativo; in tal caso, infatti, la colpa si configura come oggettiva ed *in re ipsa*.

2. *L'onere probatorio*

Il cambio di rotta effettuato dalla giurisprudenza amministrativa ha comportato, naturalmente, importanti conseguenze anche in ordine all'onere probatorio incombente in capo al danneggiato, non più esonerato, come visto, dal dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo dell'apparato istituzionale.

Il meccanismo della presunzione della responsabilità della P.A., caratteristico dell'impostazione fondata sul concetto di colpa *in re ipsa*, non viene in ogni caso meno in sede di istruzione probatoria essendo limitato al ricorso alla sola presunzione relativa (*iuris tantum*) ai sensi degli articoli 2727 e 2729 cod. civ. In proposito si veda **T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 2 aprile 2009, n. 1124**: "In tema di configurabilità della responsabilità dell'Amministrazione derivante da provvedimento di diniego illegittimo, lesivo dell'interesse legittimo pretensivo con riguardo alla prova dell'elemento soggettivo si può ravvisare la colpa della P.A. tanto nell'illegittimità in cui è incorsa quanto in considerazione delle concrete circostanze del caso di specie, e ciò in virtù del principio in base al quale la sola esistenza di episodi di illegittimità attizia, pur non fornendo *ex se* elementi inconfutabili nel senso della sussistenza di una condotta colposa da parte dell'Amministrazione, nondimeno fornisce rilevanti elementi nel senso di una presunzione (relativa) di colpa dell'Amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o, comunque, ad una violazione ingiustificata delle *regulae agendi* ad esse imposte".

Toccherà alla P.A. dimostrare il rispetto dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione ovvero provare che la violazione accertata è derivata da vicende estranee al normale limite di esigibilità imposto dalle regole di natura cautelare per andare esente da responsabilità.

I criteri di ripartizione dell'onere della prova rimangono, infatti, quelli di cui all'articolo 2697 del cod. civ., gravando sul privato la dimostrazione, seppur in forma indiziaria, di tutti i fatti costitutivi dell'illecito extracontrattuale e sulla P.A. la prova contraria, ossia l'allegazione dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi dell'affermata responsabilità. In questo senso si richiama **T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 3 luglio 2008, n. 6820** che si è espresso affermando: "Quanto all'onere della prova, è principio pacifico che esso debba essere distribuito tra il danneggiato e l'amministrazione in maniera conforme all'art. 2697 c.c., gravando sul primo la prova della colpevolezza dell'apparato amministrativo e sulla seconda la prova circa la sussistenza dell'esimente dell'errore scusabile". In particolare, nel caso in esame, il Collegio aderisce al recente orientamento giurisprudenziale che non richiede al soggetto leso un particolare sforzo probatorio per suffragare la colpevolezza dell'Amministrazione, giacché in sede di giudizio può farsi ricorso a regole di comune esperienza ed alle presunzioni semplici di cui agli articoli 2727 e 2729 cod. civ., desunte dalle singole fattispecie. Ne consegue che il privato danneggiato possa invocare l'illegittimità del provvedimento lesivo quale indice presuntivo della colpa od anche allegare circostanze ulteriori (quali il carattere vincolato dell'azione amministrativa, i prece-

denti giurisprudenziali, l'univocità della normativa di riferimento, le condizioni concrete e l'apporto partecipativo dei privati al procedimento), idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà poi all'Amministrazione dimostrare che è incorsa in un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali di una norma, di una formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. Infine il Collegio afferma come, poiché molte delle questioni rilevanti ai fini della scusabilità dell'errore sono questioni di interpretazione ed applicazione di norme giuridiche, il profilo probatorio resta in gran parte assorbito dalla decisione della *quaestio iuris*, che il giudice amministrativo risolve autonomamente in attuazione del principio *iura novit curia*. In sintesi, è compito del giudice appurare, in relazione ad ogni singolo caso, l'emersione della presunzione semplice di colpa, che spetta poi all'Amministrazione vincere, fornendo in giudizio la prova che l'errore all'origine dell'illegittimità provvedimento sia effettivamente connotato da scusabilità. Ugualmente **T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 11 aprile 2009, n. 719**: "Per quanto concerne l'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano, non è richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della Pubblica amministrazione, potendo questi limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa, fermo restando che l'Amministrazione può invocare la scusabilità dell'errore commesso o il giudice, nell'esercizio del potere dispositivo della prova, può giungere a tale conclusione d'ufficio". Negli stessi termini si è espresso **T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 1135** che richiama, condividendolo, l'orientamento giurisprudenziale illustrato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1068 del 2006 di cui riporta i principali passaggi argomentativi. In particolare, il Collegio sostiene che il privato danneggiato, ai fini di ottenere il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, ancorché onerato della dimostrazione della colpa dell'Amministrazione, risulti agevolato dalla possibilità di offrire al giudice elementi indiziari quali la gravità della violazione, valorizzata quale presunzione semplice di colpa e non come criterio di valutazione assoluto, il carattere vincolato dell'azione amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il proprio apporto partecipativo nel procedimento. Il Tribunale prosegue sottolineando che, una volta acquisiti gli indici rilevatori della colpa, spetta poi all'Amministrazione allegare gli elementi, anch'essi indiziari, ascrivibili allo schema dell'errore scusabile e, in definitiva, al giudice apprezzarne e valutarne liberamente l'idoneità ad attestare o ad escludere la colpevolezza dell'Amministrazione. Tale attuazione dell'onere probatorio non esclude tuttavia la necessità che le pretese risarcitorie presuppongano l'indicazione degli elementi che possano indurre il giudice a valutare i termini di responsabilità della condotta della Pubblica Amministrazione. In linea si pone **T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 17 luglio 2007, n. 1397** stabilendo: "In sede di responsabilità risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo, relativamente ai

profili probatori, pur non essendo ammissibile una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo è possibile fare ricorso a regole di comune esperienza ed alla presunzione semplice di cui all'art. 2727, c.c., desunta dalla singola fattispecie: in questa ottica, il privato danneggiato può invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa, o allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile, e spetterà all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, dovendosi peraltro considerare che le presunzioni semplici di colpevolezza saranno più facilmente configurabili in assenza di discrezionalità o in presenza di margini ridotti di essa, mentre in presenza di ampi poteri discrezionali, ed in assenza di specifici elementi presuntivi, sarà necessario uno sforzo probatorio ulteriore, gravante sul danneggiato, che potrà, ad esempio, allegare la mancata valutazione degli apporti resi nella fase partecipativa del procedimento o che avrebbe potuto rendere se la sua partecipazione non è stata consentita". Si veda infine **T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 30 aprile 2008, n. 3054** che ha statuito: "Il risarcimento del danno non può considerarsi una conseguenza automatica e costante dell'annullamento di un atto in sede giurisdizionale, ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti. Pertanto, oltre alla lesione della situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento, è indispensabile accertare l'esistenza di un nesso causale tra il danno patrimoniale subito e l'illecito, nonché l'elemento soggettivo consistente nel dolo o nella colpa dell'Amministrazione. Né a tal fine può supplire la richiesta di CTU, trattandosi di strumento di valutazione che non esonera la parte dalla dimostrazione del pregiudizio subito". In particolare, il giudice ha respinto la domanda di risarcimento del danno, genericamente proposta, non avendo i ricorrenti dedotto o allegato elementi concreti dai quali desumere l'esistenza del lamentato pregiudizio e la sua quantificazione per effetto dell'attività illegittima dell'Amministrazione.

3. *La nozione di errore scusabile con valenza esimente della responsabilità della P.A.*

Come già evidenziato, l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa in ordine alla configurabilità dell'elemento soggettivo della colpa in capo alla P.A. fa perno sul concetto di errore scusabile quale esimente nelle ipotesi in cui l'apparato amministrativo incorra nella violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione. In questo senso si veda **T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 5 febbraio 2009, n. 181** che ha statuito: "In sede di domanda subordinata al risarcimento del danno per equivalente, conseguente all'annullamento giurisdizionale di un'aggiudicazione, a fronte dell'indice presuntivo della colpa costituito dalla palese illegittimità del provvedimento, l'amministrazione, per escludere il predetto elemento soggettivo, deve dimostrare che si è trattato di un errore scusabile". Nel caso di specie il Collegio ha

escluso il ricorrere di un errore scusabile in considerazione della chiarezza ed univocità della clausola del bando che imponeva di aggiudicare la gara a colui che avrebbe offerto il massimo ribasso percentuale rispetto all'importo complessivo dei lavori a base di gara "al netto degli oneri per la sicurezza".

In particolare, i giudici amministrativi contemplanò un errore scusabile nelle ipotesi di equivocità – contraddittorietà della normativa di riferimento, di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di novità della questione sottoposta alla scrutinio giurisdizionale, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità. Così **T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 9 ottobre 2008, n. 3389**: "Spetterà allora all'amministrazione provare la sussistenza di un errore scusabile che è prefigurabile, esemplificativamente, nelle ipotesi di formulazione incerta della normativa applicata e da poco entrata in vigore, di estrema complessità dei fatti su cui cade l'applicazione della norma, di influenza decisiva e determinante di fatti o comportamenti di altri soggetti ed in altre ipotesi di analoga e significativa rilevanza". Nel caso preso in esame, il giudice ha riconosciuto la responsabilità della P.A. anche sotto il profilo soggettivo, tenuto conto dell'assenza di ragioni ostative alla piena applicazione della normativa disciplinatrice della gara e del fatto che la società ricorrente nel corso del procedimento di gara avesse già esposto rilievi e chiesto il riesame della fattispecie.

Ai fini della valutazione della complessità di un testo normativo, la giurisprudenza amministrativa ha introdotto il criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Al riguardo si è pronunciato **T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 5 settembre 2007, n. 1260** che ha disposto: "Allorquando sia rilevante il giudizio sull'esistenza della colpa dell'apparato amministrativo in relazione all'interpretazione ed all'applicazione di norme giuridiche (quali quelle che definiscono i requisiti di moralità e di professionalità dei partecipanti alle pubbliche gare per l'affidamento di servizi e quelle che reggono la depenalizzazione ed i suoi effetti), ai fini della scusabilità o evitabilità dell'errore, deve farsi riferimento al giurista di medio livello che applica professionalmente norme amministrative; sicché la mera possibilità di un'erronea interpretazione normativa deve essere considerata incolpevole – in tal caso gravandosi definitivamente del danno verificatosi il terzo che lo ha incolpevolmente subito – solo nell'ipotesi in cui il testo normativo sia insuscettibile di ogni comprensibilità, se cioè nessun elemento consenta all'amministrazione di sciogliere il dilemma esegetico in modo corretto, prima e senza l'intervento del giudice".

Configura, inoltre, un'ipotesi di errore scusabile il caso di illegittimità dell'atto derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. In proposito **T.A.R. Abruzzo, Pescara, 3 marzo 2007, n. 216** che ha escluso la configurabilità dell'elemento soggettivo della colpa in capo all'Amministrazione valutando la correttezza nell'applicazione della normativa all'epoca vigente da parte della stessa e ricollegando l'illegittimità della graduatoria impugnata esclusivamente alla successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma in concreto applicata.

Hanno collaborato a questo numero:

Alfredo Contieri

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università "Federico II" di Napoli

Inés D'Argenio

Docente de postgrado en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad Nacional de Buenos Aires

Santi Delia

Avvocato in Messina

Savatore Dettori

Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Teramo

Salvatore Di Gregorio

Vice Segretario generale Assemblea Regionale Siciliana

Marco Evola

Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Diritto pubblico dell'Università degli Studi di Palermo

Sara Forasassi

Dottore di ricerca in Diritto pubblico

Paolo Garraffa

Dottorando di ricerca in Integrazione europea, Diritto sportivo e Globalizzazione giuridica presso l'Università degli Studi di Palermo

Agata Anna Genna

Dottoranda di ricerca in Diritto comunitario e diritto interno: fonti, organizzazione e attività nell'Università degli Studi di Palermo

Maria Immordino

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Palermo

Roberta Lombardi

Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università del Piemonte orientale "A. Avogadro"

Anna Sveva Mancuso

Ricercatore di Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università degli Studi di Palermo

Fabio Merusi

Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Pisa

Giancarlo Minaldi

Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Studi su Politica, Diritto e Società "Gaetano Mosca" dell'Università degli Studi di Palermo

Simone Pajno

Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Sassari

Salvatore Raimondi

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Palermo

Paola Savona

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo

Aldo Schiavello

Professore associato di Filosofia del Diritto nell'Università degli Studi di Palermo

Ivana Vassallo

Dottoranda di ricerca in Diritto comunitario e diritto interno: fonti, organizzazione e attività nell'Università degli Studi di Palermo

Stefano Villamena

Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Macerata

Finito di stampare nel mese di febbraio 2010
presso Arti Grafiche Solimene s.r.l. - Casoria (Na)
per conto di Editoriale Scientifica s.r.l.

