

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIX – Nuova serie
N.3/2020 (settembre-dicembre)

INDICE

DOTTRINA

- ANTONELLA SCIORTINO
Il ruolo della BCE nel complesso equilibrio tra tecnica e politica 699
- SILVIA TUCCILLO
Potere di riesame, amministrazione semplificata e “paura di amministrare” 725
- STEFANO VILLAMENA
La revoca del presidente del consiglio comunale: contributo alla individuazione della fattispecie 751
- JACOPO VAVALLI
Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali 777
- SALVATORE RAIMONDI
Considerazioni sulla disciplina delle specializzazioni forensi alla luce del D.M. 1 ottobre 2020, n. 163 807

NICOLA GULLO	<i>Notazioni sul regionalismo differenziato tra aspirazioni autonomistiche e solidarietà economico-sociale</i>	817
VALENTINA PRUDENTE	<i>L'utile attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost. alla luce del principio di sussidiarietà</i>	837
PATRIZIA ACCORDINO	<i>Le "asimmetrie fiscali" tra Regioni italiane: stato dell'arte, criticità e prospettive</i>	853
LUCA DELL'ATTI	<i>Effetti dell'autonomia differenziata sulla combinazione funzionale dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Verso una riforma del regionalismo a Costituzione invariata?</i>	867
ANDREA NAPOLITANO	<i>Il ruolo (imprescindibile) delle Camere per una corretta ed equa attuazione del regionalismo differenziato</i>	881
CLAUDIA BIANCA CEFFA	<i>"Non basta dire intesa". Ragionando sul principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni nella prospettiva del regionalismo differenziato</i>	895
GIUSEPPE CARLO RICCIARDI	<i>Note sulla dimensione amministrativa del regionalismo differenziato</i>	907
MATTEO PRESSI	<i>Autonomia regionale differenziata: un'occasione per ripensare l'area vasta</i>	919
GAETANO ARMAO	<i>Note minime sulla disciplina della Regione siciliana sul procedimento amministrativo</i>	931

Dottrina

Il ruolo della BCE nel complesso equilibrio tra tecnica e politica

di Antonella Sciortino

SOMMARIO: 1. Premessa: delimitazione del campo di indagine – 2. *Excursus* storico sulla nascita della BCE: natura e funzioni – 3. Autonomia e indipendenza della BCE rispetto agli organi di direzione politica secondo il modello tracciato dai Trattati – 4. Operazioni non convenzionali della BCE alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea – 5. La BCE come custode della Costituzione economica europea – 6. Qualche cenno alle prime misure adottate dalla BCE di fronte all'emergenza pandemica da Covid 19 – 7. *Enlarge-ment of functions* della BCE: implicazioni costituzionali. – *Segue* 7.1. Controllo e responsabilità della BCE.

1. Premessa: delimitazione del campo di indagine

Tra le istituzioni europee la Banca centrale europea (d'ora innanzi BCE) ha acquisito un ruolo di centrale importanza anche e soprattutto a seguito delle azioni intraprese per affrontare le crisi economico-finanziarie degli ultimi anni (ed oggi la pandemia da Covid-19). Come è noto, essa nasce come una istituzione indipendente dell'ordinamento europeo che insieme al SEBC (Sistema europeo di banche centrali) ha competenza esclusiva in materia di Unione Monetaria. Nel suo patrimonio genetico l'indipendenza (art. 282.3 TFUE) risulta consustanziale ai compiti per i quali è nata che, secondo il modellino rimessoci dai Trattati UE, trova il suo obiettivo fondamentale nella garanzia della stabilità dei prezzi¹. A seguito di vari accadimenti (tra cui la crisi del 2008) si è trovata a porre in essere delle azioni (per il momento si preferisce utilizzare volutamente questo termine assai generico) difficilmente ascrivibili solo alla dimensione tecnica del suo operato. Da qui l'esigenza di indagare sul «se» e, in subordine, entro quali limiti, la BCE sarebbe legittimata a porre in essere misure non convenzionali, come peraltro è già accaduto, e su cui la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi con alcune note sentenze. Il tema si inquadra nella più generale *vexata quaestio* del rapporto tra tecnica e politica, delle difficoltà di perimetrare con precisione geometrica i due ambiti in special modo in contesti come quelli odierni in cui la tecnologia, la scienza e il sapere specialistico assurgono a paradigmi spesso

¹ Sulla natura di quest'organo v. tra gli altri A. MANGIA, *Il Trattato MES, la costituzione economica europea, le Costituzioni nazionali*, in A. MANGIA (a cura di), *Mes: L'Europa e il Trattato impossibile*, Brescia, 2020, 18; F. MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Dir. UE*, 1997, 89 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Il volto ambiguo della Banca centrale europea*, in A. MORRONE (a cura di), *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015, 215 ss.

imprescindibili nelle decisioni politiche. Di contro anche organi squisitamente tecnici possono trovarsi nelle condizioni di dover operare delle scelte per far fronte a contingenze emergenziali implicanti valutazioni di natura politica che sembrano superare i confini del mandato istituzionale ricevuto.

Scopo del presente lavoro non è solo quello di affrontare il tema della compatibilità delle misure non convenzionali introdotte e/o solo annunciate dalla BCE con la disciplina disegnata dai Trattati e su cui la Corte di giustizia, come è noto, si è pronunciata in varie occasioni, ma anche quello di comprendere quali possano essere i contrappesi in termini di controllo e di *accountability* a fronte di scelte non meramente tecniche pur mantenendo fermo il principio dell'indipendenza dell'organo in questione.

Inoltre, sulla scorta degli esiti a cui si perverrà, si intende comprendere se il rapporto tra tecnica e politica, già complesso a livello nazionale, possa essere declinato nel medesimo modo o se viceversa, debba essere impostato secondo paradigmi diversi se non opposti attese le peculiarità dell'ordinamento sovranazionale. Le ragioni che inducono ad ipotizzare questa seconda opzione sono almeno due: una legata all'incompiutezza del progetto politico europeo, l'altra relativa alla problematica separazione competenziale tra politica monetaria (attribuita in via esclusiva all'UE) e quella economica (rimasta agli Stati nazionali) i cui processi inevitabilmente interagiscono. L'esperienza europea di banca centrale in questi ultimi anni ci ha consegnato un esempio di organo indipendente di natura tecnica che si è trovato a dover sopperire ad un'esigenza "di supplenza della politica"².

2. *Nascita della BCE: Natura e funzioni*

Come è noto, la BCE non rientra nel novero delle istituzioni europee che originariamente hanno composto il quadro degli organi delle Comunità europee. La sua istituzione risale al 1998 dopo che con il Trattato di Maastricht del 1992 venne introdotta l'Unione Monetaria (d'ora innanzi UM) di cui fanno parte attualmente 19 dei 27 Stati membri dell'UE dopo l'uscita del Regno Unito. Con la creazione di una moneta unica – l'euro – si rese necessario prevedere una Autorità monetaria comune che gestisse la valuta, controllasse la quantità di moneta in circolazione e garantisse la stabilità dei prezzi.

Qualche passo indietro appare necessario per comprendere appieno le ragioni delle scelte compiute in relazione alla configurazione e alle funzioni dell'organo in questione. L'idea di creare una moneta unica³ e di conseguenza

² L'espressione è utilizzata da S. CAFARO, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?*, Napoli, 2017, 57.

³ In realtà la creazione di una moneta unica fu il risultato di un processo lungo iniziato dopo

un'Unione Monetaria da realizzarsi in 10 anni risale al Rapporto scritto dal ministro lussemburghese Pierre Verner nel 1970, progetto che fu messo poi da canto a seguito di fatti internazionali destinati a pesare grandemente sulle economie di vari Paesi. Ci si riferisce alla decisione degli USA di svalutare il dollaro e alla conseguente crisi petrolifera. Al suo posto alcuni Paesi europei vararono un meccanismo chiamato "serpente monetario"(1972) che fissava dei limiti sia alle fluttuazioni dei cambi tra le monete europee partecipanti sia alle loro oscillazioni rispetto al dollaro. Nato per garantire la stabilità monetaria, tale meccanismo è stato la diretta conseguenza della fine della convertibilità del dollaro in oro decisa dall'allora Presidente degli USA R. Nixon e poneva fine agli accordi di Bretton Woods⁴. Nel *range* temporale in cui funzionò (circa 7 anni), il "serpente monetario" registrò una serie di adeguamenti dei cambi, ma non sortì gli effetti desiderati quanto al contenimento delle fluttuazioni. Tuttavia l'esperimento non poteva dirsi totalmente fallito in quanto costituiva il primo passo verso l'UM che riprese il cammino nel 1979 con la creazione del Sistema monetario europeo (SME) e l'introduzione dell'ECU, una moneta solo virtuale, non più che una semplice unità di calcolo. Nell'ambito dello SME gli Stati membri avevano concordato una banda di oscillazione delle valute del 2,25% attorno alle parità centrali: questo accordo costituì la base del meccanismo di cambio. I Paesi aderenti incontrarono non poche difficoltà nell'applicazione del meccanismo come testimoniato dai non pochi riallineamenti valutari⁵.

Nel 1986 gli Stati membri firmarono l'Atto Unico europeo (AUE) che apportò cambiamenti assai significativi ai Trattati di Roma. Obiettivo era la creazione di un vero Mercato unico entro il 1993 basato sulla libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone senza barriere di natura non tariffaria. Nel 1988 il Presidente della Commissione europea J. Delors fu chiamato a presiedere un comitato di studi le cui conclusioni contenute nel relativo Rapporto Delors avrebbero costituito le basi del Trattato di Maastricht. Questo rapporto proponeva di articolare l'UM in tre fasi: nella prima era previsto il rafforzamento della cooperazione tra le banche centrali che fu avviato il 1° luglio 1990 con la completa liberalizzazione dei movimenti dei capitali nella Comunità europea. Il

la seconda guerra mondiale la cui concretizzazione a tappe fu favorita da alcuni accadimenti politici che diedero le spinte decisive alla creazione di una moneta unica. Per una ricostruzione storica elaborata da un "Osservatore privilegiato" delle «vie dell'euro» v. T. PADOA SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca centrale. L'Unione dopo l'Unione*, Bologna, 2004, 21 e ss. Più in generale G. GUARINO, *Verso l'Unione economica e monetaria. Di alcune rilevanti modificazioni degli assetti istituzionali interni*, in *Riv. sc. pol.*, 1993, 44.

⁴ Come è noto, questi Accordi, così chiamati dalla cittadina del New Hampshire dove nel 1944 si riunì la conferenza internazionale per discutere modalità e forma del sistema monetario e finanziario dopo la seconda guerra mondiale, introdussero il sistema di cambi fissi basato sul dollaro oltre che creare il FMI e la Banca mondiale.

⁵ Dal 1979 al 1987 vi furono 37 riallineamenti valutari.

Trattato sull'Unione europea firmato il 7 febbraio del 1992 a Maastricht tracciò il quadro generale e il percorso per la realizzazione e il funzionamento dell'Unione economica e monetaria. Il Trattato stabiliva l'avvio della seconda fase nel 1994 che si incentrava sulla convergenza delle economie dei Paesi partecipanti verso prezzi e cambi stabili, finanze pubbliche equilibrate e sulle procedure necessarie alla sua realizzazione. In esso venivano fissati i criteri di convergenza che gli Stati avrebbero dovuto soddisfare per adottare la moneta unica. Durante questa seconda fase fu creato l'Istituto monetario europeo (IME) che iniziò ad operare a Francoforte nel 1994 e che svolse il lavoro preparatorio affinché la BCE potesse assumere la responsabilità della politica monetaria.

Nel 1998 i Capi di Stato e di governo e i ministri economici degli Stati membri si riunirono a Bruxelles per decidere quali Paesi avessero raggiunto un sufficiente grado di convergenza e potessero partecipare all'UM. In questa occasione furono designati anche il 1° presidente della BCE (Win Duisenberg) e gli altri membri del I Comitato esecutivo. La BCE venne creata il 1° giugno 1998 sostituendo l'IME e mantenendo la sua sede a Francoforte ed insieme alle Banche centrali nazionali (BCN) degli Stati membri dell'UE costituì il sistema di banche centrali europee. Il 31 dicembre 1998 nacque l'euro e i tassi di conversione delle valute dei Paesi partecipanti furono fissati in modo irrevocabile.

Infine la terza fase ebbe inizio il 1° gennaio 1999 con l'introduzione della moneta unica e il trasferimento delle politiche monetarie passò dalle Banche centrali nazionali al Consiglio direttivo della BCE. Tre anni dopo, nel 2002 le prime banconote dell'euro entrarono in circolazione nei Paesi dell'eurozona.

Da quel momento l'UM è in capo all'UE che ha attribuito i relativi poteri all'Eurosistema composto dalla BCE e dalle Banche centrali degli Stati dell'eurozona che i Trattati chiamano Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC) a cui partecipano anche le Banche centrali nazionali (BCN) che non hanno aderito all'euro⁶. La BCE attraverso i suoi organi (Consiglio direttivo e Comitato esecutivo) fissa i tassi di interesse e adotta le riserve obbligatorie.

Ai sensi dell'art. 130 TFUE la BCE opera in piena indipendenza rispetto agli interessi nazionali degli Stati membri: ciò vuol dire che non può accettare istruzioni o sollecitazioni da organi nazionali né da istituzioni europee o da qualsiasi altro organismo. L'indipendenza è funzionale al perseguimento dell'interesse generale dell'Unione monetaria che consiste in primo luogo nell'assicurare la stabilità dei prezzi escludendo quindi altri obiettivi quali sostenere l'occupazione o favorire il superamento delle asimmetrie economiche fra gli Stati membri. D'altra parte se così non fosse dovrebbe di volta in volta ponderare tra obiettivi e interessi diversi e quindi compiere delle scelte politiche: lo si è voluto escludere trattandosi di un organo privo di legittimazione democratica. Il modello disegna-

⁶ A. PREDIERI, *Non di solo euro. Appunti sul trasferimento di poteri al Sistema europeo delle banche centrali e alla Banca centrale europea*, in *Dir. UE*, 1998, 7.

to dal Trattato di Maastricht prevedeva, infatti, due diversi centri di imputazione della politica monetaria e di quella economica e di bilancio, attribuendo la prima alla BCE con un mandato preciso e circoscritto e la seconda agli Stati membri. La *ratio* di questa distinzione risiede nella considerazione che la stabilità dei prezzi debba essere garantita da un organo tecnico posto in posizione di assoluta indipendenza rispetto agli organi di rappresentanza politica, mentre la politica economica, che implica una ponderazione tra diversi interessi con effetti redistributivi, va attribuita a organi nazionali con legittimazione democratica.

Alla base del progetto della moneta unica vi era la teoria delle aree monetarie ottimali sviluppata da Robert Mundell⁷ negli anni sessanta. Volendo semplificare in modo fin troppo spartano, questi ha indicato le condizioni in presenza delle quali una certa area avrebbe tratto vantaggi dall'adozione di una moneta unica. Tra queste la mobilità dei fattori di produzione più importanti (capitale e forza lavoro), mercati finanziari integrati, flessibilità dei prezzi e dei salari solo per citarne alcune. Queste condizioni, che sono in parte quelle che stavano e stanno alla base del progetto economico europeo, dovrebbero essere in grado di favorire l'unificazione monetaria assorbendo gli eventuali *shock* asimmetrici in ragione proprio della flessibilità e mobilità dei fattori di produzione propri delle aree valutarie ottimali. Tuttavia il mercato unico europeo, secondo opinione diffusa, non rientrerebbe per definizione tra queste aree che hanno insita una capacità di aggiustamento e/o automatismi di natura fiscale o finanziaria idonei a fronteggiare le crisi attraverso anche correttivi automatici.

3. *Autonomia e indipendenza della BCE rispetto agli organi di direzione politica secondo il modello tracciato dai Trattati*

La BCE nasce quindi all'insegna dell'indipendenza e autonomia: non può accettare istruzioni né da parte degli Stati membri né da parte delle istituzioni europee mutuando questi caratteri da quelli delle banche centrali nazionali⁸. Si tratta di una indipendenza assimilabile a queste ultime pur con i dovuti distinguo derivanti dal fatto che l'operato della BCE ha come raggio di azione gli Stati dell'Eurozona (e non un singolo Stato come nel primo caso).

Storicamente il principio dell'indipendenza delle banche centrali nasce in quella forma di governo (monarchia costituzionale) in cui il Parlamento cerca di limitare il potere regio anche quanto al governo della moneta. Al fine quindi

⁷ R. MUNDELL, *A Theory of Optimum Currency Areas*, in *American Economic Review*, vol. 51, n. 4, 1961.

⁸ Non sempre le banche centrali nazionali sono state indipendenti v. T. PADOA SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca centrale*, Bologna, 2004, 60 e ss.

di sottrarre la moneta a qualsivoglia sovranità politica il Parlamento istituisce la banca centrale quale organo indipendente dal potere di direzione politica. L'indipendenza delle banche centrali affonda quindi le sue radici nell'esigenza di arginare i poteri del governo. Tuttavia nel corso della storia non sempre tale indipendenza dal potere esecutivo fu mantenuta in quanto in taluni frangenti (prima guerra mondiale) si rese necessaria l'ingerenza del potere esecutivo nella politica monetaria (Francia, Inghilterra, USA) per poi tornare a svolgere nelle democrazie liberali il ruolo di "magistrature indipendenti volte alla tutela dei diritti proprietari dei cittadini"⁹ attraverso la garanzia della stabilità monetaria. In tal modo l'indipendenza delle banche centrali veniva ad incidere sul disegno costituzionale della separazione dei poteri nella misura in cui condizionava e limitava l'agire degli organi di direzione politica nel governo della moneta¹⁰.

Nell'economia di questo lavoro si ritiene necessario iniziare con l'affrontare due profili che paiono particolarmente conferenti per comprendere la reale consistenza e le relative implicazioni in tema di indipendenza della BCE: con il primo si intende verificare se il principio dell'indipendenza delle banche centrali nazionali sia trasponibile negli stessi termini sulla BCE atteso che quest'ultima ha riassunto molte delle competenze prima appartenute alle banche centrali nazionali dopo l'introduzione dell'Unione economica e monetaria nel 1992 ad opera del Trattato di Maastricht. Il secondo riguarda l'interpretazione delle costituzioni democratiche vigenti: ci si domanda se sia compatibile, con i capisaldi del costituzionalismo democratico contemporaneo e con l'idea di democrazia a questo sottesa, il condizionamento che il principio di indipendenza delle banche centrali (un tempo) e ora della BCE implica per il processo decisionale politico. E, quindi, in altre parole, entro quale ambito competenziale bisogna confinare l'attività della BCE perché il suo operato possa dirsi compatibile con il principio democratico. Ciò rileva non solo sul piano interno ma soprattutto su quello sovranazionale europeo come peraltro risulta dalla nota vicenda che ha dato luogo alla decisione¹¹ del 5 maggio scorso da parte del tribunale costituzionale tedesco sull'operato delle BCE durante l'attuale emergenza pandemica (su cui v. *infra*).

La politica monetaria necessita di competenze altamente tecniche che in generale la politica non è in grado di esprimere anche perché quest'ultima è incline per sua natura a preferire scelte i cui effetti si dispieghino in orizzonti

⁹ Così, O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 292.

¹⁰ R. BIN, *L'indipendenza delle banche centrali come principio costituzionale*, Relazione all'ICON-Italian Chapter Inaugural Conference "Unità e frammentazione dentro e oltre lo Stato", Roma, 23-24 novembre 2018 in http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Icon_testo.pdf

¹¹ V. il testo integrale in lingua inglese nel sito del *Bundesverfassungsgericht*, Judgment of 05 May 2020 – 2 BvR 859/15.

temporali a breve termine per via della tensione verso la conquista e/o il mantenimento del consenso elettorale. In questa prospettiva un'Autorità indipendente e dotata di specifiche competenze tecniche non avrebbe difficoltà ad assumere decisioni di politica economica impopolari ma necessarie. Infatti, l'obiettivo fondamentale (in taluni casi anche esclusivo) posto a carico delle banche centrali è quello della stabilità dei prezzi e di conseguenza di lotta all'inflazione i cui benefici sono apprezzabili nel lungo periodo, ma nel breve periodo potrebbero implicare sacrifici eccessivi in termini di popolarità. Accanto a questi argomenti in genere si adduce anche quello relativo all'*expertise*, vale a dire alla competenza tecnica che solo un'Autorità *ad hoc* preposta e formata da soggetti scelti in base alle loro proprie competenze può garantire.

Ma una cosa è apprestare gli strumenti (tecnici) per il raggiungimento di certi obiettivi altra cosa è individuare e operare una scelta tra quelli meritevoli di essere raggiunti. Ma qui ritorniamo al punto iniziale del nostro discorso: assumendo come obiettivo incontestabile di qualsivoglia politica monetaria la stabilità dei prezzi e la lotta all'inflazione, la dottrina dell'indipendenza delle banche centrali si fonda anche sulla considerazione che la politica potrebbe disconoscere acquisizioni scientifiche dell'economia politica come questa o subordinarle ad obiettivi più meritevoli di tutela come accade in quei sistemi in cui la politica monetaria è di competenza degli organi di direzione politica (*fiat standard*) così come la politica fiscale.

In Italia, come è noto, i rapporti tra politica monetaria e politica fiscale ha attraversato tre fasi¹² e solo nel 1981 con il c.d. divorzio tra il Ministero del tesoro e la Banca d'Italia (d'ora innanzi B.I.) quest'ultima si avvia verso la completa autonomia dal potere politico. Quel momento segna una frattura rispetto al passato in cui la politica monetaria aveva subito gli effetti delle contingenze politiche dei disavanzi statali: è notissimo come prima del "divorzio" la Banca d'Italia si impegnava ad acquistare i titoli di Stato non venduti finanziando quindi i disavanzi del Tesoro con emissione di base monetaria¹³. A ciò si aggiunga che il Ministero del Tesoro poteva finanziarsi con un'apertura di credito di conto corrente presso la Banca d'Italia per il 14% delle spese iscritte in bilancio e deteneva il potere di modificare il tasso di sconto, determinando la sudditanza della B.I. al volere del Ministero del Tesoro.

L'inversione di tendenza tra il governo della moneta e la politica economica

¹² Come è noto la prima coincide con il sistema *fiat standard* e quindi il primato della politica fiscale su quella monetaria: la B.I. era condizionata dagli organi di direzione politica;

- la seconda coincide con il c.d. divorzio tra B.I. e il Ministero del Tesoro;

- la terza coincide con l'ingresso dell'Italia nell'Unione monetaria e dello svuotamento di poteri della B.I. a favore della BCE.

¹³ M. DRAGHI, *Una scelta coraggiosa che guardava avanti*, in C.A. CIAMPI (a cura di), *L'autonomia delle politica monetaria. Il divorzio Tesoro. Banca d'Italia trent'anni dopo*, Bologna, 2011, 35.

(ascrisse a due diversi soggetti) che si tradusse nella indipendenza funzionale della Banca d'Italia, creò le premesse per la partecipazione dell'Italia all'Unione economica e monetaria e quindi alla ratifica del Trattato di Maastricht del 1992. L'adesione al nuovo Trattato implicava una serie di vincoli che via via sono divenuti sempre più stringenti tra cui due operazioni a cui la B.I. era prima adusa. Ci si riferisce al divieto di consentire scoperti di conto corrente e a quello di acquistare direttamente titoli di emissione dagli Stati membri, dalla Comunità o da qualsivoglia ente pubblico a carico sia delle banche centrali nazionali che dalla BCE (art. 123 TFUE). La politica monetaria dell'Eurozona viene attribuita ai sensi dell'art. 127 TFUE al SEBC (Sistema europeo di banche centrali), formato dalle singole banche centrali e dalla BCE). In tal modo la gestione della politica monetaria ha assunto una nuova veste anche sotto il profilo del finanziamento del debito pubblico che non può essere sostenuto né con l'emissione di nuova moneta né con l'acquisto dei titoli pubblici da parte delle banche centrali dei Paesi membri. Fino a circa il 2007, pur nell'austerità imposta dal rispetto degli stringenti vincoli europei, l'UEM, così come prevista da Maastricht, ha garantito un periodo di stabilità. Con la crisi del 2008 cambia tutto e la BCE per fronteggiarla ha messo a punto una serie di misure eccezionali alcune delle quali, come è notissimo, sono state impugnate dal Tribunale costituzionale tedesco.

Quanto al secondo profilo la Costituzione italiana non contiene *expressis verbis* il principio dell'indipendenza della banca centrale a differenza della Costituzione tedesca, ma essendo un principio fondante del diritto sovranazionale primario, attraverso gli artt. 11 e 117, co. 1 Cost. può ritenersi ascrivibile, insieme al pareggio di bilancio e alla concorrenza, al "nuovo diritto costituzionale"¹⁴.

Il principio della *Central Bank Independence* (CBI) si basa sulla separazione tra politica monetaria e politica fiscale: la prima consiste nel potere di battere moneta, controllare l'entità della base monetaria attraverso vari strumenti (fissazione dei tassi di interesse, delle riserve obbligatorie e potere di vigilanza bancaria); la seconda implica il potere di definire la misura e le fonti delle entrate tributarie destinate al settore pubblico e il potere di stabilire i modi, le forme e i tempi degli impieghi delle stesse entrate tributarie. La separazione tra le due politiche comporta la relativa attribuzione a due organi distinti: la politica fiscale al circuito di indirizzo politico Parlamento-Governo e la seconda ad un'Autorità monetaria indipendente dal potere politico in modo da evitare che le scelte di politica monetaria siano frutto di contingenze politiche.

In altre parole «è compito del governo governare ed è compito delle autorità monetarie [...] porre il governo della moneta a servizio degli interessi politici generali»¹⁵.

¹⁴ Sul punto v. O. CHESA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene, 2016, p. 266.

¹⁵ Così G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006, 108.

L'indipendenza della BCE è garantita non soltanto nel rapporto con il potere esecutivo, ma anche con quello legislativo (sia nazionale che europeo) e la sua attività è soggetta a *rules* prestabilite in relazione all'obiettivo primario della stabilità dei prezzi. Viene considerata la più indipendente tra le banche centrali più indipendenti anche in ragione del suo mandato ben circoscritto.

In linea generale il problema della compatibilità tra indipendenza delle banche centrali e principio democratico è impostato distinguendo tra indipendenza nella determinazione dei fini e indipendenza nella scelta dei mezzi. La determinazione dei fini della politica monetaria non è un'attività squisitamente tecnica in quanto incide direttamente sulle grandezze macroeconomiche con effetti redistributivi che possono avvantaggiare alcuni e danneggiare altri. La BCE se seguiamo questo ragionamento supera *il test* della compatibilità con il principio democratico: qui addirittura il raggiungimento della primaria finalità della stabilità monetaria in regime di indipendenza sia dall'esecutivo che dal legislativo (nazionale ed europeo) è stabilita da una fonte normativa super primaria (Trattati). Ciò significa che il governo della moneta è contenuto in una fonte la cui modifica implica il complesso procedimento di revisione dei Trattati. Infatti l'art. 127 TFUE non solo circoscrive all'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi il mandato della BCE (o più precisamente del SEBC), ma viene escluso che, nell'assolvimento dei relativi compiti, possano accettarsi istruzioni da qualsivoglia organo o ente nazionale o comunitario. Il sistema eurounitario della BCE realizza in modo pieno la totale estromissione degli organi di direzione politica (sia nazionali che sovranazionali) dalla politica monetaria di cui è esclusiva titolare. Questo però se ci si ferma al dato formale. Si vedrà, infatti, che la BCE per far fronte a situazioni complesse non si è limitata all'applicazione delle *rules* ascrivibili alla neutralità tecnica, ma ha compiuto delle scelte assimilabili alla *discretion* (politica).

L'indipendenza della BCE è assistita anche da risorse proprie provenienti sia da capitale sottoscritto dalle BCN sia dai proventi del c.d. signoraggio bancario (il reddito garantito dall'emissione delle monete che, prima dell'euro, spettava a ciascuna banca centrale). Dopo l'introduzione della moneta unica solo una quota parte viene trattenuta dalle BCN e il resto va alla BCE. L'indipendenza della BCE sia dall'esecutivo che dal legislativo europeo affonda le sue radici proprio nella perimetrazione del suo mandato circoscritto al mantenimento della stabilità dei prezzi. La totale autonomia sul piano della responsabilità rende perseguibile la lotta all'inflazione senza le pressioni delle contingenze politiche.

4. Operazioni non convenzionali della BCE alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Un rapporto complesso quello tra tecnica e politica che ha mostrato tutta la sua problematicità in special modo quando la BCE ha posto in essere una serie di operazioni di politica monetaria non convenzionale¹⁶ (*Securities market programme/SMP, Outright monetary transactions/OMT, Quantitative easing/QE, Long term refinancing operations*) per arginare gli effetti della crisi del debito sovrano già vari anni fa¹⁷ e più recentemente nella contingenza dell'emergenza pandemica attuale.

A partire dal 2010¹⁸ è stata introdotta l'eccezionale misura relativa al Programma per i mercati dei titoli finanziari (*SMP*) che consentiva alle banche centrali dell'eurozona e alla stessa BCE di intervenire nei mercati secondari dei titoli di debito pubblici dei Paesi aderenti all'euro. Rivelatasi una misura inefficace, nell'agosto del 2012 il Consiglio direttivo della BCE approvava a maggioranza il programma OMT e lo comunicava nel settembre successivo. Esso consiste nell'acquisto (senza preventivi limiti quantitativi) sul mercato secondario di titoli di Stato di quei Paesi dell'Eurozona in gravi difficoltà e che avessero sottoscritto un programma di assistenza finanziaria del Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) o del Meccanismo di stabilità finanziaria (MES)¹⁹. L'acquisto era subordinato a varie condizioni: oltre alla sottoscrizione di un piano di assistenza finanziaria a cui ho accennato sopra, l'ampia discrezionalità della BCE circa quali *bond* acquistare e l'indeterminatezza del tempo in cui li avrebbe tenuti in portafoglio prima di rivenderli (non escludendo di tenerli, al limite, fino alla naturale scadenza); l'istituto non avrebbe, poi, neppure dichiarato l'entità dell'investimento. Queste condizioni servivano per evitare di incorrere nella violazione del divieto di finanziamento degli Stati e delle pubbliche amministrazioni, sancito dall'art. 123 TFUE.

Lasciando un margine di incertezza circa il riacquisto e la successiva immissione in circolazione sul mercato dei titoli, la Banca centrale europea aspirava ad indurre negli operatori uno stato di incertezza circa l'intervento dell'Istituto, in modo da aumentare la massa di moneta in circolazione a favore del sistema

¹⁶ In dottrina sulle operazioni non convenzionali della BCE v. F. BASSAN, *Le operazioni non convenzionali della BCE al vaglio della Corte costituzionale tedesca*, in *Riv. dir. internazionale*, 2014, 361 ss.; A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo*, in *Federalismi.it*, 2014, 41 ss.; M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, 2016, 91 ss.

¹⁷ F. NUGNES, *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca centrale europea e la creazione del Meccanismo europeo di stabilità*, 10 settembre, 2012, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

¹⁸ Fino al 2010 alla BCE e alle BCN era fatto divieto di acquistare titoli di debito pubblico e le operazioni di rifinanziamento potevano riguardare solo titoli privati.

¹⁹) Per il dettaglio delle condizioni a cui la BCE ha condizionato l'acquisto v. la pagina web della BCE www.ecb.europa.eu

credizio, ma, al contempo, contenere il più possibile l'alterazione indotta sul mercato dei titoli di Stato.

La finalità dell'operazione, secondo quanto dichiarato dalla BCE, era quella di calmierare il differenziale dei tassi di interessi dei titoli sovrani dei Paesi dell'eurozona in difficoltà. In altre parole si voleva porre fine alla speculazione finanziaria nei confronti di alcuni Paesi (Grecia, Irlanda, Italia, Portogallo e Spagna) che avevano registrato un forte incremento dello *spread* dei loro titoli di Stato sul mercato. Il frangente susseguito non rendeva possibile il ricorso a strumenti ordinari di politica monetaria. Accanto a questo programma (peraltro mai attuato, ma solo annunciato con un comunicato stampa) la BCE per fronteggiare la crisi ha dovuto mettere a punto altre operazioni non convenzionali²⁰ tutte diverse tra loro, ma accomunate dalla medesima base giuridica e da finalità, in ultima istanza, assimilabili e cioè fare da supporto complementare rispetto all'azione sui tassi di interesse. Quanto alla base giuridica il riferimento riguarda l'art. 105 TFUE²¹ nonché gli artt. 18 e 20 dello Statuto del sistema delle banche centrali e della BCE che stabiliscono i principi generali per le operazioni di credito e di mercato aperto e consentono alla BCE di utilizzare tutti i mezzi di controllo monetario necessari. Inoltre il Protocollo 4 sullo Statuto aggiunge che per perseguire gli obiettivi del SEBC e assolvere i propri compiti la BCE «ha facoltà di operare sui mercati finanziari comprando e vendendo a titolo definitivo [...] [p]restando o ricevendo in prestito crediti e strumenti negoziabili e di effettuare operazioni di credito con istituti creditizi ed altri operatori di mercato, erogando i prestiti sulla base di adeguate garanzie».

Nel 2015 la BCE ha introdotto il *Quantitative easing* (nel marzo scorso la BCE ha deciso di aumentare il QE con un piano di acquisti netti aggiuntivi di 120 miliardi fino alla fine del 2020) avente lo scopo di immettere liquidità nei Paesi dell'Eurozona a causa di una situazione di potenziale deflazione. In questo caso, a differenza del programma OMT, il programma QE nasce non per calmierare lo *spread* dei titoli di Stato dei Paesi in difficoltà, ma per contrastare la bassa crescita e il rischio di deflazione. Riguarda tutti i Paesi dell'Eurozona e non solo quelli in difficoltà e quindi la quantità dei titoli di Stato acquistabili è determinata *ex ante*. Entrambe le operazioni hanno permesso alle banche centrali di acquistare titoli di debito degli Stati membri sul mercato secondario, vale a dire titoli di Stato, già in circolazione, acquistandoli dalle banche a prezzi di mercato sul presupposto che il divieto *ex art.* 123 TFUE riguardi solo l'acquisto diretto, cioè l'acquisto dei titoli al momento dell'emissione tramite un'asta organizzata da un'istituzione pubblica.

²⁰ SMP (Securities Market Programme) introdotto dalla BCE nel maggio 2010 ed esteso a Italia e Spagna nel 2011; LTRO (Long-Term Refinancing Operations) e poi TLTRO con tassi prefissati; QE. (Quantitative Easing).

²¹ L'art. 105.1 TFUE afferma che la BCE è competente a sostenere "le politiche economiche generali nella Comunità al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi della Comunità".

Entrambe le operazioni di politica monetaria non convenzionale, come è noto, sono state impugnate dinanzi al Tribunale costituzionale tedesco (d'ora innanzi: TCT).

Quanto al programma OMT la Corte di giustizia, a seguito del rinvio pregiudiziale del TCT, con la decisione (c.d. OMT I, 16 giugno 2015)²² ha escluso l'incompatibilità del programma OMT con il diritto dell'Unione europea non ravvisando in esso un atto *ultra vires* (quindi non può essere applicata la c.d. *ultra vires doctrine* a tenore della quale la Germania non si ritiene vincolata al rispetto di quegli atti europei che vadano al di là di quanto i Trattati gli conferiscono) che esula dal mandato della BCE (art. 123-125 TFUE) né una lesione del principio dell'identità costituzionale tedesca sottraendo agli organi di rappresentanza politica il potere di fare scelte di politica di bilancio ed economico-fiscali.

Dal TCT viene contestato che l'OMT non possa essere annoverato tra gli atti di politica monetaria, ma tra quelli di politica economica non monetaria riservata ai governi nazionali per le seguenti ragioni:

- la selettività del programma (solo alcuni Stati possono accedere)
- la condizionalità, vale a dire che i titoli acquistabili sarebbero solo quelli dei Paesi aderenti al MES (programma di aiuto non rientrante tra gli strumenti tipici della politica monetaria)
- l'inesistenza di un limite quantitativo degli acquisti dei titoli di Stato acquistabili dalla BCE

Tutto questo, sostiene il TCT eluderebbe il divieto di finanziamento monetario dei disavanzi di bilancio e del debito pubblico dei Paesi membri e violerebbe gli artt. 119, 123 e 127.1 TFUE e gli artt. da 17 a 24 del Protocollo (4) sullo Statuto del Sistema europeo delle banche centrali e della Banca centrale europea. Infatti la stessa decisione di acquisto dei titoli presupponeva lo svolgimento di valutazioni economiche (quali titoli acquistare ed in che quantità per raggiungere l'obiettivo). In secondo luogo perché la stretta connessione con i programmi di ristrutturazione finanziaria del Meccanismo europeo di stabilità rendeva evidente il collegamento tra la decisione di acquisto dei bond e le politiche fiscali degli Stati membri. Il nodo cruciale era quindi quello di stabilire la natura della misura: se rientrante nella politica monetaria o in quella economica. Ed è proprio su tale aspetto che la Corte costituzionale decideva di sospendere il giudizio e di sollevare una questione interpretativa alla Corte di giustizia, chiedendo, per l'appunto, se il piano OMT costituisse effettivamente una misura di politica monetaria e se lo stesso implicasse una violazione del divieto di finanziamento di cui all'art. 123 TFUE.

²² F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 2015, 1003 ss.; L.F. PACE, *The OMT Case: Institution Building in the Union and a (Failed) Nullification Crisis in the Process of European Integration*, in L. DANIELE (ed.), *The Democratic Principle and the Economic and Monetary Union*, 2016. F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler*, in *Dir. UE*, 2015, 723 s.

La CGUE rispondeva con la decisione del 16 giugno 2015 (causa C-62/14, sentenza *Gauweiler*)²³ partendo dalla premessa che i Trattati non definiscono la politica monetaria, ma solo i mezzi con cui attuarla (e sul punto richiamando la sentenza *Pringle* che aveva ritenuto che l'accordo MES non violasse i Trattati – causa C370/12), ma indicano il suo obiettivo primario nella stabilità dei prezzi (art. 127 TFUE a cui si aggiunge l'art. 129.1 TFUE in combinato disposto con l'art. 12.1 del Protocollo sul SEBC e sulla BCE). Detto questo la Corte ritiene che il programma OMT sia funzionale al conseguimento di questo obiettivo. In estrema sintesi questi i passaggi argomentativi tracciati dalla Corte: la stabilità dei prezzi presuppone che ci sia un efficace funzionamento dei canali di trasmissione della politica monetaria che a sua volta potrebbe dipendere dall'esecuzione delle operazioni monetarie definitive. Queste potrebbero essere compromesse a causa di fattori disturbatori quali per esempio le speculazioni sui titoli di Stato che hanno divaricato in modo ingiustificato i differenziali di rendimento, cioè i tassi di interesse. In questo contesto il programma OMT, secondo la Corte, sarebbe un rimedio utile per porre fine alle speculazioni. D'altra parte il divieto contenuto nell'art. 123 TFUE riguarda l'acquisto diretto di titoli di Stato e non l'acquisto nel mercato secondario. Il fatto poi – dice la Corte – che «il programma come quello annunciato nel comunicato stampa possa eventualmente contribuire anche alla stabilità della zona euro» (punto 52 e 53 sentenza *Gauweiler*) non mette in discussione che sia funzionale all'obiettivo primario della stabilità dei prezzi. Di conseguenza una misura di politica monetaria non può essere equiparata ad una misura di politica economica per il solo fatto che sarebbe suscettibile di produrre effetti indiretti sulla stabilità della zona euro. In altre parole anche se l'OMT può favorire la realizzazione di obiettivi di politica economica indirettamente non può per ciò stesso essere equiparato ad una misura di politica economica dal momento che, fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC ha il compito di sostenere le politiche economiche generali (punto 59). Ai fini del nostro discorso un punto assai delicato è quello dei confini del sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia sulle azioni della BCE. La CGUE riconosce che il SEBC compie scelte di natura tecnica nelle quali la stessa Corte non può entrare (punto 68).

Qualunque sia la posizione che si assume nei confronti del programma OMT (un'operazione di politica economica e non monetaria che si esaurisce nel sostenere surrettiziamente il bilancio di alcuni Stati membri – come dice il TCT – o uno strumento per calmierare i tassi di interesse e quindi un modo per consentire un corretto meccanismo di trasmissione della politica monetaria – come sostiene la Corte di giustizia) non si può negare che la BCE abbia ampliato il raggio delle sue funzioni e la Corte lo abbia avallato. La difesa della stabilità dei

²³ Tra i numerosi commenti v. G. CONTALDI, *Il nuovo ruolo della BCE nel funzionamento dell'Unione economica e monetaria dopo le decisioni nel caso Gauweiler*, in *Osservatorio AIC*, 2017, fasc.1, pg. 3 e ss.

prezzi non è più garantita solo in relazione a politiche monetarie antinflazionistiche, ma garantire valori monetari stabili riguarda anche i titoli di stato mettendo a punto misure antispeculative (tra cui il programma OMT).

5. *La BCE come custode della Costituzione economica europea*

Nel quadro dell'ampliamento delle funzioni e del ruolo della BCE a cui abbiamo assistito e si assiste quello di "custode della Costituzione economica europea" forse le sintetizza tutte.

La formula espressiva "Costituzione economica" sconta, così come anche a livello nazionale, una certa dose di ambiguità come se all'interno di una Costituzione se ne potesse ritagliare un'altra di cifra squisitamente economica e atomisticamente considerata nel sistema giuridico. Non è così in quanto le disposizioni di natura economica vanno lette e interpretate alla luce dell'intero quadro costituzionale così come quelle di organizzazione politica non possono essere lette a prescindere dalle prime. Nell'ambito concettuale di "costituzione economica europea" si tengono insieme gli aspetti micro e quelli macroeconomici²⁴: i primi attengono al mercato interno e al diritto della concorrenza, i secondi alle misure di politica economica, monetaria e fiscale. Inizialmente i due aspetti, erano riconducibili a due ambiti competenziali diversi (quelli micro alla competenza comunitaria) quelli macro (agli Stati membri) e sembravano non dialogare, successivamente se ne colse l'inevitabile intreccio: si capì che lo sviluppo pieno del mercato interno non poteva non passare che da un'Unione Economica e Monetaria. I primi segni, come si è visto sopra, sono contenuti nel rapporto Verner e poi in quello *Delors* per trovare compiuta previsione nei Trattati vigenti. L'art. 3 Trattato UE mette insieme mercato interno, stabilità dei prezzi, economia di mercato: aspetti micro e macroeconomici insieme²⁵. La loro realizzazione è frutto di un processo graduale e non invece, come ritengono alcuni, frutto dell'imporsi della logica incontrastata di mercato.

In questo contesto il ruolo della BCE è assai delicato. Secondo la disciplina del Trattato di Maastricht gli Stati dell'Eurozona dovevano autofinanziarsi sul mercato nel senso che quegli Stati che non riuscivano a trarre dalla tassazione risorse sufficienti potevano emettere bonds alle condizioni di mercato. La clausola del *no bail-out*²⁶, contenuta nell'art. 125 TFUE, è il portato di questo

²⁴ V. G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, editoriale del n. 6 di *Federalismi*, 20/03/2019

²⁵ M. MOSCHELLA, *Governare la finanza globale, Istituzioni, processi decisionali e politiche pubbliche*, Bologna, 2013.

²⁶ Che si risolve, come è noto, in un divieto di misure di salvataggio degli Stati in crisi, nel senso che i debiti dello Stato in crisi non si estendono all'Unione o agli altri Stati, rimanendo solo ascrivibili allo Stato che li ha contratti.

impianto. L'art 123 e 124 TFUE disciplinano poi, rispettivamente, il divieto rivolto alla BCE e alle banche nazionali di concedere qualsivoglia facilitazione creditizia agli Stati membri e agli enti locali o regionali e il divieto per le istituzioni finanziarie dell'UE di acquistare direttamente sul mercato primario titoli di debito di Stati ed altri organismi pubblici (fermo restando la possibilità di farlo sul mercato secondario). Come si è conciliato questo quadro di divieti con l'art. 122 del TFUE che autorizza esplicitamente l'assistenza finanziaria di uno Stato in speciali circostanze? E che chiaramente contrasta con il principio di solidarietà enunciato anche nel preambolo del TUE e inserito nell'art. 3 del TUE. Un principio fondamentale può non condizionare l'interpretazione letterale dell'art. 125 TFUE tale da escludere qualsiasi forma di solidarietà nell'Unione verso uno degli Stati membri in crisi? Si potrebbe obiettare, di fronte a questa interpretazione, che le finalità sottese all'art. 125 TFUE sarebbero vanificate risolvendosi nel deresponsabilizzare lo Stato inadempiente e quindi nell'incentivare l'azzardo morale. A questo si è cercato di ovviare con il prevedere delle condizionalità (previsioni già conosciute in quanto hanno riguardato gli interventi del FMI) che hanno accompagnato gli aiuti alla Grecia. Le due pronunce del Tribunale costituzionale tedesco relativi ad atti dell'UE sugli aiuti alla Grecia (7 settembre 2011), alla legge sul Meccanismo di stabilità del 22 maggio 2016 (sent. Febbraio 2012), le leggi di ratifica del MES e del *Fiscal compact* sono accomunate da una riaffermazione del principio di sovranità popolare espressa tramite la richiesta della massima partecipazione possibile del *Bundestag* ai procedimenti decisionali di atti dell'UE in modo da non svuotare la competenza parlamentare relativa ad ogni singola spesa concernente misure di sostegno agli Stati in difficoltà. In particolare sugli aiuti alla Grecia e sul fondo salva-Stati il TCT ha riconosciuto la non incompatibilità costituzionale subordinandola ad un maggior coinvolgimento del *Bundestag* (e in particolare la Commissione bilancio dello stesso) in modo da salvaguardare la sovranità popolare.

La BCE di fronte alla crisi finanziaria – a tratti drammatica di certi Stati dell'Eurozona ha posto in essere delle misure *ad hoc*. Un esempio per tutti la Grecia, ma non solo. Oltre il meccanismo creato appositamente per la Grecia, l'EFSF (*European Financial Stability Facility*) e l'ESM (*European Stability Mechanism*) finanziati e garantiti dagli Stati membri, la BCE prima con i programmi sopracitati (SMP e OMT) e poi con un programma di acquisto di obbligazioni pubbliche di grandi proporzioni che a maggio del 2017 (PSPP) ha raggiunto i 1534,8 miliardi di euro, ha assunto un ruolo inedito nella c.d. Costituzione economica europea, quello di prestatore di ultima istanza²⁷, decisamente lontano dal modello *Maastricht* che confina il mandato di politica monetaria alla garanzia del mantenimento della stabilità dei prezzi.

²⁷ A. MANGIA, *Il Trattato MES*, cit., 18, sostiene che la BCE non sia una vera e propria banca centrale o un prestatore di ultima istanza, ma che operi con le modalità di una sorta di banca federale.

La CGUE, come detto in precedenza, sembra aver consolidato queste trasformazioni in alcune pronunce ormai divenute «storiche»: *Pringle* e *Gauweiler* (su cui non è il caso di ritornare), ma che in qualche modo avallano le nuove modalità di intervento pubblico nel finanziamento degli Stati in difficoltà seppur in una logica di condizionalità che diviene un principio guida nei programmi di assistenza finanziaria. Ciò è dimostrato dalla modifica dell'art. 136 TFUE con l'aggiunta del paragrafo che ha introdotto la necessità della “stretta condizionalità” prima della concessione di qualsivoglia assistenza finanziaria.

Il *modus operandi* della BCE ne costituisce un esempio emblematico: nella lettera del 5 agosto 2011 di *Trichet* e Draghi la BCE subordinava il suo intervento per far abbassare i tassi di interesse dei *bonds* italiani all'adozione di riforme con particolare riferimento al mercato del lavoro e al sistema di sicurezza sociale. Questa condizionalità “implicita” è stata resa esplicita con l'OMT, visto che gli acquisti di obbligazioni pubbliche venivano espressamente subordinate al fatto che lo Stato beneficiario seguisse un appropriato programma dell'EFSF o dell'ESM. In questo modo si realizzava un'altra importante trasformazione della Costituzione europea: le refluenze nelle politiche economiche degli Stati con ciò tradendo il modello Maastricht da cui risulta una cesura tra politica monetaria e politica economica. L'Unione europea si sarebbe dovuta limitare al coordinamento delle politiche nazionali e a fissare dei limiti al deficit e al debito. L'allontanamento da questo modello è fin troppo evidente dai passaggi che sono stati già ripercorsi e ha dimostrato quanto sia fallace la netta demarcazione tra le due politiche. Infatti oggi il modello sotto gli occhi dell'opinione pubblica vede un'ingerenza delle istituzioni europee nelle politiche economiche nazionali non solo in caso di assistenza finanziaria, ma anche nelle procedure di sorveglianza al fine di prevenire le crisi finanziarie: tutto questo gestito dalla Commissione UE, dal Fondo monetario internazionale, dalla Banca centrale europea (*Troika*).

Il 5 maggio scorso, come è noto, il *Bundesverfassungsgericht* (BVG – Tribunale costituzionale tedesco), con una decisione che ha suscitato un dibattito molto acceso, ha messo in dubbio la legittimità di un programma di acquisti (*Public Sector Purchase Programm*, PSPP)²⁸ previsto dalla BCE con una Decisione (UE) 2015/774 (così come modificata dalla Decisione UE 2017/100) lamentando fra l'altro la violazione del divieto di finanziamento monetario e il principio che presidia l'attribuzione delle competenze nell'Unione europea. Il BVG, a seguito del ricorso di costituzionalità presentato da alcuni soggetti privati, come giudice di ultima istanza, rinviava la questione alla CGUE ponendo varie questioni. Sulla scorta di tale rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia (sentenza 11 dicembre

²⁸ Il PSPP è una misura di politica monetaria non convenzionale con cui la BCE immette liquidità sul mercato chiedendo alle Banche centrali nazionali di acquistare nei mercati secondari titoli di Stato o altri titoli di debito secondo uno schema di sottoscrizione della BCE (il c.d. *capital key*).

2018, C-493/17, *Weiss* e altri), in relazione alla lamentata invalidità del PSPP argomenta che questo rientra nel settore della politica monetaria per la quale l'Unione dispone di una competenza esclusiva per gli Stati membri dell'Eurozona e rispetta il principio di proporzionalità. La Corte ha accertato che il programma PSPP non viola il divieto di finanziamento monetario, che vieta al SEBC di concedere qualsiasi forma di credito ad uno Stato membro; che l'attuazione del programma non equivale all'acquisto di titoli sui mercati primari e non produce l'effetto di sottrarre gli Stati membri all'incitamento a condurre una sana politica di bilancio. Nel ragionamento seguito dal BVG, la Corte di Giustizia UE non rispetta il principio di proporzionalità quando non opera una valutazione generale degli effetti reali del PSPP, al fine di stabilire se il Sistema europeo delle banche centrali (SEBC) e la BCE osservano i limiti del loro mandato di politica monetaria. Applicato in questo modo, il principio di proporzionalità (articolo 5, paragrafo 1, seconda frase e articolo 5, paragrafo 4, TUE) non può svolgere la sua funzione correttiva ai fini della salvaguardia delle competenze degli Stati membri, il che vanifica il principio di attribuzione (articolo 5, paragrafo 1, prima frase 2 e articolo 5, paragrafo 2, TUE) determinante nella divisione delle competenze. Inoltre, ignorando completamente tutti gli effetti di politica economica derivanti dal programma, la sentenza dell'11 dicembre 2018 contraddice l'approccio metodologico adottato dalla CGUE negli altri settori del diritto dell'UE. Adottando una restrizione autoimposta, la CGUE limita il proprio controllo giurisdizionale al fatto se vi sia un "manifesto" errore di valutazione da parte della BCE, se il PSPP "manifestamente" vada oltre quanto necessario per raggiungere il suo obiettivo e se i suoi svantaggi siano "manifestamente" sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti. Ciò consente alla BCE di espandere gradualmente le sue competenze e di sottrarsi in parte al controllo giurisdizionale. Tuttavia, per salvaguardare il principio della democrazia e difendere le basi giuridiche dell'Unione europea, è indispensabile rispettare la divisione delle competenze. Per queste ragioni, la Corte costituzionale federale non è vincolata dalla CGUE, ma deve condurre il proprio riesame per determinare se le decisioni dell'Eurosistema relative all'adozione e all'attuazione del PSPP rientrino nelle competenze che le sono conferite dal diritto primario dell'UE. Poiché tali decisioni mancano di sufficienti considerazioni sulla proporzionalità, equivalgono a un superamento delle competenze della BCE. La seconda parte della sentenza non giunge a considerare del tutto illegittimo l'operato della BCE nel caso del QE: secondo il BVG di per sé gli acquisti dei *bond* governativi non violano i Trattati europei. Ma dà una lettura estremamente estensiva del principio di proporzionalità che consente, anche per questa via, di lasciare l'ultima parola al giudice nazionale. A parere del BVG, non possono essere ignorati gli effetti di politica economica del programma di acquisto dei titoli di stato, per cui il rispetto del principio di proporzionalità impone di operare un'adeguata valutazione dell'impatto delle politiche di *Quantitative*

Easing sull'interesse nazionale. Infine in un passaggio della decisione il BVG si spinge fino a prescrivere certi comportamenti alla BCE, dando precisi termini (tre mesi) per eseguirli, affinché il programma di acquisto dei debiti sovrani non sia distortivo rispetto alle scelte dei governi o alle valutazioni dei mercati. Altrimenti la Bundesbank sarà costretta ad abbandonare il programma di acquisti dei titoli di stato.

Questa decisione²⁹, che in questa sede non può essere analizzata in tutte le sue molteplici e complesse implicazioni, ha una portata che va ben al di là del giudizio che l'ha generata toccando nel vivo la stessa sovranità dell'UE. Essa riflette un'idea di rapporti tra ordinamenti interni e UE molto distante non solo dagli approdi del processo di integrazione europea, ma anche dai capisaldi dell'ordinamento europeo. Uno per tutti il monopolio della CGUE circa l'interpretazione e il giudizio di legittimità sugli atti delle istituzioni europee che invece il BVG avoca a sé in nome della difesa dell'identità costituzionale tedesca. Tutto questo in un momento come quello dell'attuale emergenza pandemica che richiede invece più che mai il richiamo al principio solidaristico di cui il processo di integrazione europea si alimenta.

6. *Qualche cenno alle prime misure adottate dalla BCE di fronte all'emergenza sanitaria generata dal Covid-19. Enlargement of functions della BCE: implicazioni costituzionali. Segue: Controllo e responsabilità della BCE*

Sono trascorsi diversi mesi dall'infelice affermazione³⁰ dell'attuale Presidente della BCE in relazione al ruolo dell'organo che presiede di fronte alle misure da adottare per fronteggiare l'emergenza pandemica. Già nel marzo scorso la BCE sembra aver cambiato approccio annunciando un intervento straordinario³¹ e temporaneo (fino alla fine dell'anno 2020) senza precedenti indicato con l'acronimo di PEPP da 750 miliardi. Lo ha formalizzato nella decisione n. 440 del 2020 contenente le specifiche del PEPP (*Pandemic emergency purchase programme*): il

²⁹ Per i primissimi commenti v. B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi*, n. 14/2020, 13 maggio 2020; F. SALMONI, *Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES*, in *Giurcost.org*, 6 maggio 2020.

³⁰ Queste le parole del Presidente Lagarde: "Non siamo qui per ridurre gli *spread*, non è la funzione della missione della BCE, ci sono altri strumenti ed altri attori per gestire quelle questioni". V. *Press conference*, Christine Lagarde, President of the ECB, Frankfurt am Main, 12 March 2020 reperibile nel portale web della BCE, in sostanza l'opposto del "*whatever it takes*" pronunciato dal suo predecessore Mario Draghi a fronte della crisi finanziaria del 2008.

³¹ La BCE non dovrà rispettare il limite del 33% per i titoli di Stato e del 50% per quelli sovranazionali.

Consiglio direttivo ha stabilito che gli acquisti saranno fatti nella misura necessaria e proporzionata alla situazione contingente al fine di centrare l'obiettivo del suo mandato. Una misura eccezionale quest'ultima anche quanto all'ambito applicativo dato che l'art. 4 della Decisione n. 440 ha previsto che i tradizionali limiti al programma di acquisto di attività (c.d. *asset purchase programme*, APP) non verranno applicate alle quote ai fini del PEPP in ragione del periodo emergenziale³². Gli Stati membri e le imprese potranno quindi contare su un acquirente dei loro strumenti di debito alternativo al mercato e con interessi più bassi³³. Il Consiglio direttivo della BCE dall'inizio della pandemia ha approvato varie misure finalizzate ad ampliare la disponibilità di garanzie, facilitare l'accesso delle banche al finanziamento e sostenere il credito a imprese e famiglie, attraverso un rafforzamento dell'utilizzo di prestiti a garanzia e un generale aumento della tolleranza al rischio da parte dell'Eurosistema. Tali interventi temporanei resteranno in vigore fino alla fine del programma di acquisto per l'emergenza pandemica (PEPP). Entro la fine del 2020, il Consiglio direttivo valuterà l'eventuale necessità di una proroga per continuare ad assicurare un'adeguata disponibilità di garanzie per le controparti³⁴.

³² In una intervista resa al Financial Times Mario Draghi definisce quella contro il Covid-19 una guerra che va combattuta con mezzi eccezionali invitando ad un cambio di prospettiva che tenga conto di tempi celerissimi in cui agire per evitare di produrre effetti irreversibili su cittadini e sull'economia. A tal fine sarà necessario un aumento del debito pubblico (la perdita del reddito del settore privato dovrà essere assorbita in tutto o in parte dai bilanci dei governi).

³³ Dalla nota sentenza del 5 maggio scorso sembrerebbe emergere che il BVG abbia escluso che la BCE abbia agito in violazione del divieto di finanziamento monetario dei bilanci pubblici e ha precisato che la sentenza in oggetto (quella del 5 maggio) non riguarda il programma di acquisto di titoli pubblici e privati per l'emergenza pandemica (c.d. *Pandemic Emergency Purchase Programme*, PEPP), varato dalla BCE il 18 marzo scorso per fronteggiare la crisi indotta dal Covid 19.

³⁴ In particolare dall'8 aprile 2020 la BCE ha approvato le seguenti misure: 1) la soglia di importo minimo per i prestiti domestici al momento del conferimento in garanzia è ridotta a zero (dagli attuali 30.000 euro); 2) il limite di concentrazione previsto per l'utilizzo a garanzia di obbligazioni bancarie senior non garantite (uncovered bank bonds, UBB) emesse da un ente creditizio o da altri soggetti con cui tale ente abbia stretti legami è aumentato dal 2,5% al 10% del valore complessivo del pool di garanzie di ciascuna controparte; 3) dal 20 aprile 2020: è sospeso il requisito di rating minimo per i titoli di Stato greci, allo scopo di renderli idonei ad essere conferiti in garanzia per le operazioni di credito dell'Eurosistema; 4) dal 20 aprile 2020: si applicherà una riduzione generalizzata degli scarti di garanzia per tutte le attività stanziabili (titoli e prestiti). Una riduzione è prevista anche per le misure di mitigazione del rischio aggiuntive applicate ai *covered bank bonds* in uso proprio e ai titoli per la cui valutazione è utilizzato un prezzo teorico (UBB, GGBB, *covered bank bonds* e ABS).

A ciò va aggiunto che il Consiglio direttivo della BCE qualche mese fa ha adottato altre decisioni di politica monetaria: I tassi di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali, sulle operazioni di rifinanziamento marginale e sui depositi presso la banca centrale rimarranno invariati rispettivamente allo 0,00%, allo 0,25% e al -0,50%. Il Consiglio direttivo si attende che i tassi di interesse di riferimento della BCE si mantengano su livelli pari o inferiori a quelli attuali finché non vedrà le prospettive di inflazione convergere saldamente su un livello sufficientemente

Volendo tirare le fila di quanto detto, con la crisi finanziaria e proprio per fronteggiarla si è assistito ad un “*enlargement of functions*” della BCE che ha riproposto con forza il tema della legittimazione democratica di un organismo sovranazionale che, per sua matrice genetica, è autonoma e indipendente dal potere esecutivo e da quello legislativo. In questo senso possiamo quindi affermare che tra le banche centrali la BCE è la più indipendente e che tale indipendenza è strettamente correlata con la stabilità dei prezzi. La ragione primigenia risiede nella circostanza che avendo un mandato assai preciso e circoscritto (il mantenimento della stabilità dei prezzi nella zona euro), il pericolo maggiore da cui salvaguardarla è rappresentato dalle ingerenze del potere politico che potrebbe operare un bilanciamento diverso tra obiettivi entrambi meritevoli di tutela secondo le esigenze del momento: più stabilità dei prezzi e più disoccupazione piuttosto che più inflazione e meno disoccupazione per esemplificare. E qui vi è il primo punto che viene messo in discussione: chi stabilisce quale sia l’obiettivo da perseguire? C’è chi sostiene che bisogna rimettere³⁵ al circuito fiduciario l’individuazione degli obiettivi e all’organo tecnico gli strumenti con cui perseguirlo. La linea di demarcazione tra politica democratica e politica monetaria dovrebbe essere questa, una linea di perimetrazione che non può certo essere tracciata con il bisturi. Tuttavia nel caso della BCE la sua *mission*, e cioè l’individuazione dell’obiettivo – mantenimento della stabilità dei prezzi- è operata *ab origine* dal

prossimo ma inferiore al 2% nel suo orizzonte di proiezione e tale convergenza non si rifletterà coerentemente nelle dinamiche dell’inflazione di fondo. (2) Il Consiglio direttivo proseguirà gli acquisti nell’ambito del Programma di acquisto per l’emergenza pandemica (pandemic emergency purchase programme, PEPP) con una dotazione finanziaria totale di 1.350 miliardi di euro. Tali acquisti concorrono ad allentare l’orientamento complessivo della politica monetaria, contribuendo così a compensare l’effetto al ribasso della pandemia sul profilo previsto per l’inflazione. Gli acquisti continueranno a essere effettuati in maniera flessibile nel corso del tempo, fra le varie classi di attività e i vari paesi. Ciò consente al Consiglio direttivo di contrastare efficacemente i rischi per l’ordinata trasmissione della politica monetaria. Il Consiglio direttivo condurrà gli acquisti netti di attività nell’ambito del PEPP almeno sino alla fine di giugno 2021 e, in ogni caso, finché non riterrà conclusa la fase critica legata al coronavirus. Il Consiglio direttivo reinvestirà il capitale rimborsato sui titoli in scadenza nel quadro del PEPP almeno sino alla fine del 2022. In ogni caso, la futura riduzione del portafoglio del PEPP sarà gestita in modo da evitare interferenze con l’adeguato orientamento di politica monetaria. Gli acquisti netti nell’ambito del programma di acquisto di attività (PAA) continueranno a un ritmo mensile di 20 miliardi di euro, unitamente agli acquisti nel quadro della dotazione temporanea aggiuntiva di 120 miliardi di euro sino alla fine dell’anno. Il Consiglio direttivo continua ad attendersi che gli acquisti netti mensili di attività nel quadro del PAA proseguiranno finché necessario a rafforzare l’impatto di accomodamento dei suoi tassi di riferimento e che termineranno poco prima che inizierà a innalzare i tassi di riferimento della BCE. Il Consiglio direttivo intende continuare a reinvestire, integralmente, il capitale rimborsato sui titoli in scadenza nel quadro del PAA per un prolungato periodo di tempo successivamente alla data in cui inizierà a innalzare i tassi di interesse di riferimento della BCE. Il Consiglio direttivo continuerà inoltre a fornire abbondante liquidità attraverso le proprie operazioni di rifinanziamento.

³⁵ O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, op.cit., pg. 291 e ss.

diritto primario sovranazionale che nel rispetto delle procedure di revisione dei Trattati lo ha considerato prevalente rispetto a tutti gli altri obiettivi. Il dialogo “giurisdizionale” tra la CGUE e il TCT (talvolta i toni hanno fatto pensare più ad uno scontro tra visioni antitetiche che ad un dialogo) ha evidenziato un altro importante interrogativo: un eventuale sconfinamento da parte della BCE rispetto al suo mandato può essere fatto valere solo in sede giurisdizionale attesa la sua sottrazione rispetto al circuito democratico. Ed è proprio sulla perimetrazione che la CGUE sembra aver conferito al suo operato che il TCT punta il dito. I Trattati non hanno definito cosa debba intendersi per politica monetaria e cosa per politica economica pur avendo attribuito la prima alla BCE e la seconda agli Stati membri. La CGUE nel caso *Pringle* (causa C370-12, punto 56) ne ha fornito una molto restrittiva: rientrano nella politica monetaria solo quelle misure che hanno refluenza nella stabilità dei prezzi ovvero nell’unico obiettivo della politica monetaria. Chi è competente a stabilire se una misura posta in essere dalla BCE è di natura monetaria (e quindi rientra nel suo mandato) o di natura economica (e quindi integra un atto *ultra vires*)?

La CGUE nel caso *Gauweiler* ha precisato i confini del suo sindacato che incontrerebbero un limite nel tecnicismo sotteso alle analisi economiche che spingono la BCE a compiere certe scelte piuttosto che altre. Questo però non significa, come sostengono alcuni Autori³⁶ che l’operato della BCE sarebbe al di fuori pure del controllo giudiziario, ma solo che assume una dimensione diversa dinanzi alla discrezionalità tecnica usata dall’organo del cui atto si discute.

Sembra quasi che la Corte di Giustizia abbia adottato un modello di controllo giurisdizionale analogo a quello che poneva in essere la *risalente* giurisprudenza amministrativa italiana allorché fossero sottoposto al suo esame determinazioni provvedimentali adottate in contesti connotati da discrezionalità tecnica (e dunque in un territorio contiguo al merito dell’azione amministrativa): siffatte scelte tecniche erano suscettibili (secondo quella giurisprudenza) di sindacato solo sotto il profilo estrinseco e formale dell’*iter* logico seguito dall’Amministrazione e, quindi, in definitiva, in presenza di elementi sintomatici di scorretto esercizio di potere quali il difetto di motivazione, l’illogicità manifesta e l’errore di fatto³⁷;

³⁶ G. CONTALDI, *Il nuovo ruolo della BCE nel funzionamento dell’Unione economica e monetaria dopo le decisioni nel caso Gauweiler*, in *Rivista AIC*, 2017, 6 e ss.

³⁷ Oggi il sindacato giurisdizionale su atti connotati da forte discrezionalità tecnica si contrappone a tale timido approccio con il riconoscimento al Giudice – sempre in tema di discrezionalità tecnica – della capacità di svolgere un sindacato ‘intrinseco’; in tal caso il giudice “non è tenuto a limitarsi al rilievo degli indici sintomatici dell’eccesso di potere”[De Rosa], potendo spingersi fino a verificare, anche mediante l’ausilio di una consulenza tecnica, se la valutazione compiuta dalla P.A. sia attendibile, oppur no. Come se un siffatto operare non esitasse comunque nel

vare, dalla osservazione dell’atto, e dell’*iter* procedimentale che è stato seguito per emanarlo, la sussistenza di una delle figure sintomatiche dell’eccesso di potere. A questa distinzione viene aggiunta quella fra sindacato ‘debole’ e sindacato ‘forte’, due diverse intensità in cui si manifeste-

la Corte pare mostrare la stessa timidezza ritenendosi non legittimata a verificare l'attendibilità del criterio tecnico adottato, o la sua corretta applicazione da parte della BCE. Ma si ritiene che la Corte non potesse fare diversamente. Non sarebbe pensabile far svolgere alla CGUE un sindacato più penetrante come quello che svolge il giudice amministrativo interno con il "sindacato intrinseco" sia nella declinazione di "sindacato forte" che di quello "debole". Le ragioni risiedono nella natura della BCE, nella sua composizione, nella necessità della sua indipendenza.

Al di là del significato complessivo della sentenza qui interessa sottolineare il rapporto tra tecnica e politica: da misure apparentemente tecniche adottate da istituzioni non politiche, ma indipendenti derivano risvolti politici di grande impatto per l'economia dei Paesi interessati. Se è vero che la politica monetaria è di esclusiva competenza della BCE "ed è concepita come attività tecnica"³⁸ e che le politiche di bilancio rimangono in capo agli Stati membri, le rispettive aree competenziali non possono essere demarcate con precisione, l'intreccio è *re ipsa loquitur*. Prova ne sono le misure sopra viste che, ispirate al più rigoroso tecnicismo, hanno un impatto politico di grande momento. Significativo quanto detto da Mario Draghi in un discorso ormai celebre del 26 luglio 2012 a Londra nel periodo della crisi debitoria di alcuni Stati membri della periferia dell'UM: «Nell'ambito del suo mandato, la Banca centrale europea è pronta a salvaguardare l'euro con ogni mezzo. E credetemi, sarà sufficiente»³⁹. La BCE sembra aver forzato i tecnicismi per contenere gli spread dei tassi di interesse sul debito pubblico degli Stati membri determinando implicitamente refluenze sulle politiche di bilancio nazionali: contenere gli importi pagati a titolo di interessi sul debito pubblico influisce innegabilmente sulle politiche anzidette che potrebbero orientare queste risorse verso altre destinazioni.

7.1. *Segue. Controllo e responsabilità della BCE*

E così ritorniamo all'*incipit* del nostro discorso: come affrontare il tema cruciale del controllo democratico della BCE inserendolo nella più ampia area tematica della legittimazione democratica degli organismi sovranazionali. Affrontare

rebbe il sindacato intrinseco. Mentre, attraverso il primo, il giudice, pur "ripercorrendo il cammino" compiuto dalla P.A. per esprimere la valutazione tecnica, dovrebbe fermarsi alla verifica della attendibilità di detta valutazione; mediante il secondo, invece, egli potrebbe arrivare a concludere che la valutazione compiuta dalla P.A., sebbene scientificamente plausibile, sia da non condividersi, e perciò 'sostituibile' con quella resa dal C.T.U., così annullandosi il provvedimento impugnato per il semplice fatto di considerare la valutazione espressa da questi 'migliore' di quella effettuata dalla P.A.

³⁸ G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisione di governo*, in *Rivista AIC*, 4/2013.

³⁹ La versione integrale dell'intervento di M. DRAGHI alla *Global Investment Conference*, può essere letta sul sito della BCE <http://tinyurl.com/2012Draghi>

un tema di così grande spessore teorico in questa sede sarebbe inimmaginabile, qui può essere indicata solo un'ipotesi di lavoro. La tematica investe la crisi della rappresentanza politica, la conseguente tendenza a favorire processi di neutralizzazione che hanno sottratto spazi alla politica, la nascita di organizzazioni e regolatori internazionali⁴⁰ irresponsabili politicamente che influenzano la nostra vita più di quanto si possa pensare.

Ma nel caso della BCE la questione potrebbe essere posta in termini diversi ponendo un punto interrogativo accanto al tema «controllo democratico diretto della BCE».

A parte le cose già dette a proposito delle ragioni sottese alla indipendenza delle banche centrali e a maggior ragione della BCE (ragion per cui l'indipendenza è consustanziale alla sua stessa natura) la questione non può essere posta negli stessi termini di un controllo democratico diretto e di una relativa responsabilità politica come impostata nella dinamica del controllo politico tra gli organi di indirizzo politico. Ciò non significa che la BCE debba essere sottratta a qualsivoglia controllo o responsabilità nei termini di *accountability*.

De iure condito l'attività della BCE è sottoposta ad un controllo *a posteriori* che si concretizza nella presentazione di una relazione annuale sull'attività svolta dal SEBC nell'anno precedente e in quello in corso al PE, al Consiglio, alla Commissione e al Consiglio europeo. Inoltre il Presidente della BCE e gli altri componenti del Comitato esecutivo possono essere ascoltati dalla Commissione economica e monetaria del PE di propria iniziativa o su richiesta di questi. L'art. 15 dello Statuto prevede la pubblicazione di un rapporto trimestrale e un rendiconto finanziario settimanale, strumenti che si aggiungono al Bollettino mensile e al rapporto annuale pubblicati *on line* sul sito della BCE. Per garantire una maggiore trasparenza la BCE nel dicembre del 2014 ha comunicato la sua intenzione di pubblicare un resoconto sintetico delle sue riunioni dedicate alla politica monetaria che viene pubblicato un mese dopo lo svolgimento della riunione anche se non vengono rese pubbliche le singole posizioni dei governatori delle BCN per il semplice fatto che non rappresentano i propri Stati di origine.

De iure condendo, accanto a questi, altri strumenti possono essere immaginati per rendere più pregnante l'*accountability* della BCE migliorando e rendendo più efficace il “dialogo monetario” con le altre istituzioni europee, ma sempre nell'ottica di preservarne l'indipendenza.

⁴⁰ G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2013.

Abstract

Il saggio affronta il tema del ruolo assunto dalla BCE nello svolgimento della politica monetaria che ha evidenziato non poche criticità sul piano della tensione tra tecnica e politica. Dopo aver ripercorso sinteticamente la nascita dell'Unione monetaria sin dall'idea del rapporto Verner del 1970 di creare una moneta unica e di conseguenza una Unione monetaria poi messa da canto per poi essere ripresa dall'allora Presidente della Commissione J. Delors che nel suo Rapporto (1989) tracciò le fasi in cui si sarebbe dovuta realizzare l'unione monetaria, il lavoro si focalizza sul ruolo assai complesso della BCE.

L'indipendenza della BCE (art. 130 TFUE) viene analizzata all'interno del principio dell'indipendenza delle banche centrali nazionali e della compatibilità con il principio democratico che può trovare un primo componimento nella separazione tra autonomia nella individuazione dei fini e autonomia nella scelta dei mezzi con cui perseguirli. In questo senso almeno formalmente la BCE supera il *test* di compatibilità in quanto l'obiettivo del suo mandato viene individuato dalla fonte primaria sovranazionale nel mantenimento della stabilità dei prezzi escludendo *a contrario* altri obiettivi quali il sostegno all'occupazione o misure volte al superamento delle asimmetrie economiche tra gli Stati dell'Eurozona.

Infine la parte centrale dello scritto si occupa dell'*enlargement of functions* della BCE, quale "custode della costituzione economica europea" che per fronteggiare la crisi finanziaria iniziata nel 2008 ha posto in essere e, in alcuni casi solo annunciato, operazioni non convenzionali (OMT, Q.E. solo per esemplificare) che hanno forzato l'equilibrio tra tecnica e politica e hanno riproposto con forza il problema della legittimazione democratica di un organo indipendente dal potere esecutivo e dal potere legislativo. Da qui un "dialogo fra giurisdizioni" (Tribunale costituzionale tedesco e Corte di giustizia dell'UE) segnato da importanti decisioni che hanno, fra le altre cose, evidenziato quanto sia difficile tracciare con il bisturi la linea di demarcazione tra politica monetaria (rimessa all'UE) e politica economica (rimessa agli Stati membri), ma anche quanto sia complesso affrontare il problema dei confini del sindacato giurisdizionale della CGUE di fronte ad atti caratterizzati da un alto tasso di tecnicismo. I temi che sono venuti in rilievo sono di grande spessore teorico e tutt'ora al centro di un intenso dibattito per cui possono solo essere avanzate delle ipotesi di studio come il possibile utilizzo della categoria della c.d. discrezionalità tecnica per cercare di affrontare il problema relativo al sindacato della CGUE dinanzi a materie squisitamente tecniche o mettere a punto strumenti di trasparenza e *accountability* della politica monetaria della BCE per cercare di arginare la mancanza di legittimazione democratica fermo restando il principio della sua indipendenza ed autonomia. Infine qualche accenno alle misure adottate durante l'emergenza pandemica.

The role of the ECB in the complex balance between technology and politics

by Antonella Sciortino

The essay deals with the issue of the role assumed by the ECB in carrying out monetary policy which has highlighted many critical issues in terms of the tension between technology and politics.

After briefly tracing the birth of the Monetary Union, beginning from the idea of the Verner report of 1970 to create a single currency and, eventually, a Monetary Union which was put aside and then afterwards resumed by the then President of the Commission J. Delors, who in his Report (1989) wrote about the phases in which monetary union should have been achieved, the work focuses on the very complex role of the ECB.

The independence of the ECB (Article 130 TFEU) is analyzed within the principle of the independence of national central banks and compatibility with the democratic principle which can find a first composition in the separation between autonomy in identifying purposes and autonomy in choice of the means by which to pursue them. In this sense, at least formally, the ECB passes the compatibility test as the objective of its mandate is identified by the primary supranational source in maintaining price stability while excluding other objectives such as employment support or measures aimed at overcoming asymmetries between the eurozone states.

Finally, the central part of the report deals with the “enlargement of functions” of the ECB, as “guardian of the European economic constitution” which in order to face the financial crisis that began in 2008 has put in place and, in some cases only announced, unconventional operations (OMT, QE just to exemplify) that have forced the balance between technology and politics and have forcefully re-proposed the problem of the democratic legitimacy of a body independent of the executive and legislative powers. Hence a “dialogue between jurisdictions” (German Constitutional Tribunal and EU Court of Justice) marked by important decisions that have, among other things, highlighted how difficult it is to draw the dividing line between monetary policy with a scalpel (remittance to the EU) and economic policy (remittance to the Member States), but also how complex it is to tackle the problem of the boundaries of the judicial review of the CJEU in the face of acts characterized by a high rate of technicality. The issues that have come to the fore are of great theoretical depth and still at the center of an intense debate for which study hypotheses such as the possible use of the category of the so-called technical discretion to try to tackle the problem related to the CJEU’s trade union in purely technical matters or to develop instruments of transparency and accountability of the ECB’s monetary policy to try to stem the lack of democratic legitimacy without prejudice to the principle of its independence and autonomy. Finally, some hints to the measures taken during the pandemic emergency

Potere di riesame, amministrazione semplificata e “paura di amministrare”

di Silvia Tuccillo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Accelerazione dei termini di conclusione del procedimento e vincoli alla discrezionalità amministrativa. – 3. Un tassello multifunzione nei disegni riformatori dell'ultimo quindicennio: l'articolo 21-*nonies* della legge 241 del 1990. – 4. Le criticità del potere di annullamento “a termine” nei provvedimenti a formazione tacita. – 5. Il silenzio assenso tra “dovere di parlare” e “dovere di tacere”. – 6. Fuga dalla decisione e riesame.

1. Premessa

Nell'ultimo quinquennio le riforme che hanno investito la pubblica amministrazione sono state molteplici e significative nell'imprimere le direttrici ad un processo di cambiamento che guarda al modo di intendere i rapporti tra cittadino e potere pubblico e investe la definizione stessa del ruolo da riconoscere all'autorità amministrativa nel panorama istituzionale e nell'immaginario collettivo.

Sul piano della dialettica pubblico privato, centrali sono state le innovazioni legislative riguardanti il contenimento temporale del potere di annullamento d'ufficio che, incidendo su diversi istituti (tra i quali, s.c.i.a. e silenzio assenso), hanno restituito dignità ai principi di tutela dell'affidamento e di certezza e stabilità delle situazioni giuridiche attinte o in correlazione con il potere della p.a.¹ Di grande rilievo sono anche gli interventi riformatori che, nel recente d.l. semplificazioni n. 76 del 16 luglio 2020, convertito nella legge n. 120 dell'11 settembre 2020, hanno valorizzato su più fronti il tema del rispetto delle tempistiche procedurali e canonizzato il principio del *clare loqui* endoprocedimentale², potenziando la funzione di garanzia svolta dal preavviso di rigetto e dall'obbligo di motivazione. Quanto, poi, al ruolo dell'amministrazione e del suo potere, emblematici gli interventi riguardanti le responsabilità pubbliche e le ipotesi di inefficacia del provvedimento emanato dopo lo spirare dei termini procedurali.

Su tutte, una nuova norma di principio che può fungere da canone interpretativo per decodificare i non sempre chiari obiettivi legislativi e (re)interpretare i

¹ M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, n. 17-2015.

² F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, n. 36-2020. Il principio del *clare loqui* endoprocedimentale, esplicitato dalle previsioni del novellato articolo 10-*bis*, l. 241 del 1990, si affianca a quello di portata generale, definito “provvedimentale”, di cui all'articolo 2 della l. n. 241 del 1990, sul quale ultimo, anche per gli ulteriori riferimenti, si rinvia allo scritto di A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013.

canoni dell'attività amministrativa: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» (comma 2 *bis*, aggiunto all'articolo 1 della legge n. 241 del 1990, dalla legge n. 120 del 2020).

Le suggestioni che si accompagnano alla legificazione dei principi di collaborazione e buona fede quali clausole esegetiche del rapporto amministrazione – cittadino e, dunque, delle disposizioni che lo disciplinano, sono numerose, ma si stemperano nella naturale diffidenza che accompagna le norme manifesto³.

Il presente contributo si pone quale obiettivo quello di ricercare una chiave di lettura del processo di riforma descritto che possa contribuire a delineare il ruolo dell'amministrazione in un momento storico in cui si è paradossalmente arrivati a ritenere che essa sia di ostacolo alla crescita economica⁴, non solo se inerte o negligente, ma anche se presente troppo incisivamente nel procedimento di mediazione tra gli interessi⁵. Quello che si può sin d'ora anticipare è che, leggendo le diverse tappe che stanno segnando l'evoluzione dell'approccio politico alla disciplina del potere amministrativo, incise da ultimo anche dalla necessità di arginare le ricadute dell'emergenza pandemica in corso, si percepisce la tendenza a ritenere che il problema sia la presenza dell'amministrazione⁶ e non, invece, la

³ Interessante la ricostruzione di M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 230, secondo il quale la norma, oltre che mera proclamazione confermativa degli orientamenti giurisprudenziali, potrebbe essere letta come “rafforzativa di quegli orientamenti”. Da tale considerazione discenderebbe la conseguenza che per la violazione di tali principi potrebbero essere riconosciuti oltre che rimedi risarcitori, anche rimedi demolitori.

⁴ F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il diritto dell'economia*, 2-2013, 357 ss.

⁵ Come notato da A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 31 ss., spec. 34, «È, infatti, del tutto giustificato il fastidio che il ceto politico, ma più in generale la Comunità nazionale, manifesta nei confronti dell'incapacità delle Amministrazioni pubbliche di provvedere tempestivamente e di provvedere con soluzioni dotate di stabilità nel tempo. Nell'inerzia o nella lentezza delle decisioni pubbliche e nella loro costante instabilità si individua non a torto una delle principali ragioni di ostacolo alla crescita economica, allo sviluppo dell'iniziativa privata, all'attrazione degli investimenti anche stranieri [...]. Quello che pare dubbio è che si possa rimediare a tale problema imboccando quella che pare una scorciatoia, ma che è in realtà un vicolo senza uscita: la strada della semplificazione a mezzo della semplice eliminazione o estinzione del potere pubblico».

⁶ Sembra, tuttavia, che questa percezione non si accompagni ad un meditato tentativo di ripensare l'utilità effettiva della presenza dell'autorità amministrativa nel circuito di produzione degli effetti, quanto piuttosto nell'individuare correttivi “ad amministrazione invariata”. Sulle politiche di riforma della legge 124 del 2015 e sull'effetto “deformante” della semplificazione, M. CAMMELLI, *L'amministrazione in torsione*, in F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, C. TUBERTINI (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, 2016, 372, osservava: «Nello specchio deformante del tempo in cui viviamo, la semplificazione è invece divenuta qualcosa che in parte trova in se stessa una propria ed autonoma legittimazione (la semplificazione come bene in sé), in parte, sottende l'obiettivo di depotenziare la Pubblica

sua graduale scomparsa o meglio il progressivo esautoramento funzionale di cui è destinataria⁷.

2. *Accelerazione dei termini di conclusione del procedimento e vincoli alla discrezionalità amministrativa*

La celerità dell'azione amministrativa è ormai nella riflessione comune diventata un valore fondamentale da perseguire non solo per garantire l'efficienza dell'azione amministrativa, ma anche per assicurare ai cittadini la piena fruizione dei propri diritti⁸. Non a caso, infatti, grazie all'intervento riformatore del d.l. semplificazioni⁹, anche la determinazione della durata massima dei procedimenti amministrativi è stata inserita tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 29, comma 2-*bis*, della legge 241 del 1990, accanto agli obblighi, già ivi contemplati, di concludere il procedimento entro i termini prefissati e agli istituti della s.c.i.a. e del silenzio assenso (art. 29, comma 2 *ter*)¹⁰.

L'importanza del rispetto e del contenimento delle tempistiche procedurali è stata avvertita in maniera ancor più pressante nel difficile momento storico attuale ove l'aggravarsi della crisi economica determinato dall'emergenza pandemica ha imposto la riconsiderazione di tutti gli strumenti di accelera-

amministrazione, aggirandola (una “semplificazione by-pass”). Vi è, insomma, la convinzione che, attraverso automatismi e procedure semplificate, si possa aggirare un tema, come quello del buon funzionamento dell'amministrazione, che si è incapaci di affrontare: un'idea – quella di *amministrare senza amministrazione*, rinviando le decisioni amministrative a meccanismi automatici previsti dalle leggi o, peggio ancora, ad interventi successivi dei giudici – che ritengo al contempo ingenua e drammatica».

⁷ Una prospettiva diversa da cui interpretare il ruolo dell'amministrazione nel processo di rilancio economico del paese può leggersi in F. LIGUORI, S. TUCILLO, G. DE MAIO, V. BRIGANTE, *Liberalizzare, semplificare, dialogare. Dall'amministrazione come ostacolo all'amministrazione come alleata*, in *Quaderni Cur*, in corso di pubblicazione.

⁸ Si può leggere, a conferma di questo dato, il Rapporto della Task Force di Assonime presieduta da Franco Bassanini del 17 giugno 2020, *Interventi di semplificazione e modernizzazione del sistema amministrativo per il rilancio dell'economia*, ove si evidenzia che «Per riportare stabilmente l'Italia su un percorso di sviluppo [...] occorrono in particolare robusti interventi di semplificazione e misure per orientare la pubblica amministrazione al risultato, rendendone più efficace e rapida l'azione. [...] Ritardi e incertezze rischiano oggi di determinare il collasso di interi settori produttivi e una perdita strutturale di competitività del Paese, con pesanti conseguenze sociali. Davanti a una crisi di sistema come quella che stiamo vivendo, sono indispensabili scelte coraggiose e una forte capacità di innovazione e di governo. Le tradizionali ed insidiose resistenze alla semplificazione e le posizioni di rendita ad esse connesse devono essere superate, consentendo di introdurre finalmente i rimedi strutturali di cui il Paese ha bisogno».

⁹ Su cui, ancora, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *op. cit.*, 35-36.

¹⁰ E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1479 ss.

zione procedimentale già in essere e, in alcuni casi, la predisposizione di misure ulteriori¹¹.

L'imperativo è quello di semplificare l'azione amministrativa e di "liberare" il privato nella misura maggiore possibile dall'intervento pubblico interposto tra il libero esercizio dei diritti di iniziativa economica e le esigenze di tutela degli interessi della collettività genericamente intesa.

Muovendo, tuttavia, dall'assunto (ormai tanto antico quanto scontato) secondo il quale è incontrovertibile la necessità di un intervento riformatore che sia in grado di determinare un cambiamento forte e deciso verso il superamento di pratiche burocratiche sovrabbondanti e verso un alleggerimento, anche normativo, dei procedimenti finalizzati al rilascio di atti ampliativi, ci si interroga sul sistema di contrappesi previsti o ipotizzabili rispetto alle scelte legislative più recenti nella direzione indicata.

Con riferimento agli istituti di semplificazione, si è ragionato anzitutto, sin dalla loro tipizzazione nella legge n. 241 del 1990, nel senso di individuare alcune categorie di interessi cd. sensibili da sottrarre dal loro ambito di applicazione, ovvero da circondare di garanzie ulteriori¹². Per quel che concerne il rispetto delle tempistiche procedimentali, la tendenza è stata nel senso di individuare rimedi di tipo sostitutivo¹³ (della decisione o del decisore) che potessero in qualche modo assicurare il conseguimento del risultato (che, nella logica dell'efficienza, non è solo l'utilità finale richiesta, ma la decisione, di qualunque contenuto essa sia)¹⁴. Accanto ai rimedi di tipo funzionale, si sono poi valorizzati quelli di tipo sanzionatorio attraverso la previsione

¹¹ C. ACOCELLA, *La dimensione del tempo e l'esercizio della funzione nella stagione dell'emergenza*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020, 185 ss.

¹² Sul tema, tra gli altri, R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020; F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv.giur.ed.*, 1-2020; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. Amm.*, 4-2017, 699 ss.

¹³ Cfr. per i riferimenti generali, M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004. M. R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in *Diritto e società*, 3/2017, 361 ss. Con specifico riferimento al carattere, almeno presuntivamente, rimediabile dei poteri sostitutivi nella dinamica delle politiche di semplificazione, A. POLICE, *op. cit.*

¹⁴ Per un inquadramento della teorica del risultato inteso come esercizio del potere finalizzato all'attribuzione dei beni della vita e non all'adozione delle decisioni, cfr. L. IANNOITA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir.amm.*, 1999, 72; AA.VV., *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004. Per un'analisi della dialettica tra le due possibili accezioni di risultato amministrativo, fondamentali i rilievi di R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005, 151 ss.

di nuove ipotesi di danno e di più numerose tipologie di responsabilità¹⁵. È quanto avvenuto, ad esempio, nel caso della tipizzazione del danno da ritardo, ovvero delle disposizioni dell'articolo 2 della legge 241 del 1990 in tema di responsabilità da inerzia o omissione del funzionario incaricato della conclusione del procedimento¹⁶.

Sul fronte delle misure alternative al provvedimento espresso, quali principalmente il silenzio assenso e la s.c.i.a., si è puntato non solo, e più di recente, sulla responsabilità (art. 21 della legge 241 del 1990), ma anche (e forse prioritariamente) sulla funzione rimediabile ascritta al potere di autotutela. Tuttavia, sia la responsabilità che l'autotutela sono state interessate a loro volta da un processo riformatore che ne ha, per certi versi, depotenziato la funzione garantista.

Al costante investimento sulle politiche di semplificazione si è affiancata, anche quasi conseguentemente, la tendenza a limitare la discrezionalità dell'amministrazione specie nelle ipotesi in cui dal suo esercizio possa discendere un pregiudizio agli interessi economici¹⁷. In realtà quello della riduzione della discrezionalità è un tema vasto e complesso che può essere meglio apprezzato attraverso un'analisi settoriale che non può svolgersi in questa sede. Basta, tuttavia, rinviare al settore dei contratti pubblici, specie per come inciso dalle riforme dell'ultimo biennio, per verificare quanto crescente sia la percezione della discrezionalità come ostacolo (o come viatico di *maladministration*)¹⁸. Sul piano generale,

¹⁵ Registra la tendenza a puntare sulla responsabilità piuttosto che sulla responsabilizzazione del funzionario, S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.1, 2015, 53 ss.

¹⁶ Per una ricostruzione delle principali questioni che si accompagnano all'obbligo di provvedere e ai rimedi previsti per la sua violazione, cfr. G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvidi mentali e procedurali della p.a.*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 199 ss.

¹⁷ Sul tema, si rinvia alla lucida analisi svolta da G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 1-2016, 107 ss.

¹⁸ I riferimenti sul tema sono copiosi. Tra i molti, F. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 3-2015, 325 ss.; G.D. COMPORI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, 29 ss. Sui condizionamenti introdotti dalla normativa anticorruzione sulla discrezionalità amministrativa, si veda M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1-2019, 61 ss., secondo le quali «L'effetto ultimo di questo sistema è la riduzione degli spazi di discrezionalità e di aderenza delle scelte delle amministrazioni al contesto concreto in cui operano. In questa maniera si sottrae alle pubbliche amministrazioni la capacità di intervenire in modo adeguato ai bisogni nelle diverse situazioni, nel timore che la diversificazione porti a scandali o corruzione. Ma, a ben vedere, sono proprio la flessibilità e la differenziazione elementi strutturali ed essenziali per una lotta alla corruzione effettiva. Scelte livellatrici e all'insegna dell'astrazione si rivelano in concreto spesso infelici, in quanto inadeguate a dare conto della inevitabile differenza che esiste tra le singole diverse pubbliche amministrazioni». Spunti di particolare interesse anche in M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 1-2020, 35 ss. ove il

poi, è sufficiente approfondire la parabola del potere di riesame, discrezionale per definizione, per cogliere la latitudine e le contraddizioni del fenomeno.

3. *Un tassello multifunzione nei disegni riformatori dell'ultimo quindicennio: l'articolo 21-nonies della legge 241 del 1990*

Per quanto si è osservato, la riflessione sull'evoluzione normativa che ha interessato il potere di riesame e, in particolare, l'annullamento d'ufficio si pone quale imprescindibile premessa al fine di decifrare le (non solo apparenti) schizofrenie legislative che hanno contraddistinto i recenti tentativi di riforma dell'amministrazione pubblica.

Le novità introdotte dalla legge n. 15 del 2005 sono, come noto, state oggetto di (molte) critiche e (pochi) apprezzamenti¹⁹. Dibattuta è stata senz'altro in modo particolare la codificazione delle ipotesi di illegittimità non invalidante (art. 21 *octies*, comma 2)²⁰ che ha rubato la scena ad altre novità ugualmente significative. Si allude, in particolare, alla tipizzazione del potere di riesame, circoscritta alle ipotesi di revoca, annullamento d'ufficio e convalida, che ha contribuito ad una sistematizzazione di fattispecie di matrice essenzialmente giurisprudenziale. Maggiore attenzione è stata dedicata alla revoca, laddove l'annullamento d'ufficio ha occupato un posto di secondo piano, se non per la significativa inclusione tra i presupposti per il suo legittimo esercizio di un riferimento al termine ragionevole²¹, prima pressoché assente nelle ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza (risposta invero assai marginale rispetto alla rilevanza attribuita nel contesto europeo al principio del legittimo affidamento). Limitata è stata, dunque, l'attenzione dedicata alla fattispecie di cui all'articolo 21-*nonies* e il giudice amministrativo, anche allo scopo di riempire di contenuti la scarsa previsione normativa, ha continuato a valorizzare la necessità che il potere di annullamento, ben lungi dal poter essere legittimamente fondato sull'esigenza di ripristinare la legalità violata, fosse accompagnato da un'adeguata ponderazione tra gli interessi

problema della riduzione della discrezionalità nelle gare viene confrontato con le derive dell'amministrazione difensiva che rende paradossalmente i funzionari restii all'utilizzo della discrezionalità.

¹⁹ Le linee essenziali della riforma sono ricostruibili nei saggi dei volumi *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2006; *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di F. LIGUORI, Bologna, 2007.

²⁰ Sulla quale, anche per la ricostruzione del dibattito in dottrina e giurisprudenza, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015.

²¹ Sul tema in particolare cfr., F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 4-2005, 843 ss. Per una rivisitazione attuale del rapporto tra annullamento d'ufficio e legittimo affidamento, ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3-2018, 823 ss.

coinvolti e fosse specificamente motivato circa la sussistenza di un interesse concreto ed attuale alla rimozione del provvedimento illegittimo.

La sensibilità del legislatore per gli interessi economici stimolata dalla crisi imprenditoriale del primo decennio del nuovo millennio ha, tuttavia, messo in luce la portata destabilizzante che il potere di annullamento d'ufficio, nella configurazione all'epoca vigente, era potenzialmente idoneo a generare nella fragile economia italiana, considerata inaffidabile anche a causa della mancanza di certezza e stabilità dei provvedimenti amministrativi attributivi di vantaggi economici, esposti *sine die* al ripensamento dell'amministrazione. Non era d'altronde casuale che il potere di annullamento d'ufficio venisse percepito come un grave ostacolo proprio nelle fattispecie in cui l'attività privata fosse subordinata alla presentazione della segnalazione di inizio attività ovvero alla eventuale formazione dell'assenso tacito. Con riguardo in particolare alla s.c.i.a., la produzione dogmatica e giurisprudenziale dedicate a delimitare l'incidenza su di essa del potere di riesame può essere definita alluvionale²². Qualche spiraglio si intravede già con il decreto Sbocca Italia n. 164 del 2014 che determina l'inserimento all'articolo 21-*nonies* di una specifica disposizione che tiene ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo²³. Un segnale forte e significativo verso il contenimento del potere di riesame e della sua portata destabilizzante per il principio del legittimo affidamento e di certezza dell'azione amministrativa giunge, poi, dalla legge Madia che sottopone ad un termine di decadenza ben definito l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio limitatamente alla circostanza in cui abbia ad oggetto atti ampliativi, o comunque attributivi di vantaggi economici, ivi comprese le ipotesi di s.c.i.a. e di silenzio assenso²⁴.

Si compie così, anche con riguardo ad un potere concepito come prerogativa quasi consustanziale alla pubblica amministrazione per consentirle di porre rimedio all'eventuale scorretto esercizio della funzione, quella torsione verso gli interessi economici che già da qualche anno aveva animato le riforme amministrative. Ma l'entusiasmo generale mostrato verso l'intervento limitativo del potere di intervento postumo dell'amministrazione ha finito col distogliere

²² Per una sintesi del dibattito e per i principali riferimenti, cfr. F. LIGUORI, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2019 e G. STRAZZA, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Napoli, 2020.

²³ P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Gli effetti del decreto-legge Sbocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, suppl. al fasc. n. 6/2015.

²⁴ Tra i tanti, cfr., F. FRANCIOSI, *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *www.Federalismi.it*, 2017; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21 quinquies e 21 nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*; M.A. SANDULLI, *Principi*, cit., 421 ss. e, se si vuole, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 173 ss.

l'attenzione da quelli che avrebbero potuto essere gli effetti negativi di uno "spegnimento"²⁵ del potere in quelle ipotesi in cui l'amministrazione era già stata "messa nell'angolo" da un utilizzo spinto degli strumenti di semplificazione.

4. *Le criticità del potere di annullamento "a termine" nei provvedimenti a formazione tacita*

Diversi sono i profili problematici che l'articolo 21-*nonies*, nel dettare un «nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione»²⁶, ha posto e ancora pone: ambito di applicazione della fattispecie, *dies a quo* per la decorrenza del termine di 18 mesi, estensione del limite temporale alle vicende provvedimentali antecedenti all'entrata in vigore della novella, doverosità dell'esercizio del potere in considerazione della sua durata limitata nel tempo. Il dibattito su molte questioni è ancora aperto²⁷; ciò che, tuttavia, appare emergere con chiarezza è il tentativo di non depotenziare l'effetto stabilizzante della previsione limitandone la portata, propendendosi piuttosto per una lettura estensiva della nozione di provvedimento attributivo di vantaggi economici²⁸. Sul *dies a quo* e sul regime degli atti adottati prima dell'entrata in vigore della disposizione si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁹ affermando che il termine per il decorso dei 18 mesi deve computarsi dall'acquisita conoscenza del vizio di legittimità da parte dell'amministrazione e che la nuova disposizione non si applica alle decisioni antecedenti alla novella per le quali il termine di 18 mesi può fungere da mero canone ermeneutico per la valutazione della ragionevolezza dell'annullamento. Sulla natura doverosa del potere di annullamento d'ufficio si registra, accanto al tentativo di limitare le conseguenze patologiche per gli interessi privati di un intervento di rimozione *sine die* da parte dell'autorità, un investimento sempre maggiore sulle potenzialità degli strumenti di riesame come rimedio per le disfunzioni amministrative, come strumento di responsabilizzazione, come momento di deflazione del contenzioso³⁰. Il richiamo al potere di

²⁵ Così, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *o. cit.*

²⁶ Cons. Stato, parere 15 marzo 2016, n. 839.

²⁷ Per riferimenti recenti sulle questioni ancora in essere, M. SINISI, *op. cit.*, spec. 442 ss.

²⁸ M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Rivista giuridica di Urbanistica*, 2016, 100 ss., spec. 105 s.; M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 3-2016, 321 ss. e ID., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A.*, 1-2017, 189 ss., spec. 202-203.

²⁹ Consiglio di Stato ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, su cui i commenti di E. ZAMPETTI, *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2-2018, 404 ss.; N. POSTERARO, *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017*, in *Riv. Giur. Ed.*, 5-2017, 1103B; G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico "in re ipsa"?*, in *Urb. app.*, 2018, 52 ss.

³⁰ S. TUCCILLO, *Contributo*, cit.; M. ALLENA, *L'annullamento*, cit.; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018.

annullamento, ovvero ai suoi parametri, è presente, infatti, in molte disposizioni sia di taglio generale (si vedano, ad esempio, gli artt. 2, comma 8 *bis*, 14-*quater*, 19 e 20 della legge n. 241 del 1990), sia di carattere settoriale.

Tra le tante criticità, di importanza centrale, eppure poco indagata³¹, vi è senz'altro quella di aver ridotto la funzione, per così dire, “garantista” dell'istituto nelle fattispecie a formazione tacita.

Come noto, la possibilità di riesercitare il potere costituiva nell'intenzione del legislatore e costituisce ancor oggi, nelle linee interpretative dettate dalla giurisprudenza, il vero bilanciamento alle disfunzioni generate dalla ‘rinuncia’ al provvedimento espresso. D'altronde, in molti casi di operatività del meccanismo semplificante dell'art. 20, l. n. 241 del 1990, la prima esternazione in forma provvedimentale della funzione si cristallizza attraverso l'esercizio del potere di revoca o di annullamento. È evidente che l'annullamento d'ufficio sia il canale attraverso il quale l'amministrazione può intervenire per “rimediare” ad un cattivo (o omesso) uso del potere, sempre, si ricorda, a tutela di un interesse pubblico concreto ed attuale che lo imponga/richieda. Per tale ragione, la previsione di un termine di decadenza per l'intervento postumo dell'autorità nelle ipotesi in cui il silenzio assenso si sia illegittimamente formato, potrebbe costituire una (ulteriore) rinuncia alle garanzie pubblicistiche troppo sbilanciata rispetto alla esigenza di tutelare la certezza e la stabilità degli interessi economici.

L'istituto del silenzio assenso ha, come noto, a sua volta conosciuto una modifica rilevante ad opera della legge n. 80 del 2005 che, nel convertire il d.l. n. 35 del 2005, ne ha esteso l'ambito di applicazione a tutti i procedimenti ad istanza di parte. L'intento della modifica è chiaro, ma la soluzione individuata si è rivelata foriera di più problemi di quanti avesse inteso risolverne³². L'articolo 20 della legge 241 del 1990 ha, infatti, trovato ingresso nella disciplina del procedimento amministrativo come rimedio (più correttamente dovrebbe dirsi come sanzione³³) all'inerzia dell'amministrazione e, nella sua primigenia formu-

³¹ Sia consentito il rinvio a S. TUCCILLO, *Contributo*, cit., 210 ss. ed ai rilievi svolti da C. NAPOLITANO, *op. cit.*, 299 ss.

³² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 255, secondo il quale “il silenzio assenso è una scorciatoia non risolutiva del mancato rispetto dei termini che non giova né all'interesse pubblico né a quello del privato”. Secondo R. FERRARA, *op. cit.*, 160, il testo dell'articolo 20 come novellato dalla legge n. 80 del 2005, non solo non risolve i problemi sul tappeto, ma li enfatizza in quanto «sembra rappresentare il più emblematico e corrosivo punto di approdo di una semplificazione amministrativa costruita e progettata a senso unico, secondo una sola direzione di marcia, nel segno e nell'ottica sbilanciata della massima considerazione possibile per le attese e le aspettative del privato. E senza che quelle – ovviamente non meno rilevanti e significative – delle amministrazioni pubbliche ricevano analoga considerazione, quantomeno in vista del loro equo contemperamento con le situazioni di vantaggio dei privati».

³³ M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10-2020, 21 ss., il quale, in adesione ad autorevole dottrina (A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 2-3/1993,

lazione, aveva un'operatività condizionata ad una previa tipizzazione normativa. La brutalità del meccanismo legittimante basato sul mero decorso del termine era, tuttavia, temperata dalla presenza di una valutazione legislativa a monte delle fattispecie per le quali fosse ammissibile una rinuncia al provvedimento espresso e dalla permanenza del potere di autotutela sull'assenso silenzioso.

Con l'ampliamento delle ipotesi di operatività del silenzio assenso, che nelle riforme successive (in particolare la legge Madia) è stato individuato quale soluzione per ovviare all'inerzia in diversi 'momenti' delle decisioni pluristrutturate³⁴ (pareri, silenzio assenso tra pp.aa., conferenza di servizi ecc.), e dunque ha trovato un impiego trasversale, si è tuttavia avallata l'idea che la semplificazione procedimentale potesse effettivamente realizzarsi attraverso l'abolizione della fase di esternazione della volontà dell'amministrazione. Si fa espresso riferimento al momento dell'esternazione, e quindi della cristallizzazione della volontà amministrativa nell'atto formale, perché un punto centrale del dibattito interpretativo sorto attorno all'istituto del silenzio assenso è stato quello di ritenere che sia l'attività istruttoria che quella preordinata alla decisione dovessero comunque essere svolte anche in caso di conclusione tacita del procedimento³⁵. In sostanza, si è con-

607), evidenza che "convince maggiormente quella tesi che individua nel silenzio significativo un rimedio (posto a favore della posizione del privato) ad una violazione di un dovere giuridico. A prescindere dalla sussistenza o meno dei requisiti per l'emanazione del provvedimento favorevole, il meccanismo del silenzio assenso configura *ex se* una sanzione nei confronti di una colpevole inerzia dell'amministrazione, sanzione consistente nella perdita del potere di esercitare la funzione di amministrazione attiva".

³⁴ A proposito del silenzio assenso tra pp.aa. di cui all'articolo 17-*bis*, il Consiglio di Stato. Sez. cons. atti normativi, 23 giugno 2016, n. 1640, in www.giustizia-amministrativa.it, ha affermato che «Il nuovo strumento di semplificazione conferma la natura "patologica" e la valenza fortemente negativa che connota il silenzio amministrativo, sia che esso venga in rilievo nei rapporti verticali (tra amministrazione e cittadino), sia che maturi nell'ambito di un rapporto orizzontale con un'altra Amministrazione co-decidente. Sarebbe, infatti, fuorviante ritenere che la generalizzazione del silenzio-assenso, ora estesa anche nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, presupponga, da parte del legislatore, una sorta di accettazione dell'inerzia amministrativa, quasi che essa fosse un fenomeno fisiologico ed ineliminabile che viene 'normalizzato', degradando l'obbligo di provvedere in un mero onere di provvedere. Al contrario, il meccanismo del silenzio-assenso si basa su una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, che viene stigmatizzata al punto tale da ricollegare al silenzio dell'Amministrazione interpellata la più grave delle "sanzioni" o il più efficace dei "rimedi", che si traduce, attraverso l'equiparazione del silenzio all'assenso, nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento». Sul ricorso sempre più "ampio" all'istituto del silenzio assenso nella disciplina della conferenza di servizi si vedano i rilievi critici di F. GAMBARDILLA, *Il superamento della dimensione negoziale della conferenza di servizi decisoria: dalla riforma Madia alla recente legislazione emergenziale*, in *Federalismi.it*, 5-2021.

³⁵ Interessanti le conclusioni sul tema di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., *passim*, cui si rinvia anche per i copiosi riferimenti bibliografici. La conferma della permanenza dei doveri correlati all'istruttoria si rinviene, d'altronde, anche sul piano normativo dai richiami operati dall'articolo 20, comma 5, in ordine all'applicazione degli articoli 2, comma 7 e 10-*bis* della legge 241 del 1990. Sul punto E. SCOTTI, *op.cit.*, 686-687.

solidata l'idea secondo la quale con il silenzio assenso non si rinunci alle garanzie dell'istruttoria né tantomeno alla fase di ponderazione dell'interesse che precede la decisione: ciò che è, in sostanza, possibile sacrificare sull'altare della celerità dell'azione amministrativa è quel, non secondario, ventaglio di garanzie offerte dal provvedimento espresso tra le quali, *in primis*, la motivazione e i suoi corollari.

Partendo da questa considerazione che, dal punto di vista di chi scrive, proietta un evidente cono d'ombra sulla fattispecie – pur nella consapevolezza che la giurisprudenza ha guardato con favore alla estensione della misura di semplificazione, fino a legittimarne la compatibilità con gli interessi sensibili³⁶ – si può evidenziare che il legislatore si è mostrato consapevole delle esternalità negative potenzialmente scaturenti da un incremento delle ipotesi di decisione tacita prevedendo, all'art. 21, comma 2-ter, della legge 241 del 1990, che «*La decorrenza del termine previsto dall'articolo 19, comma 3, e la formazione del silenzio assenso ai sensi dell'articolo 20 non escludono la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata o l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti*»³⁷. In linea con l'approccio per così dire “correttivo” delle politiche di riforma più recenti, la previsione di una specifica ipotesi di responsabilità viene utilizzata quale deterrente per il funzionario che non adempia ai propri doveri, *in primis* istruttori³⁸.

Peraltro, l'intervento ultimo del legislatore in tema di silenzio assenso ha senz'altro contribuito a chiarire uno dei punti più critici della disciplina dell'articolo 20 cit., qualificando come inefficace il provvedimento emesso dall'amministrazione dopo il decorso del termine per provvedere. Ma sul punto si tornerà.

Quel che si può cogliere da una, seppur rapida, lettura d'insieme, è che l'investimento sul silenzio assenso quale misura di semplificazione dell'attività amministrativa ha comportato la necessità di circondarlo di più d'una cautela e questo tanto a tutela dell'interesse pubblico quanto a tutela dell'interesse del privato che dalla semplificazione dovrebbe trarre l'auspicato vantaggio.

³⁶ Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 23 giugno 2016, n. 1640, cit. In dottrina, cfr. R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, cit.; G. MARI, “*Primarietà*” degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni e nella conferenza di servizi, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 305 ss.; F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 1-2016, 11 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in *Federalismi.it*, 21 ottobre 2015; F. GIGLIONI, *Le nuove dinamiche prodotte dagli interessi ambientali sugli istituti di semplificazione della legge generale sul procedimento amministrativo*, in S. TUCCILLO, a cura di, *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, 39 ss.

³⁷ Comma aggiunto dall'art. 3, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 126 del 2016.

³⁸ Sul tema, per un inquadramento di questa tendenza in chiave critica, si rinvia a S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 53 ss. nonché agli scritti contenuti nel volume a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa. Atti dell'incontro preliminare AIPDA, Università degli studi di Bergamo – 7 giugno 2016*, Torino, 2016; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 293 ss.

L'affermazione può essere facilmente spiegata perché se, da un lato, l'interesse al corretto esercizio della funzione è garantito dalla permanenza del potere di riesame e dal richiamo alle responsabilità per il funzionario (che, come detto, non si limita al silenzio assenso, ma si estende anche all'annullamento d'ufficio), dall'altro si è inteso stabilizzare la posizione del cittadino istante, beneficiario dell'assenso tacito, sia definendo il termine massimo per l'esercizio del potere di riesame (a 18 mesi) sia qualificando come inefficace l'atto (di diniego) tardivo.

Viene, tuttavia, da chiedersi se il bilanciamento delle opposte esigenze finisce in pareggio o se piuttosto sia stato eccessivo il sacrificio arrecato alle garanzie della funzione, in ragione degli obiettivi della tempestività e dell'efficienza³⁹.

Sembra necessario evidenziare che la peculiarità delle fattispecie a formazione tacita richiederebbe un ripensamento circa il ruolo del potere di riesame che andrebbe in tale contesto valorizzato in chiave doverosa (da intendersi come doverosa nell'*an*), specie allorquando giunga all'amministrazione un invito al suo esercizio⁴⁰.

La rinuncia alla decisione nelle fattispecie a formazione tacita è sempre e comunque una falla del processo decisionale e del sistema di garanzie per gli interessi: se del potere non ci fosse bisogno vorrebbe dire che in quelle ipotesi sarebbe senz'altro invocabile un regime liberalizzato ovvero di semplificazione ad effetto liberalizzante⁴¹. Ma la conservazione del regime autorizzatorio/autoritativo risponde ad una scelta precisa che può essere tradita in una logica rimediabile che tuttavia non può non conoscere sistemi alternativi di compensazione.

L'affermazione dell'esauribilità del potere⁴² deve costituire, nei procedimenti a istanza di parte, una "parentesi" al pari di quella predicata con riguardo alla s.c.i.a.⁴³, ma non può essere generalizzata. L'autotutela continua a costituire il canale per veicolare esigenze di correzione della funzione che non si traducano

³⁹ Diverse sono le critiche levatesi in dottrina rispetto all'istituto del silenzio assenso. M. CLARICH, cit., nonché M. CALABRÒ, *Silenzio assenso*, cit. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 287, osserva che «se l'esercizio del potere rimane la modalità preferenziale di produzione dell'effetto, v'è ragione di ritenere che l'attività dell'amministrazione mantiene quel carattere di doverosità che le è proprio nei procedimenti dove non opera il silenzio-assenso».

⁴⁰ Come acutamente osservato da G. D. COMPORI, *Prove di resistenza in tema di autotutela della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, gennaio 2017, 181 ss., spec. 184, «sono in definitiva le esigenze "della logica e della giustizia" immanenti ai rapporti amministrativi ad indurre ad un aggiornamento dei consolidati schemi interpretativi che ancora affollano la materia, lungo una traiettoria che porta ad individuare nell' "invito all'autotutela" la cifra distintiva di un mutamento di prospettiva decisivo dall'interno all'esterno di quello "snodo delicatissimo" che lega i distinti momenti dell'esercizio e del riesercizio del potere amministrativo».

⁴¹ La distinzione tra liberalizzazione e semplificazione ad effetto liberalizzante in F. LIGUORI, *Liberalizzazione*, cit.

⁴² M. TRIMARCHI, *o. ult. cit.*, spec. 283 ss.

⁴³ F. LIGUORI, *La "parentesi amministrativa" della s.c.i.a. e le tutele del terzo*, in *Riv. giur. ed.*, 2019.

nel mero ripristino della legalità, ma nella miglior tutela degli interessi perseguiti nell'esercizio della funzione.

Tra l'altro, nelle fattispecie provvedimentali a formazione tacita, si percepisce come fortemente debole la posizione del controinteressato, il quale si trova più penalizzato in punto di tutela che nelle ipotesi di attività avviata previa segnalazione⁴⁴. Se, infatti, con riguardo a quest'ultima si può dire che si sia giunti alla corretta definizione dei poteri di reazione spettanti al terzo, con riguardo al silenzio assenso si è fatto un passo indietro. Il motivo è che, alla luce della ormai pietrificata giurisprudenza circa l'insussistenza di un dovere di provvedere a fronte di una istanza di autotutela⁴⁵, è vero che il terzo potrà adire direttamente il g.a. per l'impugnazione del provvedimento tacito, ma in caso di decorso dei termini per l'impugnazione⁴⁶, questi potrà esclusivamente sollecitare l'esercizio di un potere considerato “non doveroso”. Per apprezzare la fragilità della posizione di chi sollecita l'esercizio del potere di secondo

⁴⁴ Circostanza intuita già da G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urb.*, 1-2000, 119 ss., spec. 134, ove si legge che al contrario di quanto avviene nella denuncia di inizio attività «ogni episodio di silenzio-assenso comporta una necessaria ed ammessa sconfitta per l'interesse pubblico e per eventuali (contro) interessi di terzi. Esso dunque rappresenta non l'esito di una equilibrata ed imparziale valutazione della situazione, ma il pregiudiziale prevalere di uno dei termini di un potenziale conflitto di tutele».

⁴⁵ Il principio, ribadito anche da C. cost., 13 luglio 2017, n. 181, la quale, chiamata ad esprimersi sulla sussistenza di un obbligo di pronuncia esplicita su una istanza di riesame di un atto di imposizione tributaria, ha esteso il proprio ragionamento anche all'autotutela amministrativa, affermando la legittimità della mancata previsione di tale obbligo proprio in ossequio al principio di buon andamento e negando che da ciò possa scaturire un «vuoto di tutela», è confermato dalle pronunce del giudice amministrativo più recenti. A titolo esemplificativo, si menzionano i più recenti: T.A.R., Torino, sez. II, 28 ottobre 2020, n. 647; T.A.R., Trento, sez. I, 16 ottobre 2020, n. 175; Consiglio di Stato, sez. III, 06 ottobre 2020, n. 5922; Consiglio di Stato, sez. V, 29 settembre 2020, n. 5729; T.A.R., Bari, sez. III, 09 settembre 2020, n. 1146; T.A.R., Roma, sez. I, 01 giugno 2020, n. 5816; Consiglio di Stato, sez. VI, 25 maggio 2020, n. 3277, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si spinge anche ad affermare l'inammissibilità dell'impugnazione del diniego di autotutela Consiglio di Stato, sez. IV, 13 agosto 2020, n. 5010, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui posto che “l'Amministrazione non ha alcun obbligo di provvedere sulle richieste di esercizio del potere di autotutela verso atti divenuti inoppugnabili giacché, diversamente opinando, si eluderebbe l'onere legale di impugnazione nei termini decadenziali posti dalla legge a tutela della stabilità dell'assetto degli interessi pubblici sottesi al concreto esercizio della funzione pubblica; in questi casi, conseguentemente, l'impugnativa del diniego di autotutela è inammissibile, in coerenza con il principio generale della impossibilità di assicurare tutela all'interesse strumentale se non nei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge”. Sul tema, anche per i copiosi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali, si rinvia alle condivisibili osservazioni critiche di A. SQUAZZONI, *Il dovere di risposta della pubblica amministrazione alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate: un primo bilancio*, in *Dir. Amm.*, 4-2018, 915 ss., spec. 961, il quale provocatoriamente ipotizza che dietro questo atteggiamento così ostile da parte del giudice, trincerato dietro le logiche dell'inoppugnabilità, vi sia il desiderio di mantenere «una priorità anche in termini di contatto con il caso concreto che sarebbe pregiudicata dall'interferenza di un atto espresso dell'amministrazione».

⁴⁶ Circostanza che può bene determinarsi considerato che della formazione tacita del titolo il terzo può avere conoscenza tardivamente.

grado, basti pensare che la giurisprudenza ha addirittura escluso che siano configurabili controinteressati a fronte di un ricorso proposto avverso un provvedimento di autotutela⁴⁷ quand'anche vi sia un soggetto che ne abbia sollecitato l'adozione.

Al contrario, nel caso di attività soggetta a controllo *ex post*, avendo i poteri spettanti alla p.a. natura inibitoria sia nei primi 60 giorni che nei successivi 18 mesi – benchè in tale ultimo caso ad attivazione condizionata alla sussistenza dei soli presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio – il terzo potrà azionare gli strumenti di tutela previsti dall'articolo 31 del c.p.a.⁴⁸ e ciò in quanto la sua sollecitazione non è volta all'attivazione di un potere discrezionale e incoercibile, ma si configura come vera e propria istanza di parte dalla quale scaturisce l'obbligo di provvedere. Ne consegue che il terzo leso da una s.c.i.a. illegittima potrà, sempre che agisca nei termini di legge, ottenere la condanna dell'amministrazione a provvedere; nel caso di silenzio assenso, invece, l'unico strumento a disposizione del terzo leso è l'impugnazione diretta del titolo tacito che, dunque, solo apparentemente costituisce una garanzia maggiore della sollecitazione del potere di controllo *ex post*.

Deve infatti considerarsi che il terzo, a meno che non abbia effettuato una previa istanza di accesso per conoscere lo stato dell'istruttoria compiuta a presupposto e fondamento della decisione in forma tacita (che poi decisione non è, trattandosi piuttosto di un meccanismo legittimante avente natura rimediabile) dovrà proporre una sorta di ricorso al buio avverso il titolo tacito. E, comunque, l'asimmetria informativa in merito alla sussistenza dei presupposti legittimanti l'attività privata, che sussiste tanto con riferimento al titolo tacito che con riguardo al consolidamento degli effetti di una s.c.i.a., richiederebbe quantomeno uno slittamento in avanti dei termini per l'esercizio dell'annullamento di ufficio, a meno che non si voglia ammettere che a fronte di una istanza di riesame presentata avverso un titolo tacito sussista

⁴⁷ Consiglio di Stato sez. V, 16 aprile 2019, n. 2500, in www.giustizia-amministrativa.it, “Rispetto ad un provvedimento di annullamento d'ufficio – di carattere ampiamente discrezionale e nel quale l'amministrazione competente è chiamata a comparare l'interesse pubblico al ripristino della legalità con il contrapposto affidamento privato sulla stabilità di precedenti atti amministrativi – non si configurano controinteressati, nemmeno nei soggetti che abbiano sollecitato l'esercizio del relativo potere di riesame; questi ultimi non sono infatti portatori di una situazione giuridica di vantaggio giuridicamente tutelata, e dunque della consistenza di interesse legittimo, rispetto alle determinazioni che l'amministrazione riterrà di assumere, pur a fronte di atti di segnalazione o esposti variamente denominati, rispetto a propri precedenti provvedimenti mediante la potestà di autotutela decisoria”.

⁴⁸ Come lucidamente individuato anche dalla giurisprudenza: cfr. T.A.R. Veneto sez. II – Venezia, 27 settembre 2019, n. 1028, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si legge che “non costituisce espressione di autotutela in senso tecnico, sia perché non è diretto all'annullamento di un provvedimento amministrativo, sia perché, a fronte dell'istanza del terzo, si presenta come doveroso, avendo l'Amministrazione l'obbligo di procedere all'accertamento dei presupposti che potrebbero giustificare il suo intervento repressivo, diversamente da quanto accade in presenza di un “normale” potere di autotutela, che si connota per la sussistenza di una discrezionalità che attiene non solo al contenuto dell'atto, ma anche *all'an* del procedere”.

il dovere di procedere e di riscontrare l'istanza, in senso positivo o negativo. Affermazione, quest'ultima, che anche alla luce dei neo-codificati principi di collaborazione e buona fede, non dovrebbe essere vista come rivoluzionaria, ma piuttosto come foriera di una opportunità concreta di composizione in sede stragiudiziale di interessi potenzialmente in conflitto.

Un ulteriore elemento di complicazione giunge, peraltro, dalle modifiche normative che hanno investito l'istituto del preavviso di rigetto⁴⁹, le quali finiscono per riverberarsi in termini problematici sul silenzio assenso⁵⁰ in quanto l'ambito di applicazione delle rispettive disposizioni è pressoché il medesimo (i procedimenti a istanza di parte). Come noto, infatti, prima della novella del 2020 l'adozione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza determinava l'interruzione dei termini procedurali che riprendevano a decorrere (*ab initio*) una volta trascorsi i dieci giorni per la presentazione delle eventuali osservazioni dell'istante. Il decreto semplificazioni, nella logica di imprimere una accelerazione al procedimento ha, invece, qualificato l'effetto della comunicazione in termini di sospensione⁵¹ con la conseguenza che il termine di conclusione del procedimento non ricomincia a decorrere dal principio dopo i dieci giorni, ma riprende ad essere computato dal momento in cui si era arrestato.

Già all'indomani della legge n. 80 del 2005 ci si era chiesti se, all'esito dell'adozione del preavviso di rigetto, la decorrenza dei termini – in mancanza di una decisione espressa dell'amministrazione – determinasse o meno la for-

⁴⁹ Sulle quali, oltre a F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *op. cit.*, anche M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in *Giustizia insieme*, 2021.

⁵⁰ Al quale come noto, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, si applica la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'articolo 10-*bis*.

⁵¹ A tenore della nuova formulazione dell'articolo 10-*bis* «Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione».

mazione del silenzio assenso e si era convenuto per la soluzione affermativa⁵². Tale opzione interpretativa, trattandosi di interruzione del termine di cui all'articolo 2 della legge n. 241 del 1990, non destabilizzava il quadro delle garanzie perché l'amministrazione disponeva comunque del tempo necessario a valutare anche le controdeduzioni del privato ed eventualmente a decidere di assentire *per silentium*. Alla luce della attuale normativa e dell'ancora inattuata riforma digitale della p.a., quest'ultima può quasi subire involontariamente lo spirare del termine, specie nelle ipotesi in cui la comunicazione dei motivi ostativi giunge quando esso è ormai pressoché interamente spirato.

Ci si chiede allora⁵³ se la successiva inerzia dell'amministrazione possa, di per sé sola, legittimare la formazione di una decisione tacita che di fatto contraddica quanto invece affermato *expressis verbis* nel preavviso di rigetto. E ci si domanda soprattutto se possa qualificarsi davvero come irrilevante (nei termini che si chiariranno) una decisione tardiva di diniego che sia supportata da un precedente preavviso di rigetto. Nella circostanza descritta, per quanto forse di residuale verifica, sembrerebbe quasi necessario attingere al potere di riesame per comporre una situazione di evidente contraddittorietà tra quanto voluto dall'amministrazione e quanto prodotto dal trascorrere (inesorabile) del tempo.

5. *Il silenzio assenso tra "dovere di parlare" e "dovere di tacere"*

Come si è anticipato, l'istituto del silenzio assenso è stato oggetto di un importante intervento normativo ad opera del d.l. n. 76 del 2020 il quale, risolvendo una questione tanto spinosa quanto risalente, ha qualificato espressamente in termini di inefficacia il provvedimento emanato dall'amministrazione oltre il termine di legge nelle ipotesi (tutte) in cui all'inerzia viene attribuito il valore di accoglimento dell'istanza, ovvero nel caso di decorso del termine per l'esercizio dei poteri inibitori collegati al regime della s.c.i.a.⁵⁴. Limitando la riflessione

⁵² Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 7 ottobre 2016, n.2463, in *Foro Amm.*, 2016, 10, 2528; Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2014, n.5455, in *Riv. Giur. Ed.*, 2014, 6, I, 1258. T.A.R. Veneto, Venezia, sez. III, 7 maggio 2008, n.1256, in *Foro amm.*, TAR, 2008, 5, 1248, precisa che «L'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 deve ritenersi applicabile in genere ai procedimenti per i quali la legge prevede la dichiarazione di inizio di attività o il silenzio assenso, ciò che comporta, dunque, un'interruzione per il solo periodo di tempo utilizzato dal richiedente per formulare le sue osservazioni, ovvero determina un'interruzione di soli dieci giorni, con un allungamento dei tempi procedurali controbilanciato dalla funzione di garanzia per il cittadino che aspira ad una determinata utilità». In dottrina, *ex multis*, F. GAMBARDILLA, *op. cit.*

⁵³ Ferme restando le riserve che, ad avviso di chi scrive, dovrebbero accompagnare la previsione legislativa che afferma la compatibilità tra l'istituto del preavviso di rigetto e la formazione della decisione in forma tacita.

⁵⁴ Art. 2, comma 8-bis, della legge 241 del 1990, introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera a),

all’ambito del silenzio assenso e tralasciando in questa sede l’approfondimento delle diverse opzioni interpretative avanzate dalla dottrina con riguardo alla natura dell’assenso tacito⁵⁵, va tuttavia stigmatizzata la portata chiarificatrice della recente novella proprio al fine di stabilizzare gli effetti della decisione silenziosa.

La mancanza di un provvedimento espresso ha reso su più fronti precaria la situazione giuridica del titolare dell’assenso tacito che, oltre a vedersi privato delle garanzie dell’atto scritto, si trova esposto all’eventualità che l’amministrazione si risolva ad esercitare tardivamente il potere decisorio. Il che naturalmente si apprezza in termini negativi soltanto nel caso di provvedimento tardivo di diniego, dovendosi invece considerare il provvedimento tardivo di accoglimento come meramente confermativo degli effetti già prodotti dall’assenso tacito. Proprio per tutelare da tale evenienza il soggetto richiedente, ci si è risolti, dunque, a definire normativamente la sorte del provvedimento postumo.

La soluzione prescelta è stata salutata con favore specie per il suo apporto semplificante⁵⁶, anche se da più parti si è cercato di interpretare le ragioni per le quali anziché ragionare in maniera più netta in termini di decadenza del potere dell’amministrazione decidente o di nullità dell’atto tardivo, il legislatore abbia voluto ricorrere ad una categoria tanto inusitata quanto incerta nelle dinamiche dell’atto amministrativo. E, tra l’altro, ha inciso su una norma generale e di principio (l’articolo 2 della legge 241 del 1990), disciplinante il termine del procedimento e dunque non può trascurarsene il valore teorico ed esegetico.

legge n. 120 del 2020: “Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all’ultima riunione di cui all’articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all’articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall’articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”.

⁵⁵ Oltre al già citato scritto di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, si rinvia tra i tanti contributi sul tema, con segnato riferimento ai profili indagati nello scritto, a F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell’atto scritto*, Milano, 1996; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione, (voce)* in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, 179 ss.; M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, 2006; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 186; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265 ss.; F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *Giustamm.it*, 2007; M.A. SANDULLI, *L’istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435 ss.; E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 653 ss.; G. MARI, *L’obbligo di provvedere*, cit.

⁵⁶ Cfr. per un’analisi della disposizione, M. CALABRÒ, *L’inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co-8 bis della l.n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso. Primi passi nell’ottica della certezza del diritto*, in *Ambienteditratto.it*, 1-2021.

Le difficoltà interpretative che il riferimento alla categoria dell'inefficacia pone sul piano pratico sono diverse: ci si è chiesti, ad esempio, se il provvedimento tardivo, ma inefficace necessiti di una autonoma impugnazione ovvero se si possa (debba) qualificarlo come nullo⁵⁷. Si è, dunque, cercato di ancorare il riferimento alla categoria dell'invalidità e ancora una volta si è pensato ad una scelta legislativa inesatta e infelice. Ma, ci si chiede, se da quella che può apparire una ulteriore complicazione del legislatore non possa farsi discendere una lettura che sia in linea con le categorie giuridiche da questi prescelte⁵⁸.

Come noto, inefficacia e invalidità non sono concetti sovrapponibili allorchè si consideri che la seconda non influisce in alcun modo sulla prima. Nella dottrina civilistica⁵⁹ si individua il carattere distintivo dell'inefficacia in senso stretto "in ciò che il negozio inefficace è pur sempre un negozio valido e quindi dotato di una propria rilevanza di fronte al diritto".

Volendo allora attribuire un significato all'opzione normativa che tenga conto del quadro complessivo della riforma in cui essa è maturata, si potrebbe esemplificare il disposto dell'articolo 20 della legge 241, per come inciso dal comma 8-*bis* dell'articolo 2, nei termini che seguono: considerato che il silenzio assenso appare, in ogni caso, avere un carattere rimediabile rispetto alla presa d'atto che la pubblica amministrazione spesso è incapace di rispettare il termine di conclusione del procedimento, la prospettiva dell'inefficacia quale ulteriore sanzione all'inerzia stigmatizza la sussistenza in capo all'amministrazione del "dovere di parlare", cioè di esprimersi nel termine di legge, pena l'inefficacia della fattispecie che, seppur completa in tutti i suoi elementi strutturali e, dunque, in astratto valida, non è più idonea a produrre effetti perché tardiva. Tuttavia, il provvedimento esiste e non può essere collocato nell'irrilevanza giuridica *tout court*.

Se ci si pone, allora, in una logica funzionale e di sistema, si può considerare la decisione tardivamente espressa come uno strumento da utilizzare ad altri fini, diversi da quelli propri dell'efficacia (ovvero modificativi della situazione giuridica soggettiva), ma correlati ai principi di trasparenza, di responsabilità e di collaborazione. Il provvedimento tardivo favorevole potrebbe, infatti, senz'altro essere utile a confermare la sussistenza dei presupposti per l'accogliibilità dell'istanza del privato e, dunque, costituire non solo un utile riferimento per l'istante, il quale potrebbe valersene per provare il consolidamento degli effetti della deci-

⁵⁷ Così, M. CALABRÒ, *op.ult. cit.*

⁵⁸ La scelta di utilizzare in maniera azzardata le categorie normative da parte del legislatore ha creato, ad esempio, non pochi problemi interpretativi nel caso della s.c.i.a. ove il riferimento ai poteri di autotutela ha impegnato dottrina e giurisprudenza nel torno di tempo intercorrente tra la legge n. 80 del 2005 e la legge n. 124 del 2015. Sul tema, F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. - s.c.i.a.*, in *Diritto proc. amm.*, 2015, 1223.

⁵⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1998, 921.

sione tacita⁶⁰, ma anche un deterrente per una eventuale impugnazione del titolo tacito da parte del terzo controinteressato, il quale attraverso l'esternazione della volontà dell'amministrazione potrebbe comprendere l'iter logico giuridico da essa stessa seguito a supporto della legittimità dell'assenso. Viceversa, il provvedimento tardivo negativo costituirebbe una vera e propria violazione del “dovere di tacere” che segue al decorso del termine legislativamente prescritto e che determina l'assunzione di responsabilità in capo al funzionario⁶¹ e la conseguente affermazione del dovere di esercitare il potere di riesame. D'altronde è lo stesso comma 8-*bis* dell'articolo 2 a ribadire la permanenza del potere di annullamento d'ufficio al quale, come osservato da accorta dottrina, con riguardo all'articolo 20, andrebbe affiancato il potere di revoca⁶². Il fatto che il potere di riesame resista per espressa volontà del legislatore come deroga (o contrappeso) al regime semplificato e che restino in piedi le responsabilità per il mancato annullamento del provvedimento illegittimo, costituiscono gli antecedenti logici per l'affermazione dell'esistenza di una condotta prescritta, ovvero la delibazione dell'istanza di riesame⁶³, tutte le volte in cui ne ricorrano le condizioni al fine di scongiurare il pregiudizio all'interesse pubblico⁶⁴ e a

⁶⁰ La necessità che l'amministrazione rilasci, a richiesta dell'interessato, una sorta di certificazione relativa al consolidamento degli effetti del silenzio assenso è stata sostenuta dalla dottrina (M. CALABRÒ, *Silenzio assenso*, cit.) e tipizzata in materia edilizia dal d.l. 76/2020, per consolidare gli effetti del permesso di costruire formato *per silentium* (sul quale ultimo M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)* (note a margine di *Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 1 luglio 2020, n. 7476*), in *Giustizia insieme*, 2020).

⁶¹ Attribuzione di responsabilità aggravata perché rientrante in entrambe le ipotesi menzionate dall'articolo 21 *nonies*: il funzionario è responsabile sia dell'adozione del provvedimento sia del suo mancato annullamento.

⁶² M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2021, spec. 299

⁶³ Come osservato da A. COLAVECCHIO, *op. cit.*, 20-21, il principio di responsabilità è “un corollario di particolare rilievo del principio di doverosità. [...] E la responsabilità, come noto, può derivare non solo da un'azione inadeguata al perseguimento del fine, ma anche [...] da una omissione di attività quando questa sia necessaria”. Se si muove da questo condivisibile rilievo, non può negarsi che la sussistenza di una previsione espressa circa la permanenza delle responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo (art. 21-*nonies*), nonché all'illegittima formazione del silenzio (21, comma 2-*ter*), non connoti del requisito della necessità/doverosità la condotta dell'amministrazione rispetto alla delibazione di una istanza di riesame della manifestazione tacita. L'esistenza di condizioni al ricorrere delle quali l'attività discrezionale, in quanto indefettibile valutazione di interessi, è dovuta viene ricordata da F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, spec. 128.

⁶⁴ Che potrebbe anche consistere nella semplice esigenza di evitare la produzione del danno erariale. Sul punto M. ALLENA, *op. cit.*, 115, che richiama l'art. 52, comma 6, del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, secondo cui «Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione».

quello dei privati, senza peraltro dare per scontato che ciò comporti una lesione dell'affidamento legittimo⁶⁵.

Quello che si vuole sottolineare è che probabilmente la categoria dell'inefficacia sia stata invocata non solo per risolvere l'annosa questione della incidenza del provvedimento tardivo sull'assetto di interessi cristallizzato dall'inerzia, ma anche per affermare che dall'esercizio del potere, quand'anche inidoneo ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive, può sempre derivare una utilità "di sistema", che consente di conoscere il punto di vista qualificato dell'amministrazione⁶⁶ e che trova la sua ragion d'essere anche in combinazione con altri poteri, seppure ad attivazione eventuale. Peraltro, in applicazione dei principi di collaborazione e buona fede, di cui all'articolo 1, comma 2-*bis*, che costituiscono un ulteriore ed importante parametro interpretativo delle regole poste a disciplina del rapporto amministrativo, potrebbe sia porsi in capo all'amministrazione una sorta di "dovere di soccorso istruttorio" nell'ipotesi in cui la fattispecie silenziosa possa legittimamente perfezionarsi soltanto attraverso un'attività di integrazione o sanatoria svolta dal richiedente⁶⁷, sia ipotizzarsi che sussista per quest'ultimo l'onere di sanare i vizi della fattispecie per scongiurare l'attivazione del potere di riesame.

Nel ritenere pienamente condivisibile, in una logica di semplificazione, la scelta di sterilizzare la cattiva pratica della decisione tardiva, non si vuole però giungere ad accogliere categorie più radicali (come quella della inesistenza o della nullità) per tutelare l'affidamento del privato perché, diversamente opinando, non vi sarebbe davvero in concreto una sensibile differenza tra le fattispecie (esclusivamente vincolate) avviate attraverso la s.c.i.a. e quelle (anche discrezionali) licenziate attraverso l'inerzia, risultando le prime finanche più caratterizzate dalla

⁶⁵ Secondo la ricostruzione di F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo*, cit., spec. 843, nella più ampia considerazione della nozione di affidamento legittimo per come ambientata nelle dinamiche del rapporto amministrativo, «La tutela di annullamento è coerente con la sostanza dell'affidamento legittimo: se la situazione di affidamento sussiste (dato il provvedimento favorevole costitutivo di una situazione giuridica definitiva), l'amministrazione è tenuta non già ad astenersi dall'annullare l'atto illegittimo, bensì a valutare l'interesse pubblico attuale, tenendo nel debito conto l'interesse del beneficiario dell'atto. L'affidamento non dà titolo alla conservazione del provvedimento favorevole, ma rende necessaria una valutazione il cui esito dipende dalle circostanze del caso»

⁶⁶ Di grande interesse sul punto è lo scritto di A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2020, 127 ss., spec. 138, ove si evidenzia come, nell'interpretazione amministrativa "la questione non è cosa l'amministrazione vuole, ma cosa l'amministrazione valuta".

⁶⁷ E. SCOTTI, *Art. 20, Silenzio assenso*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016, 653 ss., spec. 685 che ricorda la prima formulazione dell'articolo 20 che contemplava in capo al privato un onere di sanatoria dei vizi esistenti per scongiurare l'annullamento d'ufficio. Tale onere, secondo l'A., potrebbe ricollegarsi ai principi di collaborazione e buona fede, che oggi sono peraltro codificati all'articolo 1, comma 2 bis della legge 241 del 1990. Sul dovere di soccorso istruttorio si rinvia a E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016.

presenza del potere pubblico in funzione, in prima battuta, di controllo doveroso e di inibizione eventuale e poi di un potere supplementare (discrezionale, ma del medesimo contenuto dispositivo del primo) che si protrae per 18 mesi.

Anzi prende forza l'idea che il potere di riesame assuma un connotato di doverosità (nell'*an*) a fronte sia di un'istanza del terzo controinteressato, sia di una manifestazione tardiva, ma inefficace, del potere di primo grado.

Si ritiene, infatti, contraddittorio utilizzare con riguardo al silenzio assenso gli stessi paradigmi garantisti individuati con riferimento alla s.c.i.a. a meno di non ritenere in realtà un'inutile complicazione la stessa esistenza dell'istituto. Se il silenzio assenso trova la sua ragion d'essere quale reazione all'inerzia dell'amministrazione, non nel fatto che l'intermediazione del potere nei procedimenti ad istanza di parte non sia più necessaria, non si può giungere a vanificare del tutto il ruolo dell'amministrazione.

6. *Fuga dalla decisione e dovere di riesame*

Naturalmente la soluzione preferibile per giungere ad una semplificazione reale ed effettiva sarebbe quella di sottoporre a revisione le scelte di fondo, e cioè procedere coraggiosamente a distinguere le ipotesi in cui ci si può affidare al controllo *ex post*, o alla liberalizzazione piena, e quelle in cui è necessario (e irrinunciabile) il provvedimento espresso senza consentire vie mediane alternative.

Gli ibridi risultati a cui si è pervenuti con riguardo al silenzio assenso, infatti, sia esso provvedimentale o endoprocedimentale, anche alla luce delle attuali scelte legislative, dovrebbero suggerirne la abolizione. Soprattutto in considerazione della circostanza che si va verso una tendenza ad una ulteriore contrazione delle tempistiche procedurali⁶⁸: se il tempo per la decisione si riduce, se dopo il termine il potere si estingue, se il ruolo dell'amministrazione si trasforma da garante degli interessi in quello di responsabile a cui addebitare il prezzo dell'inerzia,

⁶⁸ Basta leggere la proposta n. Proposta 14 del *Rapporto Assonime*, cit., in materia di silenzio assenso e di termini per l'annullamento d'ufficio per capire in quale direzione si sono mossi e si muovono gli intenti riformistici. Si suggerisce infatti di «Ampliare, rispetto a quanto già previsto dall'ordinamento, gli ambiti in cui è previsto il silenzio assenso anche per nulla osta o atti di assenso relativi alla tutela di interessi qualificati (autorizzazione paesaggistica, tutela dei beni culturali e così via), sulla base di una valutazione ex ante della significatività dell'impatto dell'opera/attività oggetto di autorizzazione rispetto all'interesse protetto. Ridurre da diciotto a sei o nove mesi il termine entro cui l'amministrazione può annullare in autotutela un provvedimento illegittimo, adottato anche in base al silenzio assenso, in modo da indurre le amministrazioni a compiere tempestivamente ogni accertamento utile nell'interesse pubblico e favorire il ricorso alle procedure semplificate». È evidente che l'idea di fondo sia quella, paventata in apertura, di guardare alla permanenza del potere amministrativo come a qualcosa di dannoso per il rilancio dell'economia, a prescindere dalla necessità di far fronte all'emergenza in corso.

depotenziando anche gli strumenti per il contenimento del danno (riesame), allora è davvero preferibile investire sul privato e sulla sua responsabilizzazione piuttosto che continuare a cercare rimedi per una malattia, la paura di amministrare, ormai in crescente diffusione⁶⁹.

Purtroppo il timore per le conseguenze dell'errore che investe i funzionari pubblici fino a generare fenomeni ormai etichettati come “fuga dalla decisione”⁷⁰, per arginare i quali si è scelto di ripensare l'incidenza stessa dell'elemento soggettivo nelle diverse forme di responsabilità dell'amministrazione⁷¹, si accompagna ad un atteggiamento passivo e rinunciatorio anche da parte degli interpreti, che stentano a modificare orientamenti ormai pietrificati⁷² per aprire a soluzioni, quali l'affermazione della doverosità dell'esercizio del potere di riesame nelle fattispecie a formazione tacita, ormai necessarie e molto meno pregiudizievoli per amministrazione e privati di quanto non lo sia un investimento acritico su semplificazione e responsabilità⁷³.

Il potere di riesame diviene, in tale contesto, la più equilibrata forma di mediazione tra le contrapposte esigenze della celerità e della buona amministrazione e consente di contenere, almeno in parte, le derive della responsabilità⁷⁴. Questa rivisitazione dell'autotutela tradizionalmente intesa passa, tuttavia, per il superamento di un ulteriore pregiudizio ovvero quello che essa si esaurisca nel rimedio dell'annullamento d'ufficio, laddove quest'ultimo è l'estrema *ratio* cui attingere quando l'equilibrio degli interessi non è più ripristinabile attraverso sistemi conservativi.

Il riferimento è, in particolare all'istituto della convalida⁷⁵ che peraltro, a

⁶⁹ S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 1 ss., evidenza come «l'atteggiamento diffuso del funzionario è diretto a premunirsi rispetto ad eventuali future responsabilità, non decidendo, rinviando, chiedendo pareri, evitando l'innovazione laddove pericolosa e preferendo aderire a «precedenti», assicurandosi per la responsabilità amministrativa».

⁷⁰ Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515.

⁷¹ Si possono richiamare l'art. 264 del d.l. n. 34 del 2020, in tema di responsabilità erariale, e l'art. 23 del d.l. n. 76 del 2020 che ha riscritto il reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.

⁷² Il riferimento è chiaramente alla posizione assunta dalla giurisprudenza in ordine all'insussistenza dell'obbligo di esaminare e riscontrare l'istanza di riesame

⁷³ In linea con quanto sostenuto da G.D. COMPORI, *Prove di resistenza*, cit., 185, secondo il quale in un ordinamento caratterizzato da un crescente grado di complessità e dispersione degli interessi meritevoli di tutela e dalla (corrispondente) esigenza di semplificazione ed accelerazione dei processi decisionali [...] il ricorso alla richiesta di autotutela appare una risorsa vitalizzante in crescente diffusione [...].».

⁷⁴ Responsabilità che deve essere intesa in una accezione ampia che ricomprende anche la cosiddetta “responsabilità funzionale” su cui, lucidamente, A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. Amm.*, 3-2018, 677 ss.

⁷⁵ Sul tema, oltre alle osservazioni svolte da M. RAMAIOLI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., spec. 122, si rinvia al contributo di A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, (art. 21-nonies, comma 2 l. n. 241 del 1990 e s.m.i.), in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi*, cit., 501 ss. e, se si vuole, a S. TUCCILLO, *Autotutela amministrativa 2. Gli istituti*, in Treccani online, 2019.

fronte della decadenza del potere di annullamento di ufficio, risulta essere l'unico strumento per intervenire *sine die* sull'atto attributivo di vantaggi economici illegittimo, fermo restando il rispetto del termine ragionevole.

È allora lecito chiedersi se, per ragioni di sistema, essa non possa addirittura considerarsi un *prius* nelle ipotesi di silenzio assenso.

La funzione di ripristino della legalità violata si allinea, infatti, all'interesse del privato che ha tratto vantaggio dalla manifestazione tacita di assenso, all'interesse del funzionario di scongiurare il protrarsi delle conseguenze sfavorevoli in punto di responsabilità, configurabile sia per espressa previsione dell'articolo 21-*nomies*, sia per quanto affermato dall'articolo 21, comma 2-*ter*, e risponde al contempo anche alla non secondaria esigenza di restituire affidabilità al soggetto pubblico.

Il decorso del tempo, infatti, sia dal punto di vista procedimentale che da quello processuale, può consolidare gli effetti dell'atto, ma non può sanare effettivamente il vizio e le sue conseguenze sul piano della responsabilità. Ed è molto più coerente con la scelta normativa di decretare l'inefficacia del provvedimento tardivo per dare stabilità alla situazione giuridica dell'istante, quella di optare per una interpretazione che dia priorità all'autotutela conservativa rispetto a quella eliminativa. Una ipotesi in cui potrebbe risultare di indubbia utilità il ricorso alla convalida sembrerebbe essere quella in cui il provvedimento si sia formato tacitamente, seppur preceduto da un preavviso di rigetto, anche al solo fine di ricomporre l'aporia che si verrebbe a determinare in punto di fatto tra due manifestazioni di volontà – la prima espressa e la seconda silenziosa – almeno apparentemente antitetiche.

Senza contare che le resistenze tradizionalmente connesse all'utilizzo dell'istituto della convalida⁷⁶ circa la riduzione di garanzie per il controinteressato possono essere in parte attutite dalla considerazione che il relativo procedimento passa necessariamente per l'instaurazione del contraddittorio. La lettura proposta – che, giova ricordare, guarda alla valutazione amministrativa disgiunta dal piano della eventuale vicenda giurisdizionale – suggerisce una ricostruzione che tenga conto della contrapposizione possibile nel bilanciamento doveroso tra interesse alla convalida e interesse al travolgimento dell'atto e, dunque, tra la posizione di chi trae vantaggio dalla stabilità del provvedimento e chi invece aspirerebbe alla sua rimozione. Ma occorre guardare anche all'interesse dell'amministrazione a rimuovere l'illegittimità fonte di responsabilità per il funzionario. Se, infatti, si può concordare sulla opportunità di graduare la retroattività della convalida in modo da evitare di sottrarre al danneggiato dall'atto il legittimo il presupposto per avviare l'azione risarcitoria, non potrà negarsi che la condotta del funzionario che si adopera per rimuovere le cause d'invalidità sia da apprezzarsi e valutarsi adeguatamente in punto di giudizio di responsabilità di “apparato”. Perché i

⁷⁶ G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 201 ss.

continui richiami alla responsabilità devono avere come obbiettivo non la monetizzazione dell'errore (o quantomeno non solo), ma la responsabilizzazione del soggetto pubblico, che trova nella piena attingibilità del potere conservativo un fondamentale strumento di adempimento del dovere di ben amministrare.

Non bisogna dimenticare, peraltro, che la convalida sta conoscendo una stagione di rivalutazione anche per ovviare alla “pratica” della motivazione postuma. La giurisprudenza ha riconosciuto infatti che, fermo restando il divieto della motivazione postuma, una integrazione dell'iter motivazionale omesso possa essere compiuta soltanto in sede di convalida⁷⁷.

Ebbene, nelle ipotesi di provvedimento tacito l'esigenza di una esternazione delle motivazioni della decisione omessa può contribuire a scongiurare la responsabilità del funzionario al pari di quanto avviene per l'ipotesi in cui l'amministrazione rischi di subire un annullamento giurisdizionale per difetto di motivazione. Anche nelle dinamiche del nuovo comma 8 *bis* dell'articolo 2 si fa salva l'applicazione dell'articolo 21 *nonies* nella sua interezza, senza potersi desumere alcuna limitazione alla parte della disposizione relativa all'annullamento d'ufficio. Per tale ragione, se si dà spazio anche in sede normativa alla soluzione eliminativa, che evidentemente è la più affittiva in termini di certezza e stabilità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, non si vede perché non si possa auspicare che venga posta in primo piano quella conservativa.

⁷⁷ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 2020, n. 4038, secondo cui “nell'ambito di un processo amministrativo, la motivazione di un provvedimento è ammissibile solo nel caso in cui sia effettuata mediante gli atti del procedimento nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci, dai quali siano ricostruibili le concrete ragioni della determinazione assunta, oppure attraverso l'emanazione di un provvedimento di convalida autonomo”.

Abstract

Le recenti riforme della p.a., varate per rispondere alla crisi economica determinata dall'emergenza pandemica, si sono innestate su un tessuto normativo già ricco di criticità. La spinta ormai continua sugli istituti di semplificazione, l'investimento sulla responsabilità come deterrente per le inefficienze dei funzionari pubblici e la crescente sfiducia nell'amministrazione stanno generando esternalità negative che soltanto un ripensamento di alcune linee interpretative ormai consolidate potrà riuscire a contenere. Lo scritto si propone, in particolare, di analizzare le potenzialità del potere di riesame come strumento per bilanciare, insieme ad altri istituti di recente conio, la riduzione di garanzie determinata da un investimento poco cauto sul silenzio assenso come rimedio avverso l'inerzia patologica della p.a.

Administrative review, simplification and “fear of making decision”

by Silvia Tuccillo

Recent administrative reforms, launched in response to the economic crisis determined by the pandemic, have grafted to a regulatory structure that is already full of critical issues. Simplification policies, enhancement of responsibility as a deterrent to public servant's inefficiencies and growing mistrust in administration are generating negative externalities that need a radical rethink of some well-established interpretative legal lines. This paper aims to analyze the potential of self-defense power as a tool to balance, in combination with some recent legal institutions, the reduction of guarantees caused by a misguided use of silent assent as a remedy against the pathological inertia of public administration.

La revoca del Presidente del Consiglio Comunale: contributo alla individuazione della fattispecie

di Stefano Villamena

SOMMARIO: 1. Assenza di predeterminazione legislativa della fattispecie e tentativi di desumerne implicitamente la sussistenza dal Testo unico degli enti locali: rilievi critici. – 2. Modelli di revoca rintracciabili nelle fonti locali come effetto della summenzionata mancata predeterminazione della fattispecie: il *genus* (sfaccettato e maggioritario) della revoca politica e quello (omogeneo e minoritario) della revoca istituzionale – 3. Spunti sul sindacato giurisdizionale in tema: fra esigenze di disapplicazione della norma locale che prevede revoche politiche e recenti ampliamenti con riguardo ai mezzi istruttori – 4. Profili ricostruttivi: la revoca del Presidente del Consiglio comunale è un potere fondato sul venir meno del «rapporto di fiducia» con riferimento specifico però a inadempimenti istituzionali – 5. *Segue*: revoca del Presidente del Consiglio comunale come potere nella disponibilità della sola maggioranza consiliare da cui deriva pertanto un'esigenza di tutela in termini di riequilibrio a favore delle minoranze consiliari (ipotesi dell'abuso d'ufficio).

1. *Assenza di predeterminazione legislativa della fattispecie e tentativi di desumerne implicitamente la sussistenza dal Testo unico degli enti locali: rilievi critici*

Potrebbe apparire scontato che il Testo unico degli enti locali del 2000 si interessi al tema della revoca del Presidente del Consiglio comunale tracciandone almeno le linee fondamentali riguardo all'*organo* cui compete il potere, ai *presupposti* su cui esso si fonda, ai *limiti* al suo esercizio¹. Il Presidente del Consiglio

¹ Revoca, quella indicata, da intendersi tuttavia in senso atecnico, poiché la stessa è al di fuori della fattispecie contenuta nell'art. 21-*quinques* della legge sul procedimento amministrativo che costituisce, come noto, il paradigma generale in tema. Nonostante ciò, guardando ai presupposti previsti all'art. 21-*quinques* cit., la revoca del Presidente del Consiglio comunale potrebbe rientrare nel caso dei «sopravvenuti motivi di pubblico interesse» o in quello del «mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento». Tuttavia, i principali dubbi circa la sussimibilità della revoca *de qua* in quella prevista all'art. 21-*quinques* risiedono nel fatto che quest'ultima è legata ad un procedimento amministrativo tipico, mentre la revoca del Presidente del Consiglio comunale opera in una logica sganciata da una vera e propria procedimentalizzazione, si pensi al fatto che l'organo cui compete l'approvazione del provvedimento di revoca è il Consiglio comunale, dunque un organo politico e non certo amministrativo o, ancora, che in molte discipline locali a ciò dedicate non si prevedono forme di partecipazione e/o di contraddittorio a favore del Presidente del Consiglio comunale oggetto di revoca. Limitazioni, queste, giustificabili solo considerando come peculiare il procedimento in questione, cioè sganciato dalla stretta osservanza della legge sul procedimento amministrativo. Per alcuni risconti vedi successivo par. 2. Sull'inquadramento del potere di revoca in generale, nonché alla luce della riforma del 2005 che ha introdotto il menzionato art. 21-*quinques*, vedi: M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999 e ID., *Il potere amministrativo di revoca*, in *Federalismi.it*, 2017.

comunale rappresenta infatti una componente fondamentale del governo locale² e ciò dovrebbe condurre a disciplinare un potere tanto delicato – come quello di revoca – in grado di incidere sullo stesso esercizio delle competenze istituzionali che gli sono assegnate. A questo punto si resterebbe però sorpresi nel constatare che né il Testo unico degli enti locali menzionato, né tanto meno altra fonte legislativa nazionale si occupa dell'istituto, con la sola eccezione, a livello regionale, della Sicilia³. Ed è proprio tale macroscopica lacuna che rende il tema complesso e al tempo stesso stimolante.

Alle innumerevoli problematiche applicative che si riscontrano nella prassi si cercherà di fornire un contributo, se non risolutivo, almeno chiarificatorio. Ma se le basi legislative fossero esistite, sarebbe stato certamente più agevole sviluppare, nelle singole realtà comunali, l'istituto in esame attraverso le relative fonti, prima fra tutte lo statuto. Ciò non è accaduto. Di conseguenza, un istituto che si sarebbe potuto ricondurre al tema classico dell'autonomia locale⁴ nel cui

² Naturalmente, non come soggetto preordinato all'attuazione di un determinato indirizzo politico, bensì come figura necessaria al corretto funzionamento dell'organo consiliare. Sul Presidente del Consiglio comunale in generale, da ultimo: E. CARLONI, F. CORTESE, *Diritto delle autonomie territoriali*, Padova, 2020, 172. Su come in particolare l'istituto della revoca del Presidente del Consiglio comunale possa incidere sulle dinamiche interne alla forma di governo locale, vedi: L. VANDELLI, *Revoche e fiducia nei rapporti tra organi nel governo locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 469 e ss. Merita riportare un passaggio dello scritto appena indicato assai rilevante alla luce degli obiettivi del presente contributo: «La configurazione dei poteri di revoca si pone come elemento centrale delle relazioni tra organi di governo, contrassegnando e riflettendo la distinzione tra fiducia che si esaurisce al momento della investitura (dopo la quale il soggetto viene a far parte di «un autonomo sistema normativo, che prescinde dall'originaria scelta fiduciaria») e fiducia che impronta di sé il rapporto (come «situazione relazionale»)). Infine, sulla nozione di «indirizzo politico» a livello comunale, vedi l'ampio contributo di V. FANTI, *La sindacabilità del vincolo posto dall'atto d'indirizzo politico, con particolare riferimento agli statuti comunali*, in A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, vol. I, 2010, 505 e ss.

³ Art. 11-*bis*, l.r. Sicilia n. 35/1997, «Nuove norme per la elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio comunale e del Consiglio provinciale», in base a cui: il Presidente del Consiglio comunale può essere revocato «secondo le modalità previste nei rispettivi statuti»; la revoca «votata per appello nominale ed approvata da almeno i due terzi dei componenti del Consiglio, determina la cessazione dalla carica di Presidente». Comunque, una maggioranza così ampia come quella indicata tende naturalmente a rafforzare il Presidente del Consiglio comunale anche nel caso in cui i singoli statuti dovessero prevedere revoche di natura politica. Sul punto merita ricordare la costante giurisprudenza del giudice amministrativo siciliano (da ultimo: TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 22 settembre 2017, n. 615) in base a cui: «l'istituto della revoca del Presidente del Consiglio comunale può essere legittimamente disciplinato solo dallo statuto dell'ente locale (in tal senso, *ex multis*, questa sezione interna, sentenza n. 1653/2015)». Sul particolare contesto regionale siciliano vedi, fra gli altri, G. SERIO, *I poteri di controllo nei confronti del Sindaco e del Presidente del Consiglio comunale*, in *Nuove autonomie*, 2000, 235 e ss.

⁴ In particolare, a quello dell'autonomia *politica, organizzativa, normativa*, secondo le indicazioni offerte dall'art. 5 TUEL. Sul fatto che l'autonomia resta pur sempre un concetto con valore giuridico difficilmente precisabile, vedi, fra gli altri: M.S. GIANNINI, *Autonomia pubblica (teoria generale e diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 356 e ss.

alveo gli enti comunali esercitano le proprie prerogative, sfugge a tale sistematica, ponendo problemi alla ricostruzione della fattispecie⁵, che finiscono per ripercuotersi sul profilo applicativo sia dal lato della produzione normativa locale che da quello del contenzioso giurisdizionale⁶.

L'assenza di predeterminazione legislativa fa sorgere, anzitutto, problemi di carattere generale con riferimento specifico al rispetto del principio di legalità e, più in particolare, con i suoi corollari più diretti, allorché l'azione si fa atto, costituiti dalla tipicità e nominatività. Infatti, come insegna la dottrina tradizionale, ogni atto proveniente da un'amministrazione pubblica che abbia la capacità di incidere direttamente sulla posizione soggettiva del suo destinatario deve rispettare sia la previsione normativa sia (con essa) la «predeterminazione degli elementi che lo compongono»⁷. Entrambe queste componenti sono assenti nel potere di revoca del Presidente del Consiglio comunale.

Non è però nelle intenzioni di chi scrive stendere un semplice *cabiers de doléance* avente ad oggetto la mancata positivizzazione del potere in esame. Volendo allora scongiurare questo rischio occorre evidenziare in chiave ricostruttiva che nel Testo unico degli enti locali del 2000 esistono fattispecie revocatorie paragonabili in qualche modo a quella presa qui in esame. Si pensi all'ipotesi di revoca degli Assessori o a quella corrispondente riguardante il Segretario comunale.

In tal senso, l'art. 46 TUEL prevede che il Sindaco possa «revocare uno o più assessori, dandone motivata comunicazione al Consiglio». Mentre, relativamente ad un organo di garanzia come il Segretario comunale, l'art. 100, dello

⁵ Fra gli altri, lamentano l'assenza di previsioni legislative in tema: V. ANTONELLI, *Il ruolo istituzionale del Presidente del Consiglio comunale*, in *Foro amm.-CDS*, 2002, 1742 e ss. e G. FIGUERA, *Autonomia statutaria di Comuni e Province e revoca del Presidente del Consiglio*, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 1075 e ss.

⁶ Merita rilevare che, almeno per quanto ci consta, i contributi dottrinali sul tema specifico della revoca del Presidente del Consiglio comunale sono costantemente legati a pronunce giudiziarie in tema e si risolvono in riflessioni, talvolta anche molto critiche, sulle posizioni assunte dal giudice amministrativo nella singola vicenda dedotta in giudizio. Sembra così mancare una trattazione avente carattere generale. In tal senso, oltre ai contributi che saranno menzionati volta per volta nel corso della trattazione, sono individuabili le seguenti analisi: P. MINETTI, *La revoca del Presidente del Consiglio comunale alla luce di due recenti sentenze dei giudici amministrativi*, in *Comuni d'Italia*, 2004, 39 e ss.; G. LA TORRE, *Presidente del consiglio comunale. Presupposti della revoca*, in *Amm., it.*, 2005, 1184 e ss.; S. MELI, F. MELI, *Presidente del Consiglio comunale: possibilità o meno della revoca della deliberazione di nomina*, in *Amm. it.*, 2005, 531 e ss.; M. PETRULLI, *Il Presidente del Consiglio comunale. Breve rassegna di giurisprudenza sulla revoca per comportamenti contrari al ruolo super partes*, in *Nuova rass.*, 2007, 15 e ss.; M. PETRULLI, *Illegittimità del provvedimento di revoca del Presidente del Consiglio comunale con partecipazione al voto di un consigliere parente*, in *Nuova rass.*, 2009, 434 e ss.; E. MELANDRI, *Il Presidente del Consiglio: natura giuridica e revoca*, in *Nuove autonomie*, 1999, 838 e ss.; G. VIRGA, *La neutralità del Presidente del consiglio comunale*, in *LexItalia*, 2003; I. CACCIAVILLANI, *Copertura statutaria della revoca del Presidente del Consiglio comunale/provinciale*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2004, 675 e ss.

⁷ Così M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, 1959, IV, 157 e ss.

stesso TUEL, stabilisce che «Il Segretario può essere revocato con provvedimento motivato del sindaco [...] previa deliberazione della giunta, per violazione dei doveri d'ufficio»⁸. Di contro, come anticipato, nel caso del Presidente del Consiglio comunale non si prevede alcuna possibilità in tal senso. L'art. 39 TUEL, dedicato interamente ai suoi poteri – dunque al suo ruolo istituzionale e di garanzia nel contesto locale – non accenna a tale aspetto.

Ciò potrebbe rappresentare un primo segnale circa la volontà di non riconoscere un simile potere nel nostro ordinamento. Si potrebbe sostenere infatti che quando il Legislatore ha voluto prevedere un potere di tal genere a livello comunale lo ha fatto espressamente, sia con riguardo ad un organo eminentemente politico come l'Assessore, che con riguardo ad un organo di garanzia come il Segretario comunale. Tali revoche (*espressamente previste*) hanno certamente natura differente: nel primo caso alla base della revoca vi sono ragioni politiche, nel secondo invece la violazione dei doveri d'ufficio.

Vi sono pertanto ben due ipotesi che avrebbero potuto rappresentare modelli di riferimento da cui attingere in direzione dello specifico caso della revoca del Presidente del Consiglio comunale. Nonostante ciò, il richiamato art. 39 TUEL – norma base in tema – nel conferire al Presidente del Consiglio comunale una serie di poteri di natura istituzionale (come ad esempio quello di «convocazione e direzione dei lavori» e quello di «preventiva informazione ai gruppi consiliari ed ai singoli consiglieri sulle questioni sottoposte al Consiglio»⁹) non prevede tale potere. L'antico brocardo latino *minus dixit quam voluit* non sembra pertanto ammissibile nel caso di specie per giustificare un'interpretazione estensiva.

Lo stesso art. 39 offre la possibilità di aggiungere ulteriori poteri al Presidente del Consiglio comunale attraverso le fonti locali¹⁰. Infatti, l'articolo menzionato contiene solo una prima ma non esaustiva elencazione delle competenze attribuite al Presidente, non un numero chiuso, dunque tassativo delle stesse.

L'analisi delle fonti locali conferma questa ipotesi. Esiste uno spettro di poteri attribuiti al Presidente del Consiglio che va ben oltre quanto previsto nel TUEL. Si pensi ai poteri (ad esso attribuiti volta per volta dalle norme locali) come quelli di precisare «i termini delle proposte da discutere e da votare» in Consiglio, di «decidere sulla ricevibilità degli atti presentati dai Consiglieri», di

⁸ Art. 100, comma 1 TUEL.

⁹ Per maggiori specificazioni sul punto: S. COLOMBARI, *Neutralità e garanzie nella figura del presidente del consiglio di comuni e province*, in *Foro amm.* – CDS, 2002, 1753 e ss.

¹⁰ Al comma 1 del medesimo articolo si stabilisce infatti che: «Al Presidente del Consiglio sono attribuiti, tra gli altri, i poteri di convocazione e direzione dei lavori e delle attività del consiglio». L'inciso «tra gli altri» – contenuto nella disposizione – indica chiaramente che la serie di poteri attribuita all'organo presidenziale non rappresenta un numero chiuso bensì un'elencazione esemplificativa.

stabilire «il termine della discussione e l'ordine delle votazioni», di convocare i dirigenti e gli amministratori di enti e società comunali al fine di ottenere chiarimenti e informazioni¹¹, di disporre dell'aula consiliare e dei relativi spazi di pertinenza¹², di assumere la relativa decisione quando nel corso della seduta si presentino situazioni non disciplinate¹³, infine di proporre l'istituzione di commissioni di indagine per svolgere accertamenti su fatti inerenti gli organi del Comune¹⁴.

Da questa precisazione – intimamente legata al rapporto fra superiore precetto legislativo e autonomia riconosciuta alle fonti locali – non può tuttavia farsi discendere come avviene in sede giurisprudenziale la possibilità inversa, ossia che dal più volte menzionato art. 39 TUEL si possa desumere un implicito potere di revoca a livello comunale. Tale articolo, infatti, non può essere inteso come una fonte da cui estrapolare limitazioni non previste nei confronti del Presidente del Consiglio comunale, ma semmai esattamente l'opposto, ossia come visto per il riconoscimento di ulteriori poteri a suo favore.

Pertanto, nel caso di specie, non sarebbe ammissibile la teorica del *contrarius actus*¹⁵ per giustificare il potere di revoca del Presidente del Consiglio comunale. Come noto, applicando tale teorica si dovrebbe concludere che, siccome il Consiglio comunale ha il potere di nomina del Presidente del Consiglio comunale, allora il medesimo Consiglio avrebbe anche il potere inverso, ossia di revoca dello stesso. Tuttavia, a parte verificare la non scontata ammissibilità di tale teorica ad un procedimento, come quello in esame, che non può essere ascritto al novero dei tipici procedimenti amministrativi su cui l'autotutela e (il connesso) *contrarius actus* generalmente operano, l'applicabilità di questa alla fattispecie in esame sarebbe preclusa proprio dallo stesso contenuto dell'art. 39 TUEL, che esclude (nei termini già precisati) limitazioni non previste nei confronti del Presidente del Consiglio comunale.

L'impostazione oggetto di critica è inoltre offuscata da un altro elemento che segnala un difetto di prospettazione. Si vorrebbe infatti far discendere dall'art. 39 TUEL un implicito potere di revoca, mentre, a rigor di logica, del potere indicato si dovrebbe occupare l'art. 42 TUEL, in quanto previsione, quest'ultima, che si occupa dei poteri del Consiglio comunale. Il menzionato art. 42, però, non prevede fra le attribuzioni consiliari la revoca del Presidente del Consiglio comunale.

¹¹ È il caso del Comune di Firenze (art. 3, comma 3 Statuto).

¹² È il caso del Comune di Genova (art. 29, comma 6 Regolamento Consiglio).

¹³ È il caso del Comune di Bologna (art. 2 Regolamento Consiglio).

¹⁴ È il caso del Comune di Ancona (art. 16 Regolamento Consiglio).

¹⁵ In senso diverso, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20 aprile 2017, n. 2174: «non può negarsi, alla luce del principio del *contrarius actus*, la possibilità per il Consiglio comunale di addivenire alla revoca dell'incarico *de quo*: se, cioè, all'organo assembleare spetta per legge (art. 39, comma 1, del D.Lgs. n. 267 del 2000) la designazione del proprio Presidente, al medesimo non può non spettare, specularmente, la rimozione di quest'ultimo». In tema: I. CACCIAVILLANI, *Copertura statutaria della revoca del Presidente del Consiglio comunale/provinciale*, cit.

Cui si aggiunge l'ulteriore specificazione secondo cui il Consiglio comunale è organo a competenza *tassativa*. Esso cioè non può interessarsi di competenze che non gli sono direttamente attribuite dalla legge. Naturalmente la modificazione di tale *tassatività* è preclusa alle fonti locali¹⁶.

In alternativa a tali impostazioni oggetto di rilievi critici, si vorrebbe far discendere il potere di revoca del Presidente del Consiglio comunale dall'art. 6, comma 2 TUEL, nella parte in cui riconosce allo statuto comunale, pur nei limiti generali fissati dalla legge, il potere di specificare le attribuzioni degli organi comunali¹⁷. Per questa via si vorrebbe arrivare a riconoscere alla fonte statutaria la capacità di prevedere il potere di revoca oggetto di analisi. Ma anche questa interpretazione deve fare i conti con la *tassatività* delle attribuzioni riconosciute al Consiglio comunale dall'art. 42 TUEL, che rappresenta un limite difficilmente superabile. Infatti, si potrebbe osservare che allo statuto comunale è sì riservata la specificazione delle attribuzioni degli organi locali, ma nei limiti di quanto precisato dal TUEL. E, siccome si dà per scontato che il relativo potere di revoca spetti al Consiglio comunale, quest'ultimo potere sarebbe precluso al medesimo Consiglio proprio perché tale attribuzione non è indicata fra quelle riconosciute dall'art. 42 TUEL.

Per superare questa limitazione si dovrebbe attribuire il potere di revoca del Presidente del Consiglio comunale ad altro organo diverso dal Consiglio. Si potrebbe ipotizzare la Giunta perché ad essa il TUEL riconosce una competenza general-residuale (in passato attribuita al Consiglio). Resta il fatto, tuttavia, che attraverso l'art. 6 TUEL non sembra possibile attribuire allo Statuto comunale il potere di riconoscere al Consiglio comunale la possibilità di revocare il (suo) Presidente.

Nonostante i dubbi che si nutrono sulla stessa legittimità del potere di cui si discute, il medesimo potere tuttavia esiste, come se fosse parte della *costituzione materiale* del nostro ordinamento locale. Ciò determina problemi di non poco momento soprattutto ove la disciplina adottata dai Comuni (in un sistema in cui

¹⁶ Sul punto: L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2018, 151. L'Autore appena indicato precisa inoltre che «Al Consiglio, sino all'approvazione della legge 142 del 1990, era attribuita la competenza generale (essendo questo competente a deliberare su «tutti gli oggetti che sono propri dell'amministrazione comunale e che non sono attribuiti alla Giunta o al sindaco»). La regola aveva portato a sovraccaricare il Consiglio di una grandissima quantità di atti e, conseguentemente, a un diffuso ricorso, da parte del Consiglio stesso, a deleghe alla Giunta o, da parte di questa, dei poteri di adottare atti di competenza consiliare in via di urgenza».

¹⁷ Su questo punto: Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 14 dicembre 2011, n. 3150. A livello dottrinale sembra caldeggiare questa ipotesi: G. GIOFFRÉ, *Le "prerogative" del Presidente del Consiglio comunale e provinciale*, in *Nuova rass.*, 2011, 1640. Sul tema generale vedi: A. PIOGGIA, *I principi come limite dell'organizzazione degli enti locali*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, 83 e ss.

non vi è più controllo preventivo di legittimità) non sia coerente con la natura dell'incarico presidenziale e con le funzioni ad esso assegnate dal TUEL. La stessa giurisprudenza è stata sul punto oscillante.

Il saggio si pone pertanto come proposito quello di ricostruire tali aporie e di fornire l'interpretazione più adeguata e i possibili correttivi anche e a tutela delle minoranze.

2. *Modelli di revoca rintracciabili nelle fonti locali come effetto della summenzionata mancata predeterminazione della fattispecie: il genus (sfaccettato e maggioritario) della revoca politica e quello (omogeneo e minoritario) della revoca istituzionale*

Chi duri la fatica di consultare, anche parzialmente, le fonti locali in ordine alla revoca del Presidente del Consiglio comunale coglierà l'esistenza di fattispecie differenti.

In alcuni Comuni, il potere di revoca del Presidente del Consiglio comunale non è affatto previsto, in altri esso è contemplato ma con latitudini tali da farlo assurgere ad una sorta di revoca di natura politica, in altre realtà comunali infine la revoca è prevista solo all'esito dell'accertamento di gravi violazioni da parte del suo destinatario. Si tratta evidentemente di uno scenario variegato, di cui risente anche la giurisprudenza che talora sembra accarezzare l'idea di qualificare il potere in esame alla medesima stregua di un *atto politico*, dunque sostanzialmente insindacabile.

Naturalmente il problema giurisprudenziale – se così può definirsi – raggiunge il suo acme quando la revoca del Presidente del Consiglio comunale, pur praticata in un determinato contesto comunale, manchi di una specifica previsione nelle relative fonti locali¹⁸. Da ciò, le principali questioni che si agitano nella fattispecie, ossia: (i) è possibile la revoca del Presidente del Consiglio comunale nonostante la mancanza di una previsione specifica che la contempli? (ii) In caso di risposta affermativa a questa prima domanda, è possibile una revoca per ragioni puramente politiche legate cioè al rapporto di fiducia fra soggetto che ricopre lo scranno di Presidente e maggioranza politica presente a livello comunale? (iii) Infine, sempre rispondendo positivamente alla prima domanda, si può ammettere la revoca per ragioni istituzionali, pur non ammettendola per ragioni puramente politiche?

Anzitutto, tali quesiti suggeriscono attenzione continua al fenomeno in esame. Si è di fronte ad un potere letteralmente sfuggente e capace nonostante ciò di incidere pesantemente sull'azione del Presidente del Consiglio comunale votata alla garanzia del funzionamento dell'organo nell'ambito del governo loca-

¹⁸ Per questa via si pone il problema più acuto in tema, consistente nella revoca come *potere implicito* riconosciuto al Consiglio comunale, cui si è già trattato.

le. Dunque, più che in altri casi, non può prescindersi nella fattispecie in esame dall'analisi della disciplina normativa, anche per cercare di colmare l'assenza di norme legislative in tema.

Considerando come possibile campione rappresentativo l'insieme delle fonti appartenenti ai Comuni capoluogo di Provincia, a partire naturalmente dagli statuti comunali, per poi passare ai regolamenti sul funzionamento del Consiglio, dal *nudo e grezzo materiale normativo*¹⁹ emerge quanto segue. Anzitutto ci sono realtà comunali in cui il potere di revoca del Presidente del Consiglio non è punto previsto²⁰. In esse si mette l'interprete nel dubbio se il relativo potere possa essere esercitato dal Consiglio, dovendo lo stesso misurarsi con i limiti rappresentati dai già richiamati principi di nominatività e di tipicità della fattispecie.

Invero, l'ammissione di tale potere in questi ambiti²¹ conduce ad una situazione paradossale, nel senso che la revoca del Presidente del Consiglio risulta in tali realtà addirittura più libera rispetto a dove essa viene prevista. Infatti, ove l'esercizio del relativo potere è disciplinato risulterà almeno l'obbligo di una (seppur minima) procedimentalizzazione dello stesso, sottoponendolo per questa via all'eventuale giudizio amministrativo. La procedimentalizzazione può essere anche molto articolata²². Si segnala, a titolo esemplificativo, quel regolamento comunale che, nel disciplinare la *proposta di revoca* del Presidente del Consiglio, stabilisce quanto segue: la proposta menzionata dovrà contenere una «dettagliata esposizione dei motivi che la supportano», «almeno un terzo dei Consiglieri comunali» potranno promuoverla e ammetterla «con votazione segreta» «a maggioranza dei Consiglieri assegnati», a questo punto, infine, al Presidente del Consiglio comunale si dovrà dare la possibilità di presentare le sue controdeduzioni e, solo dopo questo passaggio, il Consiglio potrà deliberare sulla proposta di revoca con «votazione segreta e a maggioranza dei due terzi»²³.

Un simile procedimento, a parte il possibile sindacato *nel merito*, consentirà senz'altro all'organo giurisdizionale anche un controllo *nel metodo* di esercizio del potere. Ma, ove anche tali *paletti* procedurali dovessero mancare nella normativa locale, il relativo potere sarebbe a quel punto sostanzialmente insindacabile.

Di contro, esistono realtà comunali che, a differenza di questo primo gruppo indicato, prevedono il potere di revoca del Presidente del Consiglio

¹⁹ Come, in generale, lo definiva M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quad. fiorentini*, 1973, 239.

²⁰ Ad esempio nei Comuni di Napoli, Cosenza, Gorizia.

²¹ Sul punto, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20 aprile 2017, n. 2174: «l'assenza di apposita previsione statutaria non può tradursi in una sorta di inamovibilità assoluta o quasi assoluta del Presidente del Consiglio comunale».

²² A tal proposito, per un caso in tema, vedi TAR Campania, Napoli, Sez. I, 30 novembre 2016, n. 5544, relativo alla mancanza del *quorum* richiesto (da parte dell'organo deliberante) come fonte d'illegittimità della revoca approvata.

²³ Art. 12 comma 4 Reg. Cons. Comune di Cesena.

comunale. In esse, pertanto, la questione della predeterminazione normativa della fattispecie non si pone con lo stesso grado di serietà²⁴, determinandosi la questione – comune a tutte le ipotesi di revoca considerate nel presente scritto – delle *modalità* concrete di disciplina del potere, specie riguardo alla natura dei *presupposti*. Il quadro diventa qui assai articolato.

Nel *genus* riguardante le revocche di natura politica – che nei Comuni oggetto di ricerca, cioè i principali Comuni italiani, è quello a cui possono essere ascritte il numero maggiore di ipotesi – è possibile annoverare come prima *species* i Comuni in cui il potere è previsto, ma senza l'indicazione dei relativi presupposti²⁵. In tale vuoto di disciplina, la revoca può assumere le vesti sia di *revoca politica* che di *revoca istituzionale*, oppure l'una e l'altra insieme.

In tale fattispecie si evidenzia una disciplina interessata ai soli profili formali, cioè alla fase riguardante l'*iniziativa* e/o a quella riguardante il *quorum* per la relativa deliberazione²⁶, non altro. Le fonti locali riconducibili a questa *species* trascurano il tema cruciale dei presupposti da porre a base della revoca, occupandosi delle sole *premesse* procedurali all'esercizio del potere.

Ma queste fonti non sono certo in grado di contenere possibili arbitri perpetrati dalla maggioranza consiliare nei confronti del Presidente. Come quando la

²⁴ Seppure, come visto nel paragrafo precedente, possa residuare il dubbio se una fonte non legislativa sia idonea a disciplinare un potere così delicato.

²⁵ Si tratta, ad esempio, dei Comuni di Ancona (art. 8, comma 8 Statuto); Bologna (art. 25-ter Statuto); Catanzaro (art. 7, comma 1 Regolamento Consiglio); Perugia (art. 21, comma 1 Regolamento); Trento (art. 58, comma 3 Regolamento Consiglio); Venezia (art. 5-bis, comma 4 Statuto); Milano (art. 22, comma 1 Statuto); Forlì (art. 21 Statuto); Parma (art. 22, comma 7 Statuto); Piacenza (art. 21, comma 2 Statuto); Latina (art. 28, comma 5 Statuto); Viterbo (art. 17, comma 6 Statuto); Brescia (art. 13, comma 5 Statuto); Cremona (art. 115, comma 2 Regolamento Consiglio); Lecco (art. 7, comma 5 Statuto); Monza (art. 16, Regolamento Consiglio); Ascoli Piceno (art. 4, comma 4, Regolamento Consiglio); Pesaro (art. 10, comma 3 Regolamento Consiglio). Si precisa, infine, che altri Comuni capoluogo di Provincia prevedono la fattispecie revocatoria qui indicata, ma si tralasciano perché si ritiene non necessario procedere oltre ai fini della ricerca, l'orientamento di fondo è oramai ben delineato.

²⁶ Con la precisazione che, nei casi di cui sopra, si prevede talvolta una maggioranza assai elevata per approvare la revoca del Presidente del Consiglio comunale (che può raggiungere anche i due terzi dei componenti dell'organo) nonché la votazione palese della stessa. Ad esempio, nel (già indicato) Comune di Forlì si stabilisce, all'art. 21 dello Statuto, che «Il Presidente può essere revocato dal Consiglio comunale su richiesta motivata, depositata almeno dieci giorni prima e sottoscritta dal sindaco o da altri membri del Consiglio in numero non inferiore ad un quinto degli eletti, con il voto palese favorevole dei due terzi dei consiglieri assegnati» (corsivo mio). Ancora, nel (già indicato) Comune di Parma, lo Statuto comunale prevede, all'art. 22 comma 7, che «Il Presidente può essere revocato dal Consiglio Comunale con deliberazione motivata, assunta con la maggioranza di almeno i due terzi dei Consiglieri assegnati al Comune». Tutto ciò, senza eliminare la natura politica della revoca in esame, contribuisce a rafforzare la posizione del Presidente innanzi alla stessa, poiché con la maggioranza politica che governa il Comune difficilmente potrà approvare la revoca senza il supporto dell'opposizione.

stessa approva una revoca nei confronti di quest'ultimo, mascherandone le reali ragioni dietro vaghe e difficilmente sindacabili motivazioni politiche, mentre le vere ragioni sono invece da ricercare altrove (come ad esempio nella forte presa di posizione del Presidente in merito all'esigenza di controlli contabili invisibili tuttavia alla maggioranza consiliare²⁷).

Merita qui ricordare quanto efficacemente rilevato in dottrina: il Presidente del Consiglio comunale «non può essere esautorato per non aver agevolato chi si aspettava di esserlo, ma solo per non aver saputo tenere una condotta equidistante²⁸».

Assimilabile a questo primo gruppo di revoche è poi il caso di quei Comuni (rappresentativi della seconda *species* in tema) che, pur indicando dei presupposti alla base della revoca, lo fanno utilizzando formule così ampie e indeterminate da coprire tutte le possibili ipotesi, vanificando così lo scopo più diretto di tale indicazione.

Si afferma così che la revoca del Presidente del Consiglio comunale è possibile «solo per motivi istituzionali e/o per motivi di sfiducia politica²⁹». Quindi sempre! Ove l'utilizzo dell'espressione «solo» (impiegata dalla norma) appare più che altro *canzonatoria*, poiché alla luce dei presupposti menzionati la revoca sarà possibile in ogni caso, vale a dire sia per ragioni politiche che per ragioni istituzionali.

Nel *genus* di cui si sta trattando è poi possibile individuare una terza *species* di casi condensati attorno alla previsione di una revoca determinata dall'approvazione di una *mozione di sfiducia* da parte del Consiglio comunale³⁰, riprendendosi

²⁷ Vedi sul punto Corte conti, Sez. Campania, 31 gennaio 2006, n. 3: «qualunque richiesta di parere appare ammissibile sotto il profilo della legittimazione del Presidente del Consiglio comunale, essendo opinione generale che questi [...] nel promuovere, dirigere, controllare e coordinare le funzioni proprie del Consiglio comunale previste dal successivo art. 42, e nell'attuare, congiuntamente al Sindaco, l'attività di indirizzo e di controllo politico e amministrativo, è organo del Comune ed è dotato di poteri di rappresentanza sostanziale relativamente alle questioni di competenza dell'Organo consiliare».

²⁸ E. STICCHI DAMIANI, *La decadenza del Presidente del Consiglio comunale e provinciale*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 1841.

²⁹ Sono i casi, con formulazione identica, dei Comuni di Lodi (art. 33, comma 1 Statuto) e di Biella (art. 20, comma 6 Statuto), secondo cui il Presidente del Consiglio comunale può essere revocato «su proposta motivata di almeno un terzo dei componenti il Consiglio, solo per motivi istituzionali e/o per motivi di sfiducia politica, e con il voto favorevole, espresso per appello nominale, della maggioranza assoluta dei componenti il Consiglio». In maniera sostanzialmente similare, nel Comune di Messina (art. 46, comma 4 Statuto) si stabilisce «I componenti dell'Ufficio di presidenza possono essere revocati dal Consiglio, sia singolarmente che globalmente, *per gravi violazioni di legge o a seguito di mozione motivata*, presentata rispettivamente da almeno un decimo o un quinto dei consiglieri, ovvero da un gruppo consiliare approvato a maggioranza assoluta» (corsivo nostro).

³⁰ Bari (art. 8 Statuto); Potenza (art. 18, comma 2 Statuto); Chieti (art. 35, comma 6 Statuto); Reggio Calabria (art. 83, comma 2 Statuto); Modena (art. 28, comma 4 Statuto); Rimini (art. 5-*bis*, comma 4 Statuto); Frosinone (art. 39, comma 5 Statuto); Barletta (art. 11, comma 2 Statuto);

in tal modo *per tabulas* l'istituto della sfiducia nei confronti del Sindaco (di cui all'art. 52 TUEL³¹). Una simile trasposizione costituisce però una forzatura. Infatti, il trapianto di un istituto giuridico che regola i rapporti fra due organi politici – come quelli fra Consiglio e Sindaco, a livello locale, o fra Parlamento e Governo a livello statale – non può essere utilizzato per disciplinare i rapporti fra un organo politico (come il Consiglio comunale) e un (organo istituzionale a connotazione garantista) come il Presidente del Consiglio comunale. A differenza di quanto accade nel rapporto fra Sindaco e Consiglio, nel caso che qui interessa non è in gioco il sostegno politico della maggioranza nei confronti delle misure assunte dal Sindaco in direzione degli obiettivi prefissati nel programma elettorale, bensì l'esatto adempimento di compiti riconosciuti al Presidente a garanzia del funzionamento del Consiglio.

Per chiudere il cerchio in merito al *genus* indicato, caratterizzato dal fatto di prevedere revoche politiche del Presidente del Consiglio comunale, occorre considerare infine la categoria costituita dalla revoca del Presidente per «gravi motivi»³².

È una tipologia assimilabile a quella riguardante i Comuni che, pur prevedendo il potere di revoca, non indicano tuttavia i relativi presupposti. Infatti, le due *species* sono almeno parzialmente sovrapponibili ove i «gravi motivi» a presupposto della revoca possono comunque condurre a revoche sia politiche che istituzionali.

Ciò detto, una differenza sussiste guardando alla latitudine dei presupposti riguardanti le due categorie in esame, nel senso che solo in quei Comuni che prevedono il potere di revoca senza precisarne i presupposti, risulterà possibile revocare il Presidente del Consiglio comunale sia per «gravi motivi» sia per motivi ulteriori non caratterizzati da tale gravità.

Occorre evidenziare, inoltre, che nel *genus* riguardante questo insieme di esperienze comunali è possibile rinvenire previsioni singolari. Emblematico

Brindisi (art. 18, comma 3 Statuto); Livorno (art. 32, comma 4 Statuto); Treviso (art. 3, comma 9 Regolamento Consiglio); Vicenza (art. 40, comma 2 Statuto). Altri Comuni capoluogo di Provincia prevedono la fattispecie revocatoria qui indicata, ma si tralasciano perché si ritiene non necessario procedere oltre ai fini della ricerca, l'orientamento di fondo è ben delineato. Da segnalare, infine, che talvolta la sfiducia è approvata a votazione palese talaltra a votazione segreta. Inoltre, le maggioranze richieste possono variare, passando dalla maggioranza semplice a quella assoluta fino a quella qualificata.

³¹ Secondo cui il Sindaco cessa dalla carica «in caso di approvazione di una mozione di sfiducia votata per appello nominale dalla maggioranza assoluta dei componenti il consiglio».

³² Pescara (art. 16, comma 6 Statuto); Benevento (art. 20 Statuto); Udine (art. 22, comma 8 Statuto); Mantova (art. 21-*quater*, comma 2 Statuto); Sassari (art. 15, comma 11 Statuto). Altri Comuni capoluogo di Provincia prevedono la fattispecie revocatoria qui indicata, ma si tralasciano perché non si ritiene necessario menzionarli ai fini della ricerca, l'orientamento di fondo è oramai ben delineato.

l'esempio rappresentato da quella norma regolamentare che, nel disciplinare la revoca del Presidente del Consiglio comunale, ne condiziona l'esercizio a requisiti temporali piuttosto peculiari, facendone esplicito divieto in queste due fasi: «ventiquattro mesi dall'inizio del mandato» e «negli ultimi centottanta giorni del mandato medesimo»³³.

In tal modo si prevede un'inibitoria al potere di revoca del Presidente (operante come visto nel periodo iniziale e finale del mandato) che risulta criticabile ove si consideri che, per un lungo lasso di tempo il potere di revoca è come sospeso con l'effetto di blindare il Presidente da possibili revoche, mentre quando l'inibitoria non opera più si lascia il medesimo Presidente in balia della maggioranza consiliare di turno. È una previsione che raggiunge il singolare risultato di essere, allo stesso tempo, sproporzionata *in eccesso* e sproporzionata *in difetto*: in eccesso, perché quando l'inibitoria opera è fin troppo rigida; in difetto, perché quando all'opposto essa non opera indebolisce oltremodo il Presidente. I due momenti sono talmente antitetici fra loro da porsi probabilmente in contrasto con lo stesso principio di ragionevolezza.

Su tutt'altra linea, invece, si collocano quei Comuni che appartengono al *genus* delle revoche istituzionali in cui – oltre a prevedersi una serie di limiti formali che caratterizzano invero la maggior parte dei casi in cui la revoca è regolata a livello locale – si prevedono motivi legati a inadempimenti specifici quali presupposti all'esercizio del potere di revoca del Presidente del Consiglio comunale. La *species* caratterizzante questo *genus* è quella della revoca nel solo caso di gravi violazioni di legge, di statuto e di regolamento³⁴, limitandosi la politicità della revoca e risultando per questa via più in linea con il ruolo del Presidente del Consiglio.

A questo *genus* appartiene anche l'ulteriore *species* in cui il Presidente del Consiglio comunale può essere revocato a causa del venir meno della fiducia del Consiglio, ma solo a seguito di violazione dei doveri istituzionali³⁵. Dunque,

³³ Art. 5, comma 2 Reg. Cons. Comune di Palermo.

³⁴ Art. 20, comma 6 e ss. Regolamento Consiglio del Comune di Roma. Su questa linea si colloca anche il Comune di Teramo (art. 21, comma 2 Statuto); Reggio Emilia (art. 20, comma 1 Statuto); Caserta (art. 6, comma 2 Statuto); Salerno (art. 20 Statuto); Imperia (art. 38, comma 7 Statuto); Como (art. 23, comma 2 Statuto); Sondrio (art. 11, comma 1 Regolamento Consiglio); Macerata (art. 7 comma 3, Statuto); Asti (art. 8, comma 5 Statuto); Foggia (art. 4, comma 7 Regolamento Consiglio); Arezzo (art. 40, comma 4 Statuto); Padova (art. 32, comma 6 Statuto); Genova (art. 32, comma 1 Statuto); Torino (art. 27, comma 8 Statuto); Firenze (art. 19, comma 2 Statuto). Altri Comuni capoluogo di Provincia prevedono la fattispecie revocatoria qui indicata, ma si tralasciano perché si ritiene non necessario ai fini della ricerca procedere oltre, l'orientamento di fondo è oramai ben delineato.

³⁵ Ad esempio nei casi dei Comuni di Campobasso (art. 14, comma 7 Statuto); Cagliari (art. 9, comma 6 Regolamento Consiglio); Varese (art. 29, comma 7 Statuto); La Spezia (art. 12, Regolamento Consiglio); Fermo (art. 18, comma 9 Statuto); Ravenna (art. 15, comma 5 e 6 Statuto); Pordenone (art. 7, comma 1 Regolamento Consiglio). Merita evidenziare che, anche in altri

si tratta di revoche determinate solo formalmente dal venir meno del rapporto di fiducia consiliare, ma che in realtà di politico hanno ben poco, poiché sottintendono inadempimenti specifici altrimenti sarebbero illegittime, svuotano così di contenuti la politicità della relativa sfiducia. Più specificamente i presupposti individuabili in questi casi (e riconducibili alla figura del Presidente) sono: inadempimento; venir meno della neutralità; per gravi e ripetute violazioni di legge, statuto o regolamenti; venir meno al dovere di imparzialità; per gravi e comprovati motivi inerenti la funzione.

Infine, nell'ambito del genere in esame, merita segnalare il caso forse più articolato e approfondito, in cui cioè lo Statuto comunale prevede che il Presidente del Consiglio comunale possa essere revocato per «azioni o omissioni comportanti gravi violazioni della legge, dello Statuto, del Regolamento di funzionamento del Consiglio e di altri regolamenti comunali, che abbiano concretamente ostacolato l'esercizio delle prerogative del Consiglio, delle commissioni consiliari, dei gruppi consiliari e/o dei singoli Consiglieri e Consigliere»³⁶. Un esempio – secondo l'impostazione qui sostenuta – di come dovrebbe essere regolato l'istituto della revoca del Presidente del Consiglio comunale.

3. *Spunti sul sindacato giurisdizionale in tema: fra esigenze di disapplicazione della norma locale che prevede revoche politiche e recenti ampliamenti con riguardo ai mezzi istruttori*

Il panorama descritto rappresenta l'effetto della mancanza di disciplina legislativa in tema. Solo fissando, a livello generale, i *livelli essenziali* si potrebbe tentare di porre rimedio alla frammentazione che caratterizza negativamente la materia³⁷. I dubbi giuridici che si pongono sono stati già evidenziati in precedenza, qui ci si può limitare a riassumerli con una rapida battuta: la revoca del Presidente del Consiglio comunale è un potere piuttosto incisivo, ma nonostante ciò sfornito delle tradizionali limitazioni e garanzie previste dal superiore precetto legislativo.

Date le circostanze, un ruolo incisivo dovrebbe essere giocato in tema dalla giurisprudenza amministrativa attraverso cui elaborare una sorta di *statuto* del potere di revoca del Presidente del Consiglio comunale al fine di colmare i vuoti in materia. Tale statuto dovrebbe anzitutto escludere i casi di revoca fondati su ragioni puramente politiche, non foss'altro per i limiti che da essi derivano sul piano del sindacato giurisdizionale.

Allorché il giudice dovesse riscontrare motivazioni politiche a base della revoca, dovrebbe senz'altro dichiarare illegittimo l'esercizio del relativo pote-

Comuni capoluogo di Provincia, si prevede la fattispecie revocatoria qui indicata, ma si tralascia di considerarla perché non utile ai fini della ricerca, l'orientamento di fondo è oramai ben delineato.

³⁶ Art. 20, comma 1 Statuto Comune di Reggio Emilia.

³⁷ Mentre, come visto, fa eccezione la Regione Sicilia (*retro* par. 1).

re, anche disapplicando ove necessario la norma locale che contempla tale revoca³⁸. Quest'ultima contrasterebbe infatti con i superiori principi di legalità, tipicità e nominatività più volte richiamati, ragion per cui la disapplicazione della norma locale sarebbe qui impiegata come strumento tipico di risoluzione delle antinomie³⁹. In alternativa, ammettendo che il potere di revoca del Presidente del Consiglio comunale rappresenti un potere implicito desumibile dall'art. 39 TUEL – pur se come già affermato in precedenza questa lettura non convince – si potrebbe interpretare la norma regolamentare conforme alla disciplina generale per la parte riguardante la previsione del potere di revoca e inevitabilmente in contrasto con la disciplina superiore se dovesse prevedere presupposti politici a fondamento della revoca e, a questo punto, si dovrebbe procedere senz'altro alla disapplicazione *in parte qua* della stessa.

Esclusa l'ammissibilità di revoche politiche, il sindacato giurisdizionale dovrà pur sempre spingersi fino alla verifica dei fatti a fondamento del *cattivo esercizio* del potere presidenziale a base della revoca, non limitandosi ad un controllo esterno sulla ragionevolezza di ciò che è stato allegato nel relativo provvedimento. Le attività rilevanti ai fini della revoca sono quelle in grado di incidere negativamente sull'ordinato buon andamento dei lavori consiliari, da intendersi come sequenza procedimentale che consente ai Consiglieri di adempiere al proprio ufficio. Se ciò venisse impedito, o fortemente limitato, talvolta anche con finalità politiche più o meno recondite da parte del Presidente, allora la revoca sarà certamente giustificata.

Alla luce di ciò saranno ammissibili esclusivamente revoche pertinenti a inadempienze del Presidente del Consiglio comunale riguardo le proprie attribuzioni.

A questa stregua è criticabile quella giurisprudenza recente che ha ammesso una revoca fondata sul (presunto) *danno all'immagine* cagionato dal Presidente del Consiglio comunale alla propria amministrazione di appartenenza, per il semplice fatto che un'impresa riconducibile a dei congiunti del medesimo Presidente risultava affidataria di un appalto (indetto dallo stesso Comune) e successivamente veniva colpita da un'interdittiva antimafia⁴⁰. Ed in effetti, per quanto motivata

³⁸ Per una nutrita gamma di casi concernenti revoche politiche vedi *supra* (inizio paragrafo).

³⁹ Sul punto, pur se non direttamente riferite al tema della revoca del Presidente del Consiglio comunale, vedi utile: Cons. Stato, Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 202 e, in senso conforme, Id., Sez. VI, 24 ottobre 2017, n. 4894.

⁴⁰ TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 8 novembre 2016, n. 2119 e Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1286. Per altro, la persona che ricopriva la carica di Presidente del Consiglio comunale non era nemmeno socio dell'operatore economico interessato dall'interdittiva e poi risultato aggiudicatario. Rileva che nelle pronunce più recenti il tema della revoca del Presidente del Consiglio comunale ha finito per intrecciarsi con quello delle interdittive antimafia e dei rapporti di parentela del Presidente in contesti territoriali con forte presenza di criminalità organizzata: F. PINTO, *Il Presidente del Consiglio comunale tra "neutralità politica" e corretto funzionamento dell'organo consiliare*, in *Amministrativamente*, 2018.

da comprensibili ragioni “ambientali” (lo stesso giudice ricorda che tale vicenda aveva determinato «allarme sociale, specie in una dimensione di comunità territoriale non aliena dal rischio di potenziali fenomeni di infiltrazione mafiosa»), ammettere questo genere di revoche conduce il relativo potere ad assumere una latitudine tale da potersi giustificare in un numero potenzialmente indeterminato di casi. Al contrario, lo sforzo che si dovrebbe compiere è di trovare un modello – o *statuto* come detto – in grado di predeterminare la fattispecie, così da orientare l'esercizio del relativo potere. A ragionare diversamente, qualsiasi fatto che accada intorno alla figura del Presidente del Consiglio comunale potrebbe costituire una minaccia per la sua funzione.

Una simile ipotesi che incombe su un organo di garanzia non è accettabile. L'ammissione di un fatto ampiamente opinabile come possibile presupposto di una revoca, esporrebbe inevitabilmente il Presidente a pressioni e/o ricatti politici non coerenti con la natura del suo ruolo.

Ecco perché le circostanze che non incidono direttamente sulle specifiche attribuzioni del Presidente del Consiglio comunale non possono mai costituire motivo di revoca. Il precedente giurisprudenziale indicato appare significativo in tal senso⁴¹.

Non si sottovaluti poi il rischio di azioni risarcitorie, da parte dello stesso Presidente, a causa dei danni, anche alla propria *immagine*, per aver subito ingiusti procedimenti di revoca dalla sua funzione⁴².

⁴¹ Sul punto vedi: L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, cit., 147, che richiama alcune «minoritarie», assimilabile al genere indicato nel testo. In tal senso vedi altresì: Consiglio di Stato, Sez. V, 3 marzo 2004, n.1042 (con annotazione critica di D. A. GAGLIOTI, *Il ruolo di garanzia del Presidente del consiglio comunale*, in *Foro amm.-CDS*, 2004, 1439 e ss.).

⁴² Fra le rare ipotesi in tema accolte dal giudice amministrativo, vedi: TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 17 gennaio 2018, n. 145. Più in particolare, sulla relativa richiesta risarcitoria il giudice, dopo aver escluso il danno di natura patrimoniale, ammetteva invece quello di natura non patrimoniale. Il Presidente del Consiglio comunale lamentava un danno rilevante a causa della «sostanziale compromissione dell'attività realizzatrice dell'individuo in un ruolo istituzionale a servizio della Comunità». L'illegittimità della revoca avrebbe infatti inficiato «il prestigio amministrativo-politico» del Presidente, con evidenti riflessi sul piano della dignità, professionalità e personalità del ricorrente. In base a tale pronuncia, la preclusione allo svolgimento di incarichi politici deve ritenersi risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c., norma che «ammette il risarcimento del danno non patrimoniale inteso quale categoria ampia, comprensiva non solo del cosiddetto danno morale, ovvero della sofferenza contingente e del turbamento d'animo transeunte, determinati da un fatto illecito [...], ma anche di ogni ipotesi in cui si verifichi un'ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, costituzionalmente garantito, alla quale consegue un pregiudizio non suscettibile di valutazione economica». Tuttavia, il danno non patrimoniale non può prescindere «da una specifica allegazione, nell'atto introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo». Quanto alla *colpa*, rileva il medesimo giudice, il ricorrente può «limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto», spetterà poi «all'Amministrazione dimostrare, se del caso, che si è verificato un errore scusabile (configurabile, in ogni caso, ove sussistano contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, rilevante complessità del

Un deterrente fondamentale a derive puramente politiche è che l'organo giurisdizionale spinga il suo controllo fino alla verifica dei fatti a fondamento della revoca. In tale direzione si segnala positivamente l'utilizzo delle riprese *audio e video* di una seduta consiliare per riscontrare i *fatti* contestati al Presidente del Consiglio comunale e posti a base della sua revoca⁴³. Più in particolare, nel corso della seduta il Presidente si allontanava dall'aula senza farvi ritorno, dimostrando un atteggiamento in evidente contrasto con i doveri istituzionali della sua carica⁴⁴.

Il punto rilevante della vicenda sta esattamente qui, ossia nel carattere *non istituzionale* della condotta posta in essere dal Presidente, corrispondente ad un comportamento all'interno dell'aula che, anche se mosso, in ipotesi, da sottaciute ragioni politiche, ha rilievo nella misura in cui sia idoneo ad incidere sul funzionamento dell'organo di cui il Presidente dovrebbe essere il principale garante.

Pertanto, nell'inquadramento dell'istituto in esame non dovrebbe aver rilievo l'eventuale sostrato politico che muove l'organo presidenziale a compiere certi atti, ma solo il dato visibile – e come tale concretamente accertabile – che conduce lo stesso ad atteggiamenti contrari al proprio ruolo con impatto diretto sulle sue competenze. Naturale conseguenza di questa impostazione è che la revoca in esame si giustifica solo nel caso di violazione di uno specifico dato positivo⁴⁵.

4. *Profili ricostruttivi: la revoca del Presidente del Consiglio comunale è un potere fondato sul venir meno del «rapporto di fiducia» con riferimento specifico però a inadempimenti istituzionali*

È assodato oramai che la revoca del Presidente del Consiglio comunale rappresenti una componente *necessaria* alla stessa forma di governo locale. Tale dato emerge anche dai diversi modelli comunali che si sono esaminati lungo

fatto, influenza determinante di comportamento di altri soggetti o illegittimità derivante da una successiva dichiarazione d'incostituzionalità della norma applicata). Quanto al *nesso di causalità*, l'illegittimità dell'atto di revoca incide direttamente su una posizione giuridica già definitivamente acquisita. Infine, sul *quantum debeatur* il giudice effettua una valutazione equitativa.

⁴³ TAR Puglia, Bari, Sez. I, 11 gennaio 2019, n. 38, conclusasi con il rigetto del gravame sul provvedimento di revoca del Presidente del Consiglio comunale.

⁴⁴ Il giudice rileva quanto segue: «dall'esame del verbale e, ancora di più, dalle riprese audio-video, il cui deposito in atti è stato autorizzato, le quali confermano come quest'ultima in effetti abbia bruscamente interrotto la predetta relazione comunicando di dover “sospendere un attimo e fare l'appello”».

⁴⁵ Ad esempio, concedere la «presentazione di un emendamento statutario senza il numero di sottoscrizioni prescritto» (caso tratto da TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18 luglio 2016, n. 3582, in cui la revoca per ragioni “istituzionali” del Presidente del Consiglio comunale è stata dichiarata del tutto legittima).

tutto il corso della ricerca. La previsione della fattispecie revocatoria costituisce sostanzialmente una costante, mentre invece muta la natura dei presupposti a fondamento del potere.

Ad imporre la necessità della revoca in esame milita la considerazione degli innumerevoli poteri istituzionali assegnati al Presidente del Consiglio comunale, cui si connette l'esigenza di responsabilizzare l'organo in relazione al ruolo di garanzia che deve assicurare. Se infatti il Presidente del Consiglio comunale fosse inamovibile⁴⁶, con il peso del suo ruolo potrebbe influenzare i rapporti fra i diversi soggetti comunali, anche operando talvolta come *sindaco ombra* che agisce subdolamente celandosi dietro un ruolo di facciata⁴⁷. Si giustifica perché, anche quando non prevista a livello di singola realtà comunale, la revoca in esame viene desunta dalla categoria dei poteri impliciti⁴⁸.

Tuttavia, anche a volersi riconoscere un potere implicito in tema, la revoca del Presidente del Consiglio comunale fondata su motivazioni politiche è insostenibile sul piano giuridico proprio a causa della natura istituzionale dell'incarico⁴⁹. Ciò non vuol dire che una ragione politica non possa condurre alla revoca, ma significa soltanto che essa non possa costituire il solo e unico motivo. È la combinazione fra uso distorto dei poteri presidenziali e connessa ed eventuale finalità politica che può condurre alla revoca del Presidente medesimo.

⁴⁶ Oppure soggetto ai soli limitati casi di decadenza (come ad esempio nel Comune di Cagliari, art. 9, comma 6 Regolamento sul Consiglio comunale, in cui si prevede che la revoca del Presidente possa intervenire, oltre che per «gravi violazioni di legge e regolamento», anche nel caso di «assenza superiore a novanta giorni»). Quest'ultima è un'evidente ipotesi di decadenza più che di revoca in senso classico. In altre ipotesi, invero assai rare, ad esempio nel Comune di Caserta (art. 6, comma 2 Statuto comunale), invero con la medesima cattiva tecnica redazionale appena indicata, si mettono sullo stesso piano decadenza e revoca prevedendo: «Il Presidente decade dalla carica a seguito di revoca deliberata dal Consiglio Comunale per gravi violazioni di norme di legge, del presente statuto e del regolamento che disciplina l'esecuzione dei compiti assegnati».

⁴⁷ Non a caso, pur in un sistema in cui il Sindaco non era eletto direttamente bensì espressione del Consiglio comunale – si allude alla disciplina contenuta nel testo originario della l. n. 142/1990 – si attribuiva proprio ad esso la carica di Presidente del Consiglio comunale. Del resto, ai giorni nostri, ciò è ancora possibile in determinati contesti locali di minori dimensioni: art. 39, comma 3, TUEL «Nei Comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti il Consiglio è presieduto dal Sindaco che provvede anche alla convocazione del Consiglio salvo differente previsione statutaria».

⁴⁸ Tuttavia, come ricorda una recente pronuncia in materia di sanzioni amministrative (Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019 n. 4993, con annotazione di P. PANTALONE, *Dove la teoria dei poteri impliciti non può osare: il caso delle sanzioni dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore "online"*, in *Riv. dir. dei media*, 2019, 230 e ss.) i poteri impliciti sono pur sempre «figli» di una fonte di produzione non legislativa, inidonea a giustificare un'espansione di poteri. In questo monito giurisprudenziale si coglie la condivisibile esigenza di parsimonia in tale pratica. Sul tema generale dei poteri impliciti vedi, per tutti, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 e ss.

⁴⁹ Parla a tal proposito di «sfiducia istituzionale»: L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, cit., 147.

Solo in tal modo è sostenibile una revoca politica, trattandosi invero di una fattispecie frammista di motivazioni politiche ed istituzionali.

Non si può sottacere per altro, che – indipendentemente dalla volontà di utilizzare la funzione di garanzia per finalità politiche – è nell'*animus* di nuocere al regolare funzionamento dell'organo che si presiede che va ricercata la conferma della legittimità della revoca adottata⁵⁰. Così, ove lo stesso Presidente dovesse compiere un semplice errore, magari prontamente corretto senza particolari conseguenze sul funzionamento dell'organo consiliare, sarà certamente possibile nei suoi confronti una critica, ma non la revoca dalla sua funzione. Essa dovrà essere vista come *extrema ratio*, altrimenti si esporrebbe il Presidente a tensioni non coerenti con la natura del suo ruolo⁵¹.

Spingendosi oltre, revoche fondate esclusivamente su comportamenti o esternazioni del Presidente del Consiglio comunale *extra moenia*, ossia al di fuori dell'aula consiliare e comunque non direttamente riconducibili all'esercizio della sua funzione, saranno difficilmente ammissibili⁵². E, comunque, servirà tener conto, come possibile *attenuante*, del fatto che ai giorni nostri le occasioni di veicolare il proprio pensiero – anche politico – tramite i moderni *social network* sono più frequenti rispetto al recente passato.

Inoltre, si dovrà tener presente del *contesto* in cui una certa dichiarazione è stata effettuata nonché della *veste* con cui la stessa è stata proferita, ossia come *privato cittadino*, magari nel proprio ruolo professionale, come *consigliere comunale* o, infine, come *Presidente dell'organo consiliare*⁵³. Infatti, la persona che ricopre la carica

⁵⁰ Per un esempio recente, riconducibile all'ipotesi generale sopra indicata, vedi TAR Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 22 dicembre 2020, n. 13915, secondo cui: «la mera circostanza che in una specifica occasione il Consiglio comunale sia stato convocato dal suo Presidente per una data nella quale una parte, anche consistente, di consiglieri si era dichiarata indisponibile non costituisce giusta causa di revoca del Presidente».

⁵¹ Se così non fosse, con l'intento di rimuovere il Presidente in carica, si scatenerrebbe una «vera e propria caccia agli errori e alle omissioni, colorando in chiave patologica anche comportamenti che, pur in elusione di previsioni regolamentari, si sono nella prassi affermati a tutela del funzionamento dell'istituto consiliare». In questi termini: M. MAZZAMUTO, *La revoca del Presidente del Consiglio comunale*, in *Nuove autonomie*, 2000, 707.

⁵² Pur ponendosi, per così dire, al limite dell'opzione interpretativa offerta nel testo, si ritiene corretta quella decisione del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V, 26 novembre 2013, n. 5605) che ha dichiarato non illegittima una revoca del Presidente del Consiglio comunale fondata sulle sue «pubbliche esternazioni», «contenenti giudizi critici all'indirizzo di sindaco, assessori e giunta nel suo complesso» e dimostrate dal Comune attraverso «una rassegna stampa ed alcuni verbali delle sedute consiliari dell'ultimo anno». Tali manifestazioni, infatti, serie, ma non necessariamente gravi da portare ad una legittima revoca, si accompagnavano «a decisioni personali di abbandonare la presidenza e avvertimenti nei confronti dei colleghi circa possibili iniziative giudiziarie per ottenere il risarcimento dei danni in caso di revoca». Questi elementi (esternazioni critiche al di fuori dell'aula consiliare e comportamenti inappropriati rispetto alla funzione all'interno dell'aula) combinati insieme possono certamente condurre alla revoca del Presidente.

⁵³ Per un caso in cui i *social network* hanno avuto invece un ruolo nella revoca del Presidente del Consiglio: TAR. Campania, Napoli, Sez. I, 24 maggio 2018, n. 479.

potrebbe assumere un differente *status*, dunque differenti prerogative e limiti, in base all'inquadramento che se ne offre.

Ma tornando al ruolo istituzionale del Presidente del Consiglio comunale, il *trattamento* giuridico della revoca che lo interessa deve tener conto del peculiare rapporto di fiducia che lo lega al Consiglio comunale. Un rapporto, questo, che benché caratterizzato dall'iniziale investitura politica, non può non tener conto delle altrettanto peculiari attribuzioni di natura istituzionale di cui l'organo presidenziale è titolare⁵⁴.

Ciò, a ben vedere, non diversamente da quanto accade nel caso del Segretario comunale, fra «i più stretti collaboratori e consulenti del Sindaco»⁵⁵, dopo le note riforme Bassanini. Ed in effetti, coerentemente a questa impostazione, il Legislatore ha attribuito ai Sindaci un potere di scelta del Segretario che la giurisprudenza qualifica (nonostante la stessa debba ricadere su una persona dotata di alta professionalità, appartenente ad uno specifico Albo nazionale cui si accede per concorso) come «libera, fiduciaria e assolutamente discrezionale»⁵⁶. Nondimeno, la revoca dall'incarico di quest'organo potrà avvenire esclusivamente per «violazione dei doveri d'ufficio»⁵⁷, cui attualmente possono ricondursi anche quelli in materia di prevenzione della corruzione⁵⁸.

Investitura politica iniziale e revoca eventuale per ragioni legate a specifici inadempimenti riconducibili al *munus* ricoperto, costituiscono il denominatore comune alle due figure oggetto di confronto.

Si potrebbe ipotizzare, a questo punto, che la revoca determinata dal venir meno della fiducia debba essere intesa come reazione, da parte del Consiglio comunale, all'inadempimento riguardante lo svolgimento di quella funzione che

⁵⁴ Successivamente alla sua elezione e nomina, il Presidente del Consiglio comunale entra a far parte di «un autonomo sistema normativo che prescinde dall'originaria scelta fiduciaria» (così L. VANDELLI, *Revoche e fiducia nei rapporti tra organi nel governo locale*, cit., 469).

⁵⁵ In questi termini: TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 29 gennaio 2010, n. 422.

⁵⁶ Un sistema che, anche di recente, la Corte costituzionale (sent. n. 23/2019) non ha ritenuto illegittimo poiché esso «si presenta come riflesso di un non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell'autonomia degli enti locali, da una parte, e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall'altro, sicché la previsione della decadenza del segretario comunale alla cessazione del mandato del sindaco non raggiunge la soglia oltre la quale vi sarebbe violazione dell'art. 97 Cost., non traducendosi nell'automatica compromissione né dell'imparzialità dell'azione amministrativa, né della sua continuità».

⁵⁷ Esattamente, in una pur risalente pronuncia (Cass. civ., Sez. lav., 1° luglio 2008, n. 17964) si affermava: che la revoca disposta nei confronti di un Segretario comunale era del tutto legittima, poiché lo stesso «non aveva adempiuto agli obblighi di collaborazione e assistenza giuridico-amministrativa verso gli organi del Comune, né all'obbligo di sovrintendere e coordinare la dirigenza dell'ente».

⁵⁸ Per un caso recente in cui si lamentava la revoca di un Segretario comunale disposta come (presunta) misura ritorsiva correlata alle attività svolte in materia di prevenzione della corruzione: Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2019, n. 1659.

stava alla base dell'iniziale fiducia concessa al Presidente. Per questa via, il peculiare rapporto fiduciario sussumibile nella fattispecie revocatoria è caratterizzato dalla scelta di una maggioranza consiliare che, dapprima ha investito il Presidente di un mandato concernente lo svolgimento di competenze tecnico-istituzionali, successivamente revoca tale mandato come forma di esercizio di potere in senso inverso, giustificato proprio dal tradimento di tale fiducia tecnico-istituzionale.

A livello positivo tale ipotesi sarebbe confermata da quelle normative locali già esaminate in precedenza⁵⁹ che prevedono la revoca del Presidente del Consiglio comunale a causa della «violazione dei doveri istituzionali» che fa «venir meno la fiducia del Consiglio».

Inoltre, l'ipotesi appena proposta contribuirebbe a spiegare diversi profili che si agitano intorno all'istituto in esame, come quello della natura peculiare della fiducia di cui trattasi nonché quello concernente l'applicazione alla stessa dell'istituto del *contrarius actus*.

Infine, l'impostazione qui rappresentata, oltre ad avvalorare le discipline locali che ipotizzano la sola revoca per ragioni istituzionali (*retro*), legittima anche quelle che contemplano l'esercizio della revoca a seguito dell'approvazione di una mozione di sfiducia da parte del Consiglio⁶⁰ da intendersi però, non come trasposizione dell'istituto della sfiducia nei confronti del Sindaco⁶¹, bensì come sfiducia fondata sul cattivo adempimento di determinate competenze.

Questa è probabilmente l'impostazione che garantisce il più adeguato temperamento fra imparzialità della funzione (riconosciuta al Presidente del Consiglio comunale) e responsabilità (nei suoi confronti) derivanti dalla stessa.

Impostazione avvalorata, a livello generale, da una previsione invero un po' negletta, ossia il primo comma dell'art. 78 TUEL, secondo cui: nell'esercizio delle proprie funzioni gli «amministratori» locali (fra cui la norma ricomprende tutti gli attori coinvolti nella fattispecie in esame, cioè Sindaco, Consiglieri comunali e Presidente del Consiglio comunale) devono esercitare i loro compiti nel «pieno rispetto della distinzione tra le funzioni, competenze e responsabilità [...]». Norma che evidentemente rafforza il rispetto del riparto di competenze fra gli organi indicati, non agevolmente derogabile in base a logiche meramente politiche⁶².

⁵⁹ *Retro* par. 2.

⁶⁰ Naturalmente è questa un'ipotesi molto diversa da quella vista poco sopra in cui la sfiducia era determinata dalla violazione da parte del Presidente del Consiglio comunale dei propri compiti istituzionali.

⁶¹ Ai sensi dell'art. 52 TUEL in base a cui il Sindaco cessa dalla carica «in caso di approvazione di una mozione di sfiducia votata per appello nominale dalla maggioranza assoluta dei componenti il Consiglio».

⁶² Nonostante troppo spesso in sede giurisprudenziale si tenda ad assorbire tale primo comma (del medesimo art. 78) nel secondo, dedicato al tema più specifico del conflitto di interessi. Ciò, senza considerare che la portata del primo comma è molto più ampia e generale rispetto

Certamente la grande diversità di discipline locali in tema di revoca del Presidente del Consiglio comunale non aiuta l'esatta definizione della fattispecie in termini sostanziali, risultando per molti versi irragionevole. Infatti, da una parte si presenta il dato *fisso* costituito dalle attribuzioni istituzionali assegnate al Presidente (dall'art. 39 TUEL) come tale valido per tutti i livelli comunali, dall'altra parte si presenta invece il dato *variabile* rappresentato dalle diverse discipline locali che, come tale, diversifica la disciplina nell'ordinamento. Un simile rapporto manifesta di per sé irragionevolezza, poiché segnala la mancanza di simmetria fra i due momenti: quello della nomina effettuata sul dato fisso delle funzioni riconosciute dal menzionato art. 39 TUEL e quello della revoca fondata invece sul dato variabile delle singole realtà locali.

Tutto ciò ha poco senso logico. Infatti, disciplinando in modi così diversi a livello locale il potere di revoca dell'organo presidenziale, i singoli Comuni potrebbero arrivare a stravolgere il ruolo istituzionale che, a livello nazionale, è affidato al Presidente del Consiglio comunale. A ben vedere, si tratta di una forma di sussidiarietà esercitata a livello locale e giustificata dalla mancanza di una disciplina superiore che, oltre un certo segno, è certamente deteriore perché incide negativamente sulla stessa natura istituzionale delle attribuzioni riconosciute al Presidente del Consiglio comunale *dequotandone* la funzione e le relative garanzie⁶³.

5. *(Segue): revoca del Presidente del Consiglio comunale come potere nella disponibilità della sola maggioranza consiliare da cui deriva pertanto un'esigenza di tutela in termini di riequilibrio a favore delle minoranze consiliari (ipotesi dell'abuso d'ufficio)*

Le analisi dedicate al tema esaminato si occupano dell'istituto della revoca nella particolare prospettiva di garantire tutela all'organo presidenziale. In sin-

a quella del secondo. Da ultimo, nel senso appena indicato (e criticato), Cons. Stato, Sez. II, 10 settembre 2020, n. 5423.

⁶³ Non sfuggirà, che le disciplini locali riconducibili al genus delle revoche puramente politiche potranno essere (come visto) disapplicate dal giudice amministrativo innanzi al caso concreto limitandosi così gli effetti negativi derivanti dalla presenza di tali norme. Però per giungere a questo risultato sarà pur sempre necessaria un'azione giurisdizionale. Ed invero, un problema che producono le numerose discipline locali recanti revoche di natura politica è di offrire agli attori politici comunali un'indicazione fuorviante in tema nel senso che gli uni (i Consiglieri comunali) potrebbero convincersi della possibilità di revocare (l'altro), ossia il Presidente del Consiglio comunale, adducendo una semplice motivazione politica, allo stesso modo di quanto accade nel caso del Sindaco con l'Assessore. Si tratta evidentemente di una visione distorta della realtà, da cui deriva una situazione di apparenza produttiva di una problematica duplice in termini di illusorio riconoscimento di un potere a favore dei Consiglieri comunali invero inesistente e, di contro, una situazione di eccessiva soggezione e timore del Presidente del Consiglio comunale nei confronti dei primi.

tesi, il ragionamento di fondo seguito dalle stesse analisi consiste in ciò: dato che il Presidente del Consiglio comunale è titolare di una serie di competenze attribuite dalla legge per il corretto funzionamento del Consiglio, il suo ruolo eminentemente istituzionale non può essere condizionato da indebite pressioni politiche provenienti dalla maggioranza consiliare. Ed in effetti, quest'ultima, col peso politico e numerico che la caratterizza all'interno del Consiglio comunale potrebbe revocare il medesimo Presidente (come forma di rappresaglia politica) per non aver assecondato i propri desiderata contrastanti con il suo ruolo di garanzia.

Lungo tutto il corso dello scritto sono state delineate le dinamiche che caratterizzano tale fenomeno. Del resto, come da tradizione, anche il presente contributo si è concentrato su questo aspetto, cercando di offrire per quanto possibile una lettura originale su taluni profili analizzati dalla letteratura scientifica in tema.

Un aspetto però trascurato è quello concernente, non il particolare e delicato rapporto fra Presidente del Consiglio comunale e relativa maggioranza consiliare, bensì quello fra medesimo Presidente e relativa minoranza. In quest'ultimo scenario, nonostante non sussistano differenze sul piano giuridico fra inadempimenti che il Presidente può compiere a danno della prima o della seconda, per la semplice ragione che in entrambi i casi esso verrebbe meno alla propria funzione istituzionale, solo in questo secondo scenario il Presidente potrebbe trovarsi nella situazione di violare i propri doveri istituzionali senza correre tuttavia particolari rischi di essere revocato.

Ciò che varia nei due scenari appena descritti sono i rimedi che l'ordinamento predispone: in un caso è certamente utilizzabile lo strumento della revoca, nell'altro invece questa possibilità è più teorica che reale dato che il rimedio della revoca è intimamente legato al raggiungimento di una maggioranza politica all'interno del Consiglio, scontando il difetto ontologico di essere un mezzo di tutela a disposizione unicamente di chi possiede la forza politica per poterlo far valere.

Naturalmente, quanto evidenziato non esclude che la revoca possa essere disposta anche quando il Presidente del Consiglio comunale compia atti contro la minoranza consiliare. Tuttavia, ciò potrà accadere solo con l'appoggio della maggioranza consiliare e, ove tale appoggio mancasse, gli inadempimenti (anche gravi) perpetrati dal medesimo Presidente nella conduzione dell'organo consiliare resterebbero privi di conseguenze.

Tale conclusione, oltre a confermare i dubbi sulla stessa legittimità costituzionale di un potere di tal genere⁶⁴ – un potere cioè che dovrebbe tutelare il funzionamento di un organo fondamentale ma che raggiunge il suo scopo, pur davanti a palesi inadempimenti, solo se la maggioranza consiliare concorda nel

⁶⁴ *Retro* par. 1.

disporre la revoca – segnala la necessità di individuare possibili strumenti che siano *anche* nella disponibilità della minoranza consiliare. Ebbene, se per le ragioni precisate lo strumento della revoca non fosse praticabile sul piano politico, si potrebbe ipotizzare – almeno nei casi più gravi caratterizzati da volontà nella condotta dell'evento da parte del Presidente del Consiglio comunale – quello dell'abuso d'ufficio, di cui all'art. 323 c.p. Si ritiene, infatti, che la semplice minaccia dell'abuso d'ufficio (prescindendo qui da possibili risvolti riguardanti la rimozione dalla carica) possa costituire, in chiave preventiva, un deterrente a possibili abusi dell'organo presidenziale.

Nella disciplina attuale, contenuta nel menzionato art. 323 c.p., la fattispecie rilevante ai fini dell'integrazione dell'abuso d'ufficio è costituita dalla situazione in cui un «pubblico ufficiale» (evidentemente il Presidente del Consiglio comunale può qualificarsi come tale) che, nello svolgimento delle sue funzioni (nel caso di specie la conduzione dell'aula consiliare), viola le norme che ne disciplinano l'esercizio (per quanto qui interessa le norme indicate all'art. 39 TUEL più volte menzionate) e procura intenzionalmente a sé o ad altri un danno ingiusto (quello subito dalla minoranza o addirittura da un singolo Consigliere di minoranza) può essere perseguito per questa fattispecie di reato.

Merita evidenziare che le recenti restrizioni subite dall'articolo indicato (introdotte dal c.d. decreto semplificazioni del 2020⁶⁵ e non sottoposte a termine di efficacia come invece succede per altre misure *invi* previste⁶⁶) non sembrano poter incidere sensibilmente sull'ipotesi avanzata. Infatti, seppure la finalità dell'intervento del 2020 è di delimitare il campo di azione del giudice penale al fine di ridurre il fenomeno della c.d. amministrazione difensiva⁶⁷, la riforma *de qua* incide sul solo elemento oggettivo della condotta, che attualmente può essere integrata nel caso di violazione di regole previste dalla «legge o da atti aventi forza di legge» (ossia da fonti primarie con esclusione delle fonti regolamentari) che abbiano un contenuto vincolante (ossia da cui non residui alcun margine di discrezionalità amministrativa).

⁶⁵ In particolare, art. 23, comma 1, d.l. n. 76/2020, conv. dalla l. n. 120/2020. Sul tema, da ultimo, anche con riferimento ad una proposta d'integrazione della riforma appena indicata, vedi l'ampio contributo di S. PERONGINI, *Abuso di ufficio*, Torino, 2020.

⁶⁶ Si pensi ad esempio alla previsione contenuta all'art. 21, comma 2 del medesimo decreto semplificazione, in base a cui la responsabile erariale risulta limitata al solo caso di dolo (e non anche alla colpa grave), limitatamente però al periodo che va dall'entrata in vigore del decreto legge indicato fino al 31 dicembre 2021. In particolare la previsione recita quanto segue «Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta».

⁶⁷ Per maggiori ragguagli in tema sia consentito rinviare a S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020, 87 e ss.

La Corte di Cassazione in una sua recente pronuncia ha avuto modo di confermare questa impostazione⁶⁸. Ciò che più importa però è che la pronuncia appena menzionata interessava proprio un caso concernente la figura del Presidente del Consiglio comunale⁶⁹, in cui il richiamo all'abuso d'ufficio riguardava l'ingiustizia del danno derivante dalla «lesione di diritti politici conseguente alla violazione dei doveri di imparzialità e terzietà del pubblico ufficiale».

Le restrizioni subite dalla fattispecie dell'abuso d'ufficio non incidono pertanto sulla tutela qui ipotizzata. Del resto svariate competenze del Presidente del Consiglio comunale trovano diretto fondamento nell'art. 39 TUEL, dunque, come richiesto dall'art. 323 c.p., in una fonte primaria ed inoltre sono caratterizzate da un tasso di discrezionalità piuttosto basso se non addirittura assente⁷⁰.

In sintesi, e tirando le fila del discorso a livello generale, sia il mancato rispetto dell'obbligo di astensione, sia il compimento di atti che contravvengano ai propri compiti istituzionali, potrebbero esporre il Presidente del Consiglio comunale al rischio di abuso d'ufficio⁷¹. Ciò rappresenta una forma di tutela in grado, se non di colmare, almeno di limitare il vuoto determinato dall'istituto della revoca del Presidente del Consiglio comunale ad esclusivo appannaggio della maggioranza consiliare.

In questa peculiare prospettiva di carattere penalistico è stato possibile mettere a fuoco con ancora maggiore nitidezza le perplessità che si addensano sull'istituto della revoca in esame. Con ancora maggiore forza e chiarezza si è individuata la natura di questo potere che, almeno per come disciplinato nei principali Comuni del nostro ordinamento⁷², costituisce uno strumento politico nelle mani della maggioranza consiliare più che uno strumento di tutela a garanzia del corretto funzionamento dell'organo consiliare. Dalla sua natura deriva la necessità di limitarlo con precisi presupposti, ancorati pur sempre a inadempimenti istituzionali. Inoltre, non meno importante, occorre contenere il medesimo potere con dei *quorum* deliberativi elevati, tali per cui anche le minoranze consiliari possano prendere parte alla relativa scelta.

Quanto indicato non risolve il problema di fondo dell'istituto. Esso è infatti

⁶⁸ Cass. Pen., Sez. fer., 25 agosto 2020, n. 32174.

⁶⁹ Più nello specifico, si trattava del Sindaco di un Comune di modeste dimensioni che poteva pertanto ricoprire anche il ruolo di Presidente del Consiglio comunale nelle forme già precisate in precedenza, rispetto a cui la Cassazione, nella sentenza menzionata, rilevava «È configurabile e il reato di abuso d'ufficio per il mancato rispetto dell'obbligo di astensione da parte del sindaco che sospende la seduta del Consiglio per non esaminare la mozione con la quale si chiede al Comune di costituirsi parte civile in un processo penale contro il primo cittadino».

⁷⁰ Altre, pur se contemplate nelle fonti locali, potrebbero aggiungersi nella forma di attuazione di queste.

⁷¹ O naturalmente per un reato più grave qualora ne ricorrano i presupposti, si pensi ad esempio alla corruzione.

⁷² Per indicazioni più specifiche, *retro* par. 2.

intimamente legato alla sua intrinseca *politicità*. Basti pensare che, anche quando la revoca del Presidente del Consiglio comunale dipende unicamente da presupposti istituzionali, questa dovrà pur sempre passare per il vaglio di un organo politico, che potrà approvarla o rigettarla in conformità a logiche diverse da quelle strettamente giuridiche⁷³.

I limiti qui ipotizzati rappresentano pertanto un argine a revoche ingiustificate. Resta però scoperto il fronte di quelle revoche che, pur doverose, non sono tuttavia esercitate perché ritenute inopportune dalla maggioranza consiliare. A quest'ultima ipotesi si è tentato di fornire (comunque) tutela in questa parte finale dello scritto.

⁷³ Logiche giuridiche che invece avrebbero imposto la revoca dall'incarico a fronte di un inadempimento accertato.

Abstract

Il Testo unico degli enti locali del 2000 non si interessa direttamente del tema della revoca del Presidente del Consiglio comunale. Il presente contributo cerca pertanto di tracciare le linee fondamentali riguardo non solo all'*organo* cui dovrebbe essere attribuito il relativo potere, bensì ai *presupposti* su cui esso si fonda nonché ai *limiti* al suo esercizio. Nella parte finale del contributo si è poi cercato di ricostruire la natura del potere in esame, fondato sul venir meno del «rapporto di fiducia» con riferimento specifico ad inadempimenti istituzionali. Il potere di revoca è però pur sempre legato a scelte della maggioranza consiliare, da ciò è derivata un'esigenza di tutela in termini di riequilibrio a favore delle minoranze consiliari tramite l'ipotesi dell'abuso d'ufficio.

Revocation of the President of the City Council:
evaluation of its features and legal boundaries

by Stefano Villamena

The Legislative Decree no. 267/2000 about local authorities does not directly mention the President of the Municipal Council's revocation in particular. This work aims to trace the fundamental requirements for revocation's power, its limits, and to identify which body of the public administration is legitimate to exercise this power. Besides, this work also evaluates the nature of the revocation power, based on the loss of "institutional trust" concerning omissions or defaults upon administrative duties. The power under analysis is linked to the choices of the council majority from which derives the need for safeguards in favor of the council minorities, rebalancing their power through the hypothesis of abuse of office.

Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali

di Jacopo Vavalli

SOMMARIO: 1. Le ragioni e i confini del presente studio: l'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici quale crocevia di due discrezionalità? – 2. La decisione dell'amministrazione di escludere un operatore economico per gravi illeciti professionali, tra potere e interpretazione. – 3. Al di là della discrezionalità amministrativa e della discrezionalità tecnica al cospetto di una clausola generale che reca concetti giuridici indeterminati. – 4. Il sindacato del giudice amministrativo in ordine al provvedimento di esclusione per gravi illeciti professionali e la cruna dell'ago. – 5. L'interpretazione "tassativizzante" del Giudice amministrativo per superare la vaghezza dei concetti espressi dall'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

1. *Le ragioni e i confini del presente studio: l'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici quale crocevia di due discrezionalità?*

Il tema relativo alle cause di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici è di estremo interesse visti gli effetti dell'atto escludente della pubblica amministrazione per le sorti dell'operatore economico in sede di gara, suscettibili di estendersi anche alle sue future partecipazioni a procedure selettive¹.

L'interesse va inevitabilmente crescendo al cospetto di cause di esclusione di carattere non automatico², in grado di determinare l'effetto escludente solo all'esito di una apposita valutazione da parte dell'amministrazione, per poi raggiungere l'apogeo dinanzi a una causa di esclusione di carattere non automatico delineata da concetti giuridici indeterminati³, di cui la fattispecie contenuta all'in-

¹ Con il conseguente rischio di una sorta di 'effetto domino' del motivo escludente, potenzialmente in grado di condizionare la partecipazione dell'operatore economico alle gare di appalto successive.

² È chiaro infatti che, laddove vi sia la prescrizione di una esclusione automatica dell'operatore economico dalla gara (per esempio al verificarsi dei casi di cui all'art. 80, comma 1, del d.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici, che stabilisce l'esclusione dell'operatore economico in gara a fronte di una condanna con sentenza definitiva o con decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, o a fronte di una sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del Codice di procedura penale per uno dei reati indicati nello stesso art. 80, comma 1), la stazione appaltante non potrebbe compiere alcuna autonoma valutazione, ma sarebbe tenuta a disporre l'esclusione.

³ L'espressione "concetti giuridici indeterminati" rimanda a quella di "clausola generale", che di norma ne costituisce il contenitore. Si tratta di formulazioni che richiedono una attribuzione di significato da parte dell'interprete, che gode di ampia discrezionalità al riguardo: cfr. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. cri-*

terno dell'art. 80, comma 5, lettera d), del Codice dei contratti pubblici costituisce un fulgido esempio⁴.

Gli spunti di riflessione sulla tecnica legislativa da cui promana la norma in esame non mancherebbero, ma il tema rimarrà solamente sullo sfondo perché chi scrive preferisce prendere atto, almeno per il momento e in questa sede, della ineluttabilità di un diritto che si alimenta di prescrizioni normative “*senza*

tica dir. privato, 2011, 345 ss.; sul tema cfr. anche: S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giustiziacivile.com*; P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, 1704 ss.; G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, I, 15 ss.; E. FABIANI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 4, 581 ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, secondo cui: «la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile [...] se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti». Sul tema delle clausole generali nel diritto amministrativo cfr. in particolare S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1197 ss.; S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminazione della norma*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2013, 3, 309 ss. Per una recente indagine sul tema delle clausole generali, al fine di un tentativo di una loro concettualizzazione e categorizzazione, cfr. F. PEDRINI, *Ancora sulle “clausole generali”. Teoria, meta-teoria e metodologia di una categoria dottrinale problematica*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2018, 107 ss.

⁴ Con riferimento all'art. 80, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici i concetti giuridici indeterminati risiedono nella articolata espressione «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la integrità o affidabilità» dell'operatore economico in gara. Il Consiglio di Stato, nel proprio parere n. 2042/2017, emesso in occasione della modifica delle Linee guida dell'ANAC n. 6 dopo il decreto c.d. correttivo (d.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56) del Codice dei contratti pubblici, ha avuto modo di rilevare che tale espressione «costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici». In sede giurisdizionale cfr. in questo senso: Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245; Cons. Stato, Sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231.

In merito all'esame dell'art. 80, comma 5, lettera d), del Codice dei contratti pubblici, vi sono stati diversi contributi, tra cui si segnalano in particolare: A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. dell'Edilizia*, 2018, 4, 209 ss.; S. VINTI, *I “garbugli” della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice degli appalti*, in *giustamm.it*, 2017, 2; F. MANGANARO, M. GERMANÒ, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2019, 3, 301 ss.; M. DIDONNA, *Il “grave errore professionale”, tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in *Urb. e app.*, 2016, 1, 61 ss.; L. MAZZEO e L. DE PAULI, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. e app.*, 2018, 2, 155 ss.

fattispecie” o a “*fattispecie indeterminata*”⁵ e che ha oramai messo in crisi il principio di legalità, nonché lo stesso principio di certezza dei rapporti giuridici⁶.

Il presente studio, seppur si iscrive nell’ambito della problematica appena riportata, ha un obiettivo più limitato, ma non per questo meno importante: quello di chiarire, con metodo sistematico:

a) la natura dell’agire dell’Amministrazione nel momento in cui *attua*⁷ l’art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici;

b) il tipo di sindacato che spetta al giudice amministrativo nel momento in cui è chiamato ad *applicare* la norma e a valutare la legittimità della esclusione dalla gara comminata dall’amministrazione all’operatore economico;

c) i *parametri* che orientano il sindacato del giudice.

La norma è un potenziale crocevia di due (ampie) “discrezionalità”, che sono la inevitabile conseguenza del suo contenuto vago⁸: quella che legittima

⁵ Le espressioni sono riprese da un saggio di N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (lettura e riflessioni)*, in *Riv. Soc.*, 2015, V, 801 ss.

⁶ Il tema è di complessità tale da meritare quanto meno una trattazione monografica. Gli studiosi sono divisi, alla luce di una semplificazione necessaria in questa sede, tra chi ritiene preferibile un sistema normativo di per sé completo «per prevenire la “creazione” della norma da parte del giudice», e chi considera migliore un sistema “flessibile”, caratterizzato dalla presenza più o meno frequente di concetti elastici, di clausole generali e, dunque, di concetti giuridici indeterminati. Sul tema, cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, che mette in luce le due accezioni possibili del termine *creazione*, «sia che con esso ci si riferisca, impropriamente, all’argomentazione della legittima scelta dell’interpretazione giudiziaria più plausibile entro la cornice dei possibili significati razionalmente associabili all’enunciato interpretato sulla base delle regole della lingua impiegata, delle tecniche interpretative accreditate e delle precedenti interpretazioni giurisprudenziali o dottrinarie; sia che con esso ci si riferisca, nel senso proprio e forte di “creazione”, all’argomentazione giudiziaria a sostegno della scelta illegittima di significati normativi che sono al di fuori di tale cornice»; con particolare riferimento al diritto amministrativo, cfr. B. SPAMPINATO, *Sulla “crisi” di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Federalismi*.

⁷ «I termini “applicazione” e “attuazione” sintetizzano la diversa funzione che è affidata al giudice rispetto a quella svolta dal legislatore e dall’amministrazione. L’applicazione comporta l’interpretazione della legge al fine della sussunzione del caso concreto nello schema normativo pertinente. Nell’attuazione, l’interpretazione è operazione preliminare allo svolgimento degli indirizzi normativi espressi dal testo. È “svolgimento” di indirizzi sia l’emanazione di atti normativi (in attuazione di fonti sovraordinate), sia l’adozione di atti amministrativi nell’esercizio di poteri discrezionali»: cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, 336, nota 14.

⁸ Il tema della ‘vaghezza’ del linguaggio solleva questioni che all’evidenza travalicano il diritto e riguardano la logica, la filosofia, la metafisica e l’epistemologia. In ambito filosofico, cfr. S. MORUZZI, *Vaghezza. Confini, cumuli e paradossi*, Bari-Roma, 2012. Secondo l’A., «una delle caratteristiche centrali di una lingua vaga è quella di dare corso a casi borderline, casi in cui non è chiaro quale risposta dare senza per questo essere certi se vi sia effettivamente una risposta corretta» (cfr. 162). Lo stesso autore tocca poi un altro tema di notevole interesse, che riguarda il rapporto tra linguaggio vago e realtà, ponendo la questione se «la natura della vaghezza abbia origine nella realtà delle cose perché vi sono oggetti o proprietà vaghe» (cfr. 163).

l'amministrazione ad escludere l'operatore economico dalla gara (o a decidere di non farlo) in presenza di gravi illeciti professionali, di cui occorre definire attentamente natura e perimetro; quella necessariamente *interpretativa* del Giudice chiamato a sindacare la legittimità di tale scelta, di cui parimenti occorre definire il perimetro e la profondità, anche alla luce delle conclusioni a cui si perverrà all'esito delle risposte al primo corno della questione. Ad entrambi i soggetti spetta⁹, infatti, il complesso compito di riempire di senso (giuridicamente rilevante) le espressioni *gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la integrità o affidabilità dell'operatore economico in gara*¹⁰.

La ricerca di criteri il più possibile oggettivi è condizione imprescindibile per poter correttamente orientare il comportamento di coloro che rischiano di patirne le storture, quegli operatori economici che fanno della partecipazione alle commesse pubbliche, sovente, la loro ragione di esistere.

Il concetto di *gravità* espresso dalla norma in esame è un tipico esempio di linguaggio vago suscettibile di determinare casi *borderline*. Non è questa la sede per andare a fondo dell'indagine filosofica sulla vaghezza del linguaggio, essendo finalità del giurista ricercare il senso da attribuire alle norme che si appresta a interpretare. Nel caso non ci potrà essere un abbandono alla vaghezza della realtà che si riverbera su quella del linguaggio che la descrive, ma una irrinunciabile ricerca di senso.

⁹ Secondo C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 127 ss.: «Nel sistema giuridico vi è sempre qualcuno chiamato a rendere concretamente utilizzabile la norma e ad utilizzarla, specificandone il significato e verificando se la realtà, in una sua parte ed in un certo momento, è ad essa riconducibile. Il problema è quello di stabilire chi abbia quella funzione: se il giudice o l'amministrazione». A parere di N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 418-419, la risposta «è che tale potere l'hanno entrambi, ciascuno nella rispettiva sfera di attribuzioni e responsabilità istituzionali». Un autorevole autore, nell'evidenziare la «poliedricità» dei gravi illeciti professionali ha parlato di «circuito interpretativo a tre corsie Anac-giurisprudenza-stazioni appaltanti»; cfr. A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali*, cit., 313 ss. Al riguardo occorre rilevare come, però, la terza corsia interpretativa dell'ANAC è destinata a venire meno per effetto della prossima emanazione del nuovo Regolamento di attuazione al Codice dei contratti pubblici, (re)introdotto dall'articolo 216, comma 27-*octies* dello stesso Codice per effetto dell'articolo 1, comma 20, lettera *gg*), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. *Sblocca Cantieri*) convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

¹⁰ Lo stesso Consiglio di Stato, per le ragioni anzidette, ha avuto anche modo di definire la norma «di non agevole esegesi» così Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2018, n. 4594. In dottrina, sul tema del sindacato del giudice amministrativo in ordine ad atti dell'amministrazione attuativi di norme dal contenuto indefinito, si segnalano, tra i tanti contributi: S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia, Testo della relazione italiana all'XI Convegno di diritto amministrativo "Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa"*, organizzato dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi in Palermo il giorno 14 ottobre 2005; G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 133 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità*, cit.; S. Cognetti, *Clausole generali*, cit.; S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale*, cit.

2. *La decisione dell'amministrazione di escludere un operatore economico per gravi illeciti professionali, tra potere e interpretazione*

In un proprio saggio di venti anni fa, F.G. Scoca risaliva al pensiero di Giannini per illustrare come questi avesse sin da subito colto la stretta correlazione tra il tema della discrezionalità e quello della interpretazione¹¹. Giannini, per Scoca, ha avuto l'indiscusso merito di aver contribuito in maniera determinante a precisare i rapporti tra discrezionalità e interesse pubblico¹², a individuare l'interesse pubblico *concreto* (senza farvi espresso riferimento)¹³ e, sul solco di questo percorso ermeneutico, a slegare la discrezionalità dai concetti di completamento, integrazione o interpretazione della norma da applicare¹⁴.

L'interesse pubblico che orienta la scelta dell'amministrazione trae origine dalla norma attributiva del potere e costituisce il fine concreto dell'agire dell'amministrazione¹⁵, distinguendosi dal fine astratto che la norma stessa ha in animo di perseguire.

La distinzione tra attività discrezionale (per il momento da intendersi quale discrezionalità amministrativa¹⁶) e attività interpretativa è senz'altro compito arduo perché estremamente complesso è tracciare, con precisione, i confini dell'una e dall'altra¹⁷. Ed è ancor più arduo se si pensa al fatto che tanto la prima

¹¹ F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1149 ss.

¹² *Idem*, 1150-1151.

¹³ *Ibidem*, 1159.

¹⁴ *Ibidem*, 1153. GIANNINI, osserva Scoca, «spiegò la differenza della valutazione discrezionale dalla interpretazione della norma affermando che quest'ultima “dà luogo a un margine libero meramente intellettuale, perché il giudizio dell'interprete mira semplicemente a spiegare il senso giuridico delle espressioni contenute nel testo”» (cfr. 1162-1163, nota 11).

¹⁵ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.

¹⁶ Sul tema della discrezionalità amministrativa, la bibliografia è amplissima. Per una sua ricognizione, senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano i seguenti studi: L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1986; L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2017; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit.; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 10 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 463 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità (Voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1959; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, Vol. III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 997 ss.; A. PIRAS, (Voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, 1964; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, cit.; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di Vera Parisio, Milano, 1999, 116 ss.; E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. ec.*, 1998, 503 ss.

¹⁷ Sulla divaricazione tra le due attività cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., in cui l'A. precisa che «quasi tutti ritengono che nell'assumere la sua decisione l'autorità amministrativa disponga di spazi di valutazione discrezionale che non possono essere ricondotti solo all'interpreta-

quanto la seconda si nutrono *a fortiori* di quegli elementi (o fatti) c.d. “*imprecisi*” della fattispecie normativa, che necessitano di essere riempiti mediante scelte dell’autorità amministrativa (discrezionalità), che costituiscono esercizio in concreto del potere¹⁸, ovvero mediante l’opera dell’interprete. È chiaro infatti che, dinanzi a fatti previsti con esattezza dal legislatore come condizione per l’esercizio del potere (si pensi, ad esempio, ai requisiti per ottenere la cittadinanza italiana), l’attività dell’amministrazione risulterebbe per converso vincolata. Del pari non vi sarebbe alcuno spazio per valutazioni di tipo ermeneutico, se non nella misura in cui gli enunciati normativi presentino ambiguità da dover sciogliere per poter attribuire loro un senso giuridico.

Il tentativo di definire perimetri di riferimento delle due attività in raffronto, discrezionale e interpretativa, è condizionato anche dal fatto che lo stesso concetto di attività discrezionale (amministrativa) è ancora oggi fervidamente discusso. Discusso è in particolare il suo oggetto¹⁹. È stato autorevolmente sostenuto

zione del diritto obiettivo. La discrezionalità amministrativa, quindi, non apparirà come interpretazione dei precetti ambigui, ma come manifestazione di volontà attraverso la quale il potere esecutivo decide circa l’assetto degli interessi in gioco»: cfr. 314.

¹⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità*, cit., 475. L’A. richiama sul tema il pensiero di E. PRESUTTI, *Discrezionalità*, cit., 10.

¹⁹ Nel presente studio discrezionalità e interpretazione, come si è sin qui tentato di far intendere, sono esaminate come attività ontologicamente distinte, ma v’è da considerare il fatto che in dottrina tale distinzione non ha trovato sempre pieno conforto. Sulla questione occorre fare riferimento al lavoro di L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit. In tale volume l’A. effettua una accurata ricostruzione sul tema dei rapporti tra discrezionalità e interpretazione, mediante l’esame di alcuni tra i più rilevanti autori del ’900. Significativo è il richiamo al pensiero di Presutti e Cammeo, i quali distinguono discrezionalità pura, caratterizzata dal mero elemento volontaristico, e discrezionalità tecnica, «del tutto simile a quella presente in ogni procedimento ermeneutico, e di carattere intellettuale ...» (cfr. 45).

BENVENUTI, che accomuna sotto un unico concetto discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, conclude invece come «... [T]ra discrezionalità e interpretazione non ci fossero differenze sostanziali, bensì piuttosto solo “*di misura*”». Infatti «... [N]on si potrebbe vedere nella presenza di valutazioni di opportunità la caratteristica più tipica della discrezionalità. Certo, esse saranno ovviamente presenti nella scelta dell’azione, ma sarebbe ontologicamente errato volervi ricondurre la ragione ultima del fenomeno. Il nodo fondamentale ci pare sia invece l’approfondimento della totalità del processo del comprendere, vale a dire il rapporto continuamente rinnovantesi del soggetto con il testo interpretato, e il suo essere necessariamente giocato dagli stessi segni di volta in volta interpretati» (cfr. 252-253).

Ciò che rileva ai fini del presente studio è esaminare la natura dell’attività esercitata dall’amministrazione quando si trova dinanzi a clausole generali contenenti concetti giuridici indeterminati, essendo evidente, come è stato acutamente osservato, che «che laddove la discrezionalità risieda in una scelta interpretativa essa sarà interamente ripetibile dal giudice mentre, all’estremo opposto, ove si tratti di esercizio di volontà il sindacato sarà assai limitato. Tuttavia, in tutti questi scenari spetta all’autorità la scelta circa il contenuto della fattispecie concreta, attraverso l’attribuzione di un significato determinato a ciò che è indeterminato. La distribuzione di competenza tra l’autorità amministrativa e quella giudiziaria (in sede di controllo di legittimità) sarà il risultato dell’idea che si

che l'attività discrezionale si articola in due momenti, espressione del generale dovere d'ufficio dell'amministrazione: la valutazione dei fatti; la assunzione di una data decisione finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, conforme alla disamina effettuata e aderente alla norma del caso concreto²⁰.

Da un lato vi è chi ritiene che la selezione dei fatti per l'emanazione del provvedimento finale sia da porre al di fuori del perimetro dell'attività di comprensione della norma che costituisce il fondamento dell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione²¹. Nel caso è chiaro come il campo di applicazione dell'attività discrezionale sarebbe ricondotto, determinati i fatti, alla sola individuazione dell'interesse pubblico concreto da perseguire, con la operazione di «massimizzazione» dello stesso all'esito di una ponderata comparazione con gli altri interessi, pubblici e privati. L'attività discrezionale consisterebbe allora nella scelta tra più alternative possibili da selezionare «entro margini razionalmente idonei a realizzare il fine di interesse pubblico»²².

Dall'altra parte vi è chi sostiene che la selezione dei fatti rilevanti ai fini della esplicitazione del potere non è sempre separabile dalle ragioni che conducono alla assunzione della scelta amministrativa, con la conseguenza che non è del tutto indipendente dal concreto esercizio del potere discrezionale²³. La selezione dei fatti rilevanti ai fini dell'esercizio del potere costituisce dunque già manifestazione del potere medesimo, perché i fatti di qualsivoglia natura (scientifici,

proponga circa la natura del potere discrezionale»: cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 337.

²⁰ F. LEDDA, *L'attività amministrativa, ne Il diritto amministrativo degli anni '80, Atti del XXX° convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Varenna, Vila Monastero, 20-22 settembre 1984, Milano, 1987, 94 ss. In ordine ai fatti da valutare, è bene per il momento richiamare la nota distinzione tra fatti *semplici* e fatti *complessi*: i primi su cui operare un giudizio di esistenza/inesistenza; i secondi su cui effettuare un giudizio valutativo, che alcuni autori hanno ricondotto al concetto di discrezionalità tecnica: cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità*, cit., 469.

²¹ È la tesi di fondo che permea, se ben si è inteso, il lavoro di N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit.

²² È quanto ritiene N. PAOLANTONIO, *Op. ult. cit.*, 157. Una tale linea interpretativa è autorevolmente sostenuta da F.G. COCA, *Sul trattamento*, cit. L'A., nel criticare una decisione della giurisprudenza amministrativa di alcuni anni fa, osservava che «Emblematica appare una recente pronuncia della VI Sezione del Consiglio di Stato in cui si è affermato che “il vizio di eccesso di potere” sussiste “nei casi in cui il provvedimento impugnato sia stato emanato sul presupposto dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti che, al contrario, risultano rispettivamente insussistenti o sussistenti”, e, con formula ancor più esplicita, che “la figura sintomatica dell'eccesso di potere per travisamento dei fatti ricorre quando il provvedimento amministrativo sia stato emanato sul presupposto dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti che dagli atti risultano rispettivamente sussistenti o insussistenti”.

La giurisprudenza, quindi, fa intercorrere il rapporto di correttezza non tra la realtà e la rappresentazione che di tale realtà ha avuto l'amministrazione, ma tra elementi tutti situati all'interno di tale rappresentazione»: cfr. 116.

²³ S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 271.

economici, morali, etc.) costituiscono la premessa logica e razionale dell'attività decisoria dell'amministrazione²⁴.

Le conseguenze che possono trarsi dalle due letture non sono di poco momento e travalicano l'ambito stesso dell'esame della discrezionalità amministrativa.

Se la selezione dei fatti non rientra all'interno dell'attività discrezionale che conduce ad individuare l'interesse pubblico concreto, colto nella sua interdipendenza con gli altri interessi secondari (pubblici o privati che siano), ne deriva un evidente restringimento dell'area dell'agire discrezionale. Seguendo l'ipotesi ora in esame, insomma, l'apprezzamento dei fatti che costituisce momento di definizione delle premesse ai fini della assunzione della decisione finale sarebbe da ascrivere ad una attività dell'amministrazione di natura qualificatoria, in cui non vi sarebbe alcuna scelta volitiva tra diverse soluzioni possibili e ragionevoli, difettando pertanto in questa fase 'preliminare' una attività di natura discrezionale²⁵.

Un tale processo decisionale potrebbe essere ripetuto anche nel caso in cui venisse in rilievo l'esercizio di discrezionalità tecnica²⁶, nonché nel caso in cui l'amministrazione sia chiamata a confrontarsi con norme dal contenuto indeterminato o poco preciso²⁷. Si arriverebbe insomma a concludere che l'espunzione dal perimetro della attività discrezionale della selezione e qualificazione dei fatti rilevanti ai fini dell'esercizio del potere amministrativo determini la conseguenza della sindacabilità di tali fatti ad opera del giudice amministrativo, che potrà sia valutarne l'esistenza sia la corretta qualificazione sia la concreta sussunzione all'interno della fattispecie normativa astratta²⁸.

²⁴ In ordine al principio di razionalità applicato alle scelte dell'amministrazione, cfr. A. ZITO, *Decisione amministrativa e principio di razionalità nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Socca*, V, Napoli, 5317 ss.

²⁵ N. PAOLANTONIO, *Op. ult. cit.*, 422-423, il quale precisa che «quell'apprezzamento costituisce l'imprescindibile apporto subiettivo dell'interprete nel delicato momento dell'applicazione della norma: il che rende tale giudizio per se stesso sostituibile, pena la rinuncia, da parte del giudice, all'esercizio della propria doverosa funzione istituzionale»: cfr. 423.

²⁶ Concetto che si richiama, in questo passaggio, in senso distinto rispetto a quello di discrezionalità amministrativa (o pura), nella consapevolezza che in dottrina tale distinzione è controversa: sulla questione si rimanda a quanto si dirà *infra*, *sub* § 3.

²⁷ La presenza di concetti giuridici indeterminati contenuti in clausole generali è stata da molti autori qualificata come presupposto per l'esercizio di discrezionalità tecnica, se non addirittura di discrezionalità pura, da parte di chi ritiene che «da discrezionalità va intesa complessivamente come segmento dell'attività di interpretazione di norme, prima ancora che quale manifestazione di potere», giacché «nell'età della seconda modernità il quadro normativo si fa perplesso, e incerto diviene il confine tra indeterminatezza normativa e spazio delle scelte politiche»: cfr. L. BENVENUTI, *Lingua e potere*, cit., 158.

Come si avrà modo di illustrare *infra*, tale categoria non sembra poter fluire né all'interno del concetto di discrezionalità pura né in quello di discrezionalità tecnica, quanto meno nel caso in cui la norma vaga non implichi, ai fini di una sua corretta interpretazione, un rinvio a fonti extragiuridiche, come nel caso dell'art. 80, comma 5, lettera d), del Codice dei contratti pubblici.

²⁸ Le conseguenze sopra accennate sembrano potersi sempre trarre da N. PAOLANTONIO, *Il*

Volendo fare applicazione di tale orientamento all'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici, si può utilmente prendere il caso del legale rappresentante di una impresa che, in sede di deposito della documentazione utile per partecipare a una gara di appalto di lavori di ripristino di opere idrauliche danneggiate, dichiara di aver subito la pena consistente in una ammenda modesta (pari a euro 1.000,00), sospesa ai sensi dell'art. 163, comma 1, del Codice penale, per il reato riguardante l'attività di trasporto e smaltimento di rifiuti non pericolosi in mancanza della prescritta autorizzazione²⁹. Supponiamo che in tal caso l'amministrazione selezioni alcuni fatti rilevanti al fine di stabilire se l'illecito professionale in cui è incorso il legale rappresentante dell'impresa sia tale da rendere dubbia la propria integrità o affidabilità, e per la precisione individui: a) l'emissione del decreto penale di condanna per il reato sopra indicato; b) la mancata impugnazione di tale decreto, divenuto dunque definitivo; c) la vicinanza del fatto di reato rispetto all'avvio della gara in corso (essendo trascorso circa un anno tra i due momenti). Così che, in base a tali fatti, ipotizziamo che l'amministrazione decida di escludere dalla gara l'impresa ritenendo l'illecito esaminato grave e suscettibile di porre dubbi sulla integrità e affidabilità dell'operatore economico in gara.

Se si seguisse la tesi sin qui esaminata (la individuazione dei fatti che costituiscono il presupposto del potere rimane fuori dal perimetro dell'attività discrezionale), i fatti selezionati dall'amministrazione sarebbero comunque sindacabili dal giudice nel caso di ricorso avverso l'esclusione dell'impresa, non tanto e non solo con riferimento alla loro esistenza, quanto soprattutto in ordine alla loro consistenza e sufficienza a fondare la decisione escludente dalla stazione appaltante. Non sarebbe, peraltro, preclusa al giudice amministrativo la possibilità di considerare fatti ulteriori (che sono entrati a far parte del *thema decidendum*), di valutarne la decisività, anche rispetto a quelli esaminati dalla amministrazione, per poi concludere per la erroneità della decisione eventualmente opposta in sede di ricorso.

Occorre tuttavia prendere atto come la tesi che vuole la qualificazione

sindacato di legittimità, cit., 154-155, nota 147, il quale richiama il caso deciso da Cons. Stato, VI, 31 gennaio 1990, n. 558, avente ad oggetto la questione del vincolo di particolare interesse artistico su una villa romana. L'A. critica un passaggio della pronuncia in cui il Consiglio di Stato richiama l'ampio potere discrezionale che ha l'amministrazione nella valutazione degli elementi di fatto posti a fondamento della imposizione del vincolo per ragioni di pubblico interesse. Il passaggio appena richiamato sarebbe «inesatto poiché la valutazione dei particolari estetici e costruttivi, cioè dei concreti elementi di fatto, indubbiamente consentono l'emersione dell'interesse concreto che giustifica l'adozione del vincolo, ma dire che questa valutazione sia discrezionale configura una contraddizione in termini, a meno di non ridurre la discrezionalità a pura soggettività di giudizio». La giurisprudenza più recente ha nella sostanza confermato l'indirizzo in esame: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747.

²⁹ Di cui all'art. 256, comma 1, lettera a), del d.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

dei fatti fuori dal perimetro della discrezionalità non sia quella seguita dalla giurisprudenza, quanto meno da quella maggioritaria, in materia di gravi illeciti professionali³⁰. La stessa giurisprudenza, anche alla luce dell'ultimo arresto della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha avuto modo di precisare che l'amministrazione, chiamata a valutare se escludere o meno un operatore economico a fronte di gravi illeciti professionali, si trova nel pieno esercizio della discrezionalità amministrativa, sindacabile meramente *ab estrinseco*³¹, e dunque per ragioni legate alla eventuale carenza di ragionevolezza, logicità, proporzionalità e attendibilità della scelta assunta³².

³⁰ Il Giudice amministrativo, stando al tema oggetto del presente lavoro, quasi mai ha ritenuto di «forare» la motivazione; passare cioè dal sindacato sulla esternazione formale dei motivi alla conoscenza diretta dei motivi assunti e conosciuti come tali, quali emergenti anche al di là della motivazione, della realtà istruttoria (oltre che – come è auspicabile – della realtà di fatto)», F.G. SCOCA, *Sul trattamento*, cit., 119-120. Ciò sembra essere avvenuto solamente in pochi casi in ordine al tema dei «gravi illeciti professionali», soprattutto relativi alla giurisprudenza meno recente, compiutamente esaminati nel lavoro di G. SIGISMONDI, *Giudizio amministrativo e valutazioni riservate: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro It.*, 2014, 177 ss., a cui si rimanda.

³¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16, in cui è stato precisato in un *obiter dictum* che «operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare “il punto di rottura dell'affidamento nel progresso e/o futuro contraente” [...]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione».

³² Di notevole rilievo è la pronuncia della Cassazione (Cass., Sez. Un. Civ., 17 febbraio 2012, n. 2312), che si è espressa sulla causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), del previgente Codice dei contratti pubblici (dovuta a grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, ovvero al fatto che un operatore economico abbia commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale). La Cassazione ha annullato la sentenza del Consiglio di Stato impugnata per eccesso di potere giurisdizionale rilevando in particolare che «Emerge quindi con chiarezza che la decisione finale di ravvisare la pretestuosità del sopravvenuto deficit di fiducia allegato da T. [...] si è fondata in modo comunque determinante (secondo la stessa costruzione logica della decisione), e se pur nella dichiarata individuazione di un eccesso di potere, che della discrezionalità, amministrativa o tecnica, costituisce il limite (Cons. Stato 8091 del 2010 e 4902 del 2010), sulla valutazione di inidoneità dei dati adottati a sostenere la decisione stessa, e quindi sulla valutazione di insufficienza oggettiva di quei dati a far considerare plausibile la caduta soggettiva della fiducia».

E poiché il quadro normativo sul quale doveva esercitarsi il doveroso controllo di non pretestuosità assegna alla stazione appaltante la facoltà di determinare essa stessa il punto di rottura dell'affidamento nel contraente, una decisione che, quale quella in disamina, non accerti l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate ma valuti solamente la insufficienza dei dati adottati a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura, incorre, all'evidenza, nel denunziato vizio di eccesso di potere cognitivo ai danni dell'amministrazione». La sentenza è stata commentata da vari autori, tra cui F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti della discrezionalità tecnica*, in *Ginr. it.*, 2013, 3, 692 ss., che in senso adesivo a quanto statuito dalla Cassazione ha precisato che «Nel caso in cui la legge non determini in modo

C'è un elemento, però, che sembra essere trascurato dalla giurisprudenza che si è espressa sull'attività escludente dell'amministrazione a fronte di gravi illeciti professionali, o che sembra essere preso in esame tutt'al più *en passant*, senza il dovuto esame critico. Risiede nell'individuazione della natura di tale attività escludente, calibrata sull'applicazione del concetto giuridico indeterminato di *gravità dell'illecito tale da incidere sulla integrità o sulla affidabilità* dell'operatore economico, che non può che passare attraverso la individuazione di *parametri*, di carattere eminentemente giuridico, a cui rapportare il giudizio finale di esclusione. Quand'anche si ritenga che il giudizio dell'amministrazione risenta di una inevitabile margine di scelta, tale margine non potrà che risultare residuale rispetto all'insieme dei *parametri* impostati per effettuarlo, oggettivamente misurabili, o quanto meno valutabili³³.

Al netto delle argomentazioni appena esposte, riesce comunque difficile avallare la tesi che il processo decisionale dell'amministrazione, finalizzato all'esclusione dell'operatore economico in gara per gravi illeciti professionali, sia

obiettivo i presupposti che giustificano l'emanazione del provvedimento, perché li affida alla valutazione dell'amministrazione, si è da parte nostra sostenuto che la stessa legge si limita a indicare, in astratto, qual sia l'interesse pubblico da tutelare, lasciando, tuttavia, all'ente pubblico il compito di individuare quando tale necessità (e, dunque, tale interesse) di tutela ricorra nel caso concreto. Tale compito viene adempiuto proprio attraverso la valutazione tecnico-discrezionale. Di talché, lo stesso esito della valutazione discrezionale finisce per costituire il fatto obiettivo, vale a dire il presupposto diretto della legittimità del provvedimento da assumersi».

Alla pronuncia in esame ha fatto seguito la sentenza di: Cons. Stato, Sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, innanzi al quale le parti sono state rimesse all'esito della sentenza della Cassazione, che ne ha sostanzialmente confermato i principi. La pronuncia è stata oggetto di vari commenti, tra cui si segnala quello di G. SIGISMONDI, *Giudizio amministrativo*, cit. La stessa sentenza della Cassazione è sovente ripresa dalla giurisprudenza amministrativa, anche recente, per affermare che il potere escludente dell'amministrazione è connotato da discrezionalità ed è pertanto sindacabile nei soli casi di manifesta illogicità, irragionevolezza, abnormità ed erronea rappresentazione dei fatti sottoposti a giudizio: cfr., in questo senso, Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490; Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2019, n. 1846.

³³ Secondo F. PEDRINI, *Ancora sulle "clausole generali"*, cit.: «Che un "costume" sia buono (quale sia l'insieme delle regole del buon costume), che un danno sia ingiusto (quale sia l'insieme delle regole giuste), che un comportamento sia indecente (quale sia l'insieme delle regole della decenza) – ad esempio – non parrebbe un "dato" desumibile more geometrico dall'applicazione d'un insieme di parametri normativi (= regole) pienamente oggettivi, accertabili tramite un giudizio di fatto. Al contrario, gli esiti di tale operazione di accertamento parrebbero dipendere in senso forte, in detto contesto, da valutazioni soggettive, frutto almeno in parte di un giudizio di valore. Operando dunque in ambiti dove a contare non sarebbe soltanto la conoscenza, ma anche la volontà, le clausole generali finirebbero cioè tipicamente per richiamare non un singolo e ben individuato insieme di regole (standard), bensì una molteplicità d'insiemi di regole, all'interno della quale (molteplicità) l'interprete potrebbe dunque rinvenire una pluralità di parametri di giudizio» cfr. 133.

Le questioni critiche sorgono in ordine alla individuazione di tali parametri e in ordine a chi sia il soggetto che ne debba stabilire il valore precettivo. Su tali aspetti, ci si soffermerà *infra, sub* § 4 e § 5.

ascrivibile a una attività di carattere puramente discrezionale, per almeno due ragioni decisive.

La prima risiede nel fatto che la valutazione anzidetta non è la conseguenza di alcuna concretizzazione dell'interesse pubblico sotteso alla norma, tanto meno alla luce di una scelta di opportunità tra varie soluzioni alternative possibili. Per esser chiari: è certamente corretto ritenere che la norma in esame sia finalizzata alla cura di un interesse pubblico ben definito, quello di far sì che le amministrazioni perfezionino rapporti contrattuali per l'affidamento di commesse e dunque di risorse pubbliche solamente con soggetti affidabili e "moralmente" integri; ma sembra essere altrettanto corretto escludere che il perseguimento di un simile interesse corrisponda con (e si esaurisca in) la valutazione di gravità dell'illecito. Se così fosse tale valutazione, in ipotesi discrezionale dell'amministrazione (come ritenuto dalla giurisprudenza cui si è fatto cenno), sarebbe "libera" e slegata da controlimiti, al netto di una motivazione adeguata, ragionevole e logica³⁴. Con il conseguente rischio della adozione di provvedimenti diversi in base a presupposti similari, derivanti dal diverso grado di sensibilità di ciascun dirigente responsabile del servizio nelle rispettive stazioni appaltanti, potenzialmente fondati su scelte arbitrarie da parte dell'amministrazione interessata, ma insindacabili laddove apparentemente logiche e ragionevoli³⁵.

Una volta arrivata a stabilire se uno o più fatti si pongano al di là della immaginaria linea della gravità che compromette il vincolo fiduciario con l'operatore economico non residua per l'amministrazione alcuna altra valutazione da effettuare, che a quel punto si troverebbe solamente dinanzi a un semplice *aut aut*: escludere o meno l'operatore economico dalla gara, senza valutare alcun altro interesse in ballo da eventualmente tutelare. Insomma l'amministrazione, dinanzi al compito di dare attuazione all'art. 80, comma 5, lettera d), del Codice dei contratti pubblici, sembra trovarsi dinanzi a una *quaestio iuris* e non a una *quaestio facti*. Il suo compito sembra essere di carattere ermeneutico e non di ponderazione tra interessi, implicante una volizione.

³⁴ Che, però, non sembra sufficiente a superare la criticità illustrata. La giurisprudenza, invece, considera il sindacato sulla motivazione quale contraltare alla libertà decisionale dell'amministrazione al cospetto della indeterminatezza dei concetti espressi dall'art. 80, comma 5, lettera d), del Codice dei contratti pubblici: cfr. al riguardo TAR Lazio – Roma, Sez. III, 12 giugno 2020, n. 6498. Si tratterebbe, infatti, pur sempre di un controllo estrinseco, calibrato su elementi tutti interni al ragionamento dell'amministrazione e dunque non sulla valutazione dei fatti che avrebbero potuto condurre ad esiti affatto opposti.

³⁵ È la Corte Costituzionale ad avere espresso «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto alla base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa. [...] Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» cfr. Corte Cost., 4 aprile 2011, n. 115; nello stesso senso, Corte Cost., 13 maggio 1964, n. 40.

Veniamo dunque alla seconda ragione che osta alla riconduzione della decisione dell'amministrazione nell'ambito della discrezionalità. Quand'anche si volesse ipotizzare un esercizio di discrezionalità in capo all'amministrazione dinanzi alla fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici, questa dovrebbe ritenersi tutt'al più di natura tecnica³⁶.

Lo suggerisce la natura *complexa* (*rectius, indeterminata*) della fattispecie di riferimento.

Su questa, allora, è necessario soffermarsi nelle pagine che seguiranno, con la finalità, dichiarata sin da ora, di superare anche l'ipotesi appena accennata.

3. *Al di là della discrezionalità amministrativa e della discrezionalità tecnica al cospetto di una clausola generale che reca concetti giuridici indeterminati*

L'esistenza di una discrezionalità tecnica ontologicamente distinta dalla discrezionalità amministrativa è da tempo discussa³⁷. La prima, che si considera

³⁶ Notevole è la bibliografia sul tema della discrezionalità tecnica e, tra i tantissimi contributi di rilievo, si richiamo i seguenti: F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprrezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, III, 1902 ss.; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura* ..., cit.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit.; P. VIRGA, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.; A. PIRAS, (Voce) *Discrezionalità amministrativa*, cit.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MORTATI, (Voce) *Discrezionalità*, in *Nov. Dig.*, V, Torino, 1968, pp. 1108 ss. E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 278 ss.; CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità*, cit.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit.; L. BENVENUTI, *Lingua e potere*, cit.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e valutazioni tecniche*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 285 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995; L. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 6, 1727 ss.; D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1998; P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212 ss.; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 2587 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 983 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, 439 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e precesso amministrativo*, Napoli, 2008; G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche*, cit.; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 385 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità*, cit.; F. CANGELLI, *Contaminazioni e suggestioni amministrativistiche nel quadro dogmatico delle Sezioni unite sulle valutazioni tecniche*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1.

³⁷ In ordine a tale distinzione si è già fatto cenno in nota 19 richiamando il pensiero di PRESUTTI e CAMMEO. Nella stessa nota si è del pari richiamato il pensiero di L. BENVENUTI, che accomuna discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica sotto un'unica matrice concettuale,

per il momento in modo unitario, ricorre quando l'amministrazione è chiamata ad agire in virtù di una norma giuridica che contiene, o richiama indirettamente, o rinvia implicitamente (a) una norma tecnica ovvero (a) concetti di natura tecnica³⁸.

È chiaro che il concetto di discrezionalità tecnica acquisisce un rilievo differente a seconda della norma tecnica con cui l'amministrazione è tenuta a confrontarsi³⁹. Vi sono infatti, secondo una autorevole dottrina, quattro ipotesi di norma tecnica da richiamare all'uopo⁴⁰: a) la regola tecnica trascritta nel testo normativo; b) la regola tecnica solamente richiamata dalla norma giuridica, «direttamente, attraverso il richiamo a particolari discipline; od indirettamente, attraverso l'indicazione vincolante di uno scopo rispetto al quale, secondo i dettami della stessa tecnica, risulti necessaria l'adozione di determinati mezzi»⁴¹; c) la regola giuridica che «si fa tecnica» nel richiamare al proprio interno fenomeni già individuati dalla scienza o dalla stessa tecnica, che dunque forniscono gli elementi per la formazione di un concetto giuridico (la dottrina fa riferimento, a

rilevando solo differenze «di misura». Per M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano 1939, 54 ss., la discrezionalità tecnica è «un errore storico della dottrina», visto che in caso di suo esercizio l'amministrazione compie giudizi di carattere scientifico e non opera scelte di tipo valutativo, di carattere volontaristico. In seguito, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., ha separato il tema della discrezionalità da quello delle valutazioni tecniche, rilevando come esista un potere di valutazione tecnica riservato all'amministrazione, fondato sulla sua legittimazione democratica, ai sensi degli artt. 51, 87 e 3 della Costituzione (cfr. p. 215 ss.). Sul solco di tale pensiero si è posta anche l'opera di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 297 ss.

³⁸ Sulla definizione in questione emergono, anche di recente, posizioni articolate, che rendono estremamente complessa una *reductio ad unitatem*. Si pensi, ad esempio: da un lato al lavoro di F. CANGELLI, *Contaminazioni e suggestioni*, cit., in cui viene rilevato che «La c.d. discrezionalità tecnica comprende – in senso ampio – le ipotesi in cui le norme che disciplinano l'esercizio del potere comprendono concetti per la cui determinazione la pubblica amministrazione deve ricorrere a scienze extragiuridiche, come accade, per usare un esempio classico, nel caso in cui si ponga il problema della tossicità di una determinata sostanza»; dall'altro lato al lavoro di F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità*, cit., in cui si rappresenta che «La discrezionalità tecnica è considerata esistente quando alcuni dei fatti che compongono la fattispecie legale non sono suscettibili di accertamento in senso stretto, poiché rinviano a valutazioni da compiersi alla stregua di discipline che non forniscono criteri di giudizio sicuri. In casi del genere, l'accertamento del fatto – che rientra nell'ordinaria attività di applicazione della legge – è mediato da valutazioni «opinabili», le quali rendono incerta la qualificazione del fatto agli effetti della sua sussunzione nello schema legale. Gli enunciati normativi che designano fatti del tipo anzidetto sono di solito ascritti alla categoria dei «concetti giuridici indeterminati».

Su tale ultimo accostamento ci si soffermerà *infra*.

³⁹ Il concetto di «norma tecnica» è stato attentamente esaminato nel lavoro di C. PARODI, *L'amministrazione della tecnica*, cit., 99 ss.

⁴⁰ La quadripartizione che si esporrà – che lo stesso autore, cui si deve la formulazione, ritiene incompleta e che appare invece più che indicativa – è ripresa da F. LEDDA, *Potere, tecnica*, cit., 397-398.

⁴¹ Cfr. F. LEDDA, *Op. ult. cit.*, 397.

titolo di esempio, al concetto di *trasmissione* dell'energia elettrica che è cosa diversa dal concetto di *distribuzione*); d) la regola tecnica occorrente «per determinare ulteriormente il contenuto di clausole generali, o la portata di concetti giuridici imprecisi, relativi a fenomeni che secondo il senso proprio della norma hanno giuridico rilievo solo in quanto collegati da un rapporto di causalità»⁴².

Relativamente al concetto di discrezionalità tecnica, al netto delle varie declinazioni delle “norme tecniche” di riferimento, si è anche discusso in ordine all'*an* e ai confini della sua sindacabilità dinanzi al giudice amministrativo, su cui è possibile distinguere tre diverse linee interpretative:

i) una prima linea che patrocina l'insindacabilità della discrezionalità tecnica riconducendola all'area del merito amministrativo⁴³;

ii) una seconda linea interpretativa che patrocina una sindacabilità limitata in ordine alle «c.d. operazioni tecniche» per poterne vagliare la relativa correttezza, potendo il giudice amministrativo «annullare o disapplicare l'atto quando il giudizio dell'amministrazione risulti inattendibile (o scarsamente verosimile) per l'insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo»⁴⁴;

iii) una terza linea interpretativa che ritiene invece l'esercizio di discrezionalità tecnica pienamente sindacabile per l'assenza di un potere riservato all'amministrazione⁴⁵.

La giurisprudenza amministrativa ha mostrato di accomunare discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, sottoponendole entrambe al vaglio della ragionevolezza, nel senso di ritenere che la valutazione dell'amministrazione sia viziata solo laddove abnorme⁴⁶.

Si tratta di una linea interpretativa, non sovrapponibile a nessuna di quel-

⁴² *Id.*, 398.

⁴³ A tale linea interpretativa ha aderito la giurisprudenza degli anni '80 (cfr., su tutte, Cons. Stato, Sez. IV, 18 marzo 1980 n. 270; Cons. St., sez. IV, 4 marzo 1980 n. 142) e '90 (cfr. TAR Sicilia Palermo, Sez. I, 4 aprile 1992, n. 118).

⁴⁴ Cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica*, cit., 434. Sul solco di tale ragionamento sembrano riposare le motivazioni di una nota sentenza del Consiglio di Stato della fine degli anni '90 del secolo scorso, la quale ha avuto modo di stabilire che «Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo» cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

⁴⁵ L. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale*, cit., 1742 ss.

⁴⁶ TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità*, cit., 320 ss., secondo cui «all'elemento che accomuna i giudizi dell'uno e dell'altro tipo si accompagna la diversità dell'oggetto dei giudizi medesimi: quelli che sono propri della discrezionalità tecnica vertono sulla qualificazione dei fatti, mentre i giudizi attinenti alla discrezionalità amministrativa vertono sull'assetto da dare ad interessi. Nel primo caso la fattispecie indeterminata suscita incertezza riguardo alla sussistenza dei presupposti per la sua applicazione, nel secondo caso essa apre la possibilità di scelta tra alternative di azione. L'incertezza attiene all'attività conoscitiva che precede il provvedere; la possibilità di scelta attiene al provvedere».

le patrocinate dalla dottrina e passate in rassegna, che la giurisprudenza ha mostrato di seguire anche in ordine alla analisi della esclusione di un operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici per gravi illeciti professionali⁴⁷. E ciò nel senso di ritenere censurabile solo se manifestamente irragionevole la decisione escludente dell'amministrazione, in quanto conseguenza della propria discrezionalità (pura o tecnica, che dir si voglia) nella individuazione del «punto di rottura» relativo all'elemento fiduciario che dovrebbe fungere da perno dell'instaurando rapporto con il futuro contraente, costituendo elemento indefettibile rispetto a ogni futura contrattazione tra l'amministrazione stessa e l'operatore economico affidatario⁴⁸.

Il ragionamento appena illustrato sembra prestarsi a tre ordini di critica, a cui solo in parte si è fatto cenno all'interno del § 2, se si tiene in considerazione il fatto che l'esclusione da una gara di appalto in virtù dell'esistenza di gravi illeciti professionali debba passare per l'esame di concetti giuridici indeterminati.

La prima, proveniente da acuta dottrina, dipende dal fatto che sottoporre alla verifica della (ir)ragionevolezza (manifesta) i giudizi che riguardano concetti giuridici indeterminati significa rinunciare di fatto alla ragionevolezza⁴⁹.

La seconda critica è che sottoporre al mero vaglio della (ir)ragionevolezza

⁴⁷ Nel § 2 si è infatti richiamata la giurisprudenza che ha ritenuto oggetto di discrezionalità amministrativa l'attività escludente dell'amministrazione. Se non che esistono pronunce, come quella di Cons. Stato n. 6490/2019, cit., secondo cui «Occorre, allora, verificare se è corretto e legittimo il giudizio discrezionale espresso dall'A.N.M. sulla perdurante integrità ed affidabilità della concorrente, dovendosi a tale riguardo rammentare che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale potere valutativo – connotato da eminenti profili di discrezionalità tecnica – è limitato ai casi di manifesta illogicità, irragionevolezza, abnormità ed erronea o rappresentazione dei fatti sottoposti a giudizio (cfr. Cons. di Stato, V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 3 gennaio 2019, n. 72) [...]».

⁴⁸ La giurisprudenza sul tema ha infatti elevato l'esame di tale *punto di rottura*, che determina la condizione necessaria e sufficiente per ritenere l'operatore economico inaffidabile, quale elemento decisivo al fine di legittimare la scelta pienamente discrezionale dell'amministrazione e pertanto sindacabile solo alla luce di un controllo esterno, per cause legate a irragionevolezza o illogicità manifeste: cfr., tra le più recenti, Cons. giust. amm. Sicilia, 15 ottobre 2020, n. 911.

⁴⁹ Ci si riferisce a TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità*, cit., 324, secondo cui «Nel momento stesso in cui dichiara che l'azione amministrativa è soggetta al principio di ragionevolezza, il giudice si astiene dalla valutazione secondo ragionevolezza, perché soltanto l'irragionevolezza manifesta è oggetto di un possibile "accertamento" giudiziale».

Così oggettivo, il principio di ragionevolezza si trasforma in regola, la cui applicazione risponde allo schema alternativo osservanza/inosservanza, e risulta osservato se la valutazione dell'amministrazione non è abnorme. Ma la regola si pone in contraddizione con lo statuto dell'attività cognitiva in tutti quei casi nei quali la validità delle proposizioni empiriche è verificabile probabilisticamente, mediante l'osservazione dei fatti. L'impossibilità di un giudizio di verità dei fatti non è un argomento valido contro la stima del livello di probabilità dei fatti e delle conseguenze dei fatti, la quale è il normale criterio guida per chi agisce e per chi deve giudicare l'azione che altri ha compiuto».

(manifesta) l'agire amministrativo, quando lo stesso è condizionato dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati, significa rendere concreto il rischio di conferire all'amministrazione un potere indeterminato, irragionevole (quanto meno nella misura in cui tale ipotetica mancanza di ragionevolezza non sia patente), atto a concedere totale libertà al soggetto investito del medesimo potere, con un potenziale *vulnus* per il principio di legalità sostanziale⁵⁰.

La terza critica, che va alla radice del ragionamento sin qui effettuato, risiede nella stessa presenza di concetti giuridici indeterminati all'interno della norma in esame, che involgono una questione di natura interpretativa e non un agire discrezionale⁵¹.

Tale riflessione appare corroborata da un punto, che ruota attorno alla definizione del concetto di "gravità" legato alla locuzione "*illecito professionale*" e all'espressione "*tale da render dubbia la integrità o l'affidabilità dell'operatore economico*". L'indagine sul rapporto tra le citate espressioni non passa attraverso il rinvio a criteri di valutazione extragiuridici, ma richiede una (pur complessa) attività che rimane interna alla dimensione giuridica: ritenere che un illecito sia grave non presuppone conoscenze di natura tecnica, né tale valutazione può essere attinta da criteri morali o etici, ma costituisce mera attività ermeneutica volta all'applicazione della norma, complessa, ma pur sempre volta a dare concreta applicazione alla fattispecie normativa.

Il fatto che il concetto di gravità non imponga il rinvio a criteri extragiuridici ai fini della sua esatta definizione, prodromica alla eventuale sussunzione della

⁵⁰ Al riguardo si rimanda al contenuto della nota 33.

⁵¹ Chiarificatore sul tema è il pensiero di V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità*, cit., a tenore del quale «[...] spesso norme a carattere impreciso nascondono non un potere discrezionale ovvero un momento di discrezionalità nella fattispecie del potere medesimo, ma soltanto un'attività "più complessa che in altri casi" di attuazione (mera) della legge, ma pur sempre un'attività di attuazione (mera) della legge» cfr. 476. Ricognitive del pensiero che si è andati sin qui argomentando sono le parole di G. SIGISMONDI, *Giudizio amministrativo*, cit., secondo cui: «mentre per quanto riguarda la discrezionalità amministrativa l'esistenza di uno spazio riservato alle valutazioni dell'amministrazione ha natura strutturale, e dipende dalla norma attributiva del potere (che lascia all'amministrazione la possibilità di definire l'assetto di interessi preferito scegliendo tra soluzioni differenti ed equivalenti, almeno a priori, rispetto alla norma stessa, salvi i limiti di non incorrere nello sviamento, e salva la possibilità di sottoporre tale scelta a un giudizio di proporzionalità e ragionevolezza a posteriori, condotto secondo il confronto con standard di comportamento definiti in via interpretativa), negli altri due casi le cose stanno diversamente: nel caso delle valutazioni tecniche, infatti, la norma attributiva del potere definisce un ambito d'azione vincolato per l'amministrazione, i cui presupposti vengono accertati sulla base dell'applicazione di regole tecniche che non conducono comunque a un risultato certo, ma che non implicano un potere di scelta dell'amministrazione tra soluzioni differenti (ciò che condiziona la decisione non è la scelta, ma l'esito della valutazione tecnica), mentre nel caso dei concetti giuridici indeterminati l'attività che sta alla base dell'individuazione dell'esistenza dei presupposti per l'esercizio del potere ha comunque carattere interpretativo, e quindi rientra nei normali poteri del giudice, funzionali all'esercizio dell'attività giurisdizionale».

fattispecie concreta all'interno dell'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici, è desumibile da una valutazione precipua. E cioè che manca, alla radice, una "norma tecnica" in grado di costituire il mezzo per sciogliere l'indeterminatezza dei concetti espressi dalla disposizione in esame, né al concetto di gravità dell'illecito disciplinare può esser data connotazione di per sé tecnica non provenendo all'evidenza dal sapere scientifico (o più latamente tecnico). Allo stesso modo una tale esigenza di riempimento non potrebbe derivare da criteri etici o morali, che non sarebbero in grado di fornire, già per effetto della loro ipotetica e astratta formulazione, alcuna linea guida in grado di risolvere l'incertezza determinata dal testo legislativo in esame. Laddove, insomma i concetti giuridici indeterminati, ai fini di una corretta interpretazione della norma in cui risiedono, non impongono un *remand* a criteri che si collocano al di fuori dell'ambito giuridico, ma necessitano di un interprete che possa valutarne l'applicabilità o meno al caso concreto alla luce dei fatti, appare difficile ricondurli al concetto di discrezionalità tecnica.

L'indeterminatezza, seguendo l'impostazione appena delineata, potrebbe essere razionalmente contenuta, anche alla luce di quanto si dirà nei paragrafi successivi. Ed è proprio l'esigenza di razionalità che è imprescindibile nel sistema giuridico, che suggerirebbe di tenerla in considerazione, a scapito di una sua 'gestione' appannaggio (pressoché esclusivo) dell'amministrazione mediante l'esercizio del proprio potere, la cui esistenza difetterebbe tuttavia di una precisa giustificazione, quanto meno nella misura in cui ne fosse preclusa una rigorosa indagine sulla ragionevolezza del suo esercizio, come in effetti appare preclusa per effetto dell'indirizzo maggioritario della giurisprudenza in punto di sindacato tanto sulla discrezionalità amministrativa quanto su quella tecnica⁵².

4. *Il sindacato del giudice amministrativo in ordine al provvedimento di esclusione per gravi illeciti professionali e la cruna dell'ago*

Nell'impervio percorso che porta alla ricerca di senso di una fattispecie normativa sottoposta al vaglio del giudice amministrativo si innesta il confronto

⁵² Il ragionamento appena esposto è ispirato da un saggio di autorevole dottrina sul pensiero di FRANCO LEDDA: cfr. A. ZITO, *Tesi sul diritto, epistemologia e metodo nel pensiero di Franco Ledda*, in *Dir proc. amm.*, 2007, 1, 288 ss. Nella parte finale di tale lavoro, si esamina l'approccio di Ledda in merito al potere amministrativo e si rappresenta che, per Ledda, «Il potere in questione, infatti, se rimane nei limiti di una tecnica di cui l'ordinamento si serve per svolgere e realizzare quegli obiettivi di coordinamento della vita sociale che sono ad esso propri, se rimane cioè nei limiti di una funzione servente rispetto alla pretesa di razionalità che è insita nel sistema giuridico, non merita una contestazione radicale [...]. Ma, affinché ciò accada, non si può rinunciare né alla necessità di un altrettanto rigorosa giustificazione della sua esistenza né alla necessità di una altrettanto rigorosa giustificazione della ragionevolezza del suo esercizio» cfr.. 298.

con l'esercizio di quelli che sono stati icasticamente definiti dalla dottrina *poteri antagonisti* (da ricondurre alla pubblica amministrazione), che concorrono a determinare la fattispecie⁵³.

È un confronto serrato e sovente aleatorio. L'incertezza è proporzionale alla difficoltà di tracciare i precisi confini, di volta in volta dinanzi a fattispecie normative dal carattere più o meno definito, tra esercizio della discrezionalità (pura o tecnica), e attività ermeneutica: i due momenti, che di norma contraddistinguono l'agire dell'amministrazione al cospetto della medesima fattispecie, si intrecciano e si alternano nel fluire del procedimento decisionale⁵⁴. Il giudice amministrativo si fa concavo in virtù della natura del processo in cui si trova ad operare al cospetto di poteri di natura discrezionale dell'amministrazione, (processo) che continua ad avere nella pratica carattere essenzialmente cassatorio e di legittimità, incentrandosi sul vaglio dell'atto e delle sue eventuali criticità, e non anche su quelle che eventualmente afferiscono al rapporto⁵⁵.

Significativi, tuttavia, sono gli elementi che sembrano volti a stemperare l'assolutezza di una simile caratterizzazione, tali da ritenere che quest'oggi le istanze di una giurisdizione più piena, nel senso soprattutto di consentire al giudice amministrativo di accedere ai fatti, non siano necessariamente destinate al *Letto di Procuste*⁵⁶.

⁵³ S. COGNETTI, *Clausole generali*, cit. 1197.

⁵⁴ Secondo N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit., «si comincia a «precomprendere» il senso della norma, elaborando una serie di progetti alternativi di soluzione al problema che sul momento è quello di attribuire un fondamento obiettivo e un riscontro concreto nella fattispecie reale all'interesse pubblico astratto, quale presupposto ineludibile per la rappresentazione (eventuale) delle possibili scelte finali, tutte razionalmente idonee a realizzare quell'obiettivo e, quindi, in definitiva, a concretizzare la volontà trasfusa nella proposizione normativa necessariamente vaga [...]» cfr. 143. E ciò in fase di attuazione della fattispecie normativa, che passa poi al vaglio (eventuale) dell'organo giudicante che si deve interfacciare con tale percorso esegetico/attuativo del potere decisionale.

⁵⁵ Al riguardo, emblematica di come sia la discrezionalità dell'amministrazione a imprimere tali caratteristiche al processo e limitare il sindacato pieno del giudice è la pronuncia di Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, secondo cui «Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto». In ordine al tema della giurisdizione c.d. piena (sul rapporto) non si può che fare riferimento ai lavori di A. POLICE, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Padova, 2003, 131 e ss.; *Id.*, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; *Id.*, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, in *Pers. e Amm.*, 2018, 2, 263 ss.

Per un recente esame in merito alla evoluzione del processo amministrativo, inteso come processo di parti, con particolare riferimento al tema del rapporto tra i poteri-doveri che spettano alle parti e la ricerca della verità processuale ad opera del giudice, cfr. V. BERLINGÒ, *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, 2020.

⁵⁶ Procuste era il soprannome di un brigante di nome Damaste che, appostato sul monte

Tra questi se ne possono annoverare almeno tre.

Il primo è la consulenza tecnica d'ufficio, strumento che non costituisce un mezzo di prova, bensì di valutazione tecnica di fatti già probatoriamente acquisiti⁵⁷. Tale strumento, dopo aver scontato le tradizionali limitazioni ai poteri di cognizione del giudice in presenza della c.d. *riserva di amministrazione*⁵⁸, è oggi (astrattamente) un mezzo di autonoma valutazione del fatto d'ausilio per il giudice al fine di sindacare attività tecnico discrezionali⁵⁹, che trova il proprio fondamento normativo all'interno dell'art. 19, comma 1, e dell'art. 63, comma 4, del Codice del processo amministrativo⁶⁰, i quali ne consentono l'utilizzo nei soli casi in cui sia ritenuto «indispensabile»⁶¹.

Il secondo elemento deriva dall'art. 34, comma 1, lettera e), del Codice del processo amministrativo ed è rappresentato dall'attribuzione al giudice ammini-

Coridallo, nell'Attica e lungo la via sacra tra Eleusi e Atene, aggrediva i viandanti e li straziava battendoli con un martello su un'incudine a forma di letto. I malcapitati venivano così torturati e stirati a forza se troppo corti, o amputati qualora i loro arti sporgessero dal letto.

⁵⁷ Cons. giust. amm. Sicilia, 31 luglio 2020, n. 697.

⁵⁸ S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale*, cit.

⁵⁹ Cfr. L. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale*, cit., 1730.

In concreto, però, è doveroso rilevare che sembra ancora permanere, a livello giurisprudenziale, un approccio *cum grano salis*, proteso a ritenere che la c.t.u. sia accettabile solamente in ipotesi di sindacato c.d. «*debole*» da parte del giudice amministrativo, allo scopo dunque di un controllo estrinseco circa la ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa. Al riguardo, cfr. ad esempio T.R.G.A. Trentino-Alto Adige – Trento, Sez. Unica, 16 gennaio 2017, n. 14, che ha avuto modo di affermare che «il sindacato del Giudice amministrativo sugli atti che costituiscono espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, benché sempre ammissibile senza limiti precostituiti, deve essere graduato in relazione al particolare atteggiarsi dell'esercizio della funzione formalizzato nell'atto oggetto di sindacato, posto che sovente la discrezionalità tecnica è indissolubilmente legata a valutazioni di opportunità e di convenienza nelle quali si manifesta la potestà di scelta contenutistica di merito riservata alla pubblica amministrazione. In tali casi, pertanto, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica non può spingersi fino ad una forma di controllo c.d. «*forte*», ovvero fino a sovrapporre alla valutazione tecnica della pubblica amministrazione una diversa valutazione tecnica acquisita a mezzo di una consulenza tecnica d'ufficio, ma deve rimanere nell'ambito di un controllo c.d. «*debole*», in cui le cognizioni tecniche valgono allo scopo di un controllo estrinseco circa la ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa».

Occorre però aggiungere che sempre più rilevante è l'orientamento della giurisprudenza che ritiene praticabile un sindacato intrinseco su attività oggetto di discrezionalità tecnica nell'ambito di un giudizio di legittimità, limitato solamente dalla opinabilità delle scelte compiute dall'amministrazione: B. GILBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 1068, a commento della importante decisione della Cassazione indicata nel titolo del saggio.

⁶⁰ L'art. 63, comma 4, C.P.A. stabilisce in particolare che «Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica».

⁶¹ Per una ricostruzione in ordine alla evoluzione del rapporto tra la consulenza tecnica d'ufficio e il processo amministrativo, F. CANGELLI, *Contaminazioni e suggestioni*, cit.

strativo, in sede di cognizione (e dunque non più solamente in fase di ottemperanza), del potere di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario *ad acta*, «consentendo di esplicitare a priori, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più a posteriori, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento»⁶².

Il terzo elemento deriva dall'art. 8 del Codice del processo amministrativo⁶³, che sembra rappresentare un grimaldello per consentire al giudice di accedere ai fatti, sia pure *incidenter tantum* e sia pure per finalità strumentali e prodromiche al vaglio di legittimità dei provvedimenti impugnati⁶⁴.

Al netto di tali strumenti interni al processo amministrativo, che continuano comunque a misurarsi con vischiosità storiche, che riconducono tale giudizio nell'alveo del controllo di legittimità dell'atto, la stessa giurisprudenza, amministrativa e non, sembra mostrare in alcuni casi un superamento della proverbiale recalcitranza a invadere la sfera dell'agire dell'amministrazione. Di recente, infatti, sembra essere stato ridimensionato il postulato della inesauribilità del potere amministrativo anche a fronte di una accurata presa d'atto che la giurisdizione amministrativa ha acquisito via via natura piena, «nel senso che il giudice ha il potere di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa»⁶⁵.

⁶² Cass., Sez. Un. Civ., 7 settembre 2020, n. 18592.

⁶³ A tenore del quale «Il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale».

⁶⁴ Proprio in ambito di sindacato di una causa di esclusione per gravi illeciti professionali, tale grimaldello è stato utilizzato da TAR Lazio – Roma n. 6498/2020, per accertare la illegittimità di una pregressa risoluzione imputata all'operatore economico escluso, con la finalità di effettuare un corretto vaglio del provvedimento di esclusione.

⁶⁵ In questi termini si è espresso di recente il Consiglio di Stato con una importante pronuncia: Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321. Il passaggio sopra riportato riposa su una serie di argomentazioni, che vale la pena riportare qui di seguito: «il c.p.a. prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche, il quale riflette l'esigenza di una tutela conformata non alle situazioni giuridiche sostantive (secondo la tradizione romanistica) bensì al bisogno differenziato di tutela dell'interesse protetto, il cui grado e la cui intensità sono spesso definiti ex post dal giudice e non ex ante;

- per quanto permanga la centralità della struttura impugnatoria, il c.p.a. valorizza al massimo grado le potenzialità cognitive dell'azione di annullamento attraverso istituti che consentono di concentrare nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita;

- è oramai acclarata la possibilità per il giudice di spingersi "oltre" la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l'art. 64 del c.p.a. contiene una traccia, sia pure incompiuta, degli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio

Tale importante approdo è anche il frutto delle spinte che provengono dall'art. 6 CEDU⁶⁶ e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁶⁷, in tema di equo processo. Disposizioni che: si pongono a fondamento dell'esigenza di dare attuazione alla c.d. «full jurisdiction» anche nell'ambito del processo amministrativo, nel senso di consentire un sindacato pieno e sostitutivo da parte del giudice in merito a tutti i punti controversi della fattispecie⁶⁸;

esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l'accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento;

- al giudice della cognizione è stato attribuito il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 comma 1 lettera e), consentendo di esplicitare a priori, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più a posteriori, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento [...]. I principi espressi in tale sentenza hanno trovato sostanziale conferma in Cassazione, dove la pronuncia sopra illustrata è stata impugnata: Cass., Sez. Un. Civ., n. 18592/2020.

Un attento autore aveva già avuto modo di sottolineare, in un saggio di alcuni anni prima, che il postulato della inesauribilità del potere avesse «perso molto della sua storica connotazione ideologica e che oggi risulti plausibile introdurre graduazioni, che, a fronte di poteri pur strutturalmente identici, distinguano tra competenze ad elevata politicità (che l'illegittimità di un atto applicativo, pur riscontrata in giudizio, non esautorerebbe) e vicende prive di tale dimensione (come tali suscettibili di venir assoggettate ad un regime – sostanzialmente conforme a quello delle sanzioni amministrative o al contenzioso in materia di appalti pubblici – che preveda la consumazione della discrezionalità in caso di illegittimità accertate in giudizio e la facoltà del giudice di dettare la regola finale del caso concreto»: B. GILBERTI, *Sulla pienezza*, cit., 1070-1071.

⁶⁶ Che, al paragrafo 1, stabilisce che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle contestazioni sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta».

⁶⁷ Il quale, sul modello del citato art. 6 CEDU, stabilisce che «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia». Per un accurato commento su tale norma F. MANGANARO, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Jus publicum Network Review*.

⁶⁸ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1609. L'A. rappresenta che «ove il procedimento non sia stato giusto e paritario (ossia, in estrema sintesi, non sia stato adeguatamente conformato ai canoni di pienezza del contraddittorio e di parità delle armi tra la parte privata e a parte pubblica), occorre che sia il processo a rimediare a tali inadempimenti; ma, per avere questa capacità correttiva, quest'ultimo deve costituire (se ciò il ricorrente domanda) luogo di compiuto riesame della scelta amministrativa: la giurisdizione amministrativa deve dunque essere 'piena', nel senso di sostitutiva, perché altrimenti sarebbe incapace di offrire al cittadino l'effettiva possibilità di godere, seppure ex post, di adeguati diritti di difesa, rispetto a un'azione

contribuiscono a portare il giudice amministrativo ad operare un riesame dei fatti, anche derivanti da scelte opinabili, con pieno potere di carattere sostitutivo, come se il giudizio di impugnazione del provvedimento dell'amministrazione fosse una sorta di giudizio di appello rispetto al provvedimento adottato a conclusione del procedimento, una *revisio prioris instantiae*⁶⁹.

Il quadro del confronto tra il giudice amministrativo e i *poteri antagonisti* è dunque *in itinere*, ma il fulcro di questo confronto resta sempre legato al fondamento del potere in capo all'amministrazione, che lo accende e lo alimenta. La questione è ancora oggetto di un intenso dibattito, i cui contorni non possono essere affrontati in questa sede per tentarne un approccio critico. Un punto, però, appare certo: tanto più il descritto confronto può avere ragion d'essere quanto più la fattispecie normativa che attribuisce il potere all'amministrazione è chiara in tal senso, pena un potenziale e irrimediabile conflitto con il principio di legalità⁷⁰.

Laddove la legge si mostra incerta in ordine al proprio contenuto precettivo, si pone la questione sul se riservare all'amministrazione le valutazioni che servono per ridurre l'incertezza e provvedere in aderenza al contenuto della norma, mediante il ricorso a criteri giuridici o extragiuridici (anche di natura tecnica)⁷¹. Per giustificare aree di insindacabilità o di sindacabilità debole (estrinseca) del giudice amministrativo in tal caso occorre trovare il fondamento normativo per cui le valutazioni suddette siano riservate all'amministrazione.

C'è chi l'ha rinvenuto nel principio di democraticità (inteso come sovranità popolare), per cui all'amministrazione, essendo soggetta all'indirizzo politico-amministrativo dei rappresentanti del popolo eletti democraticamente, è attribuito un ruolo preminente (rispetto al giudice) in ordine al potere di effettuare la valutazione tecnica prescelta tra quelle possibili (e opinabili)⁷². C'è poi chi ha rinvenuto tale fondamento nell'art. 97 della Costituzione, riconoscendo all'am-

pubblica idonea a determinare i suoi «diritti di carattere civile» o volta a comminare sanzioni affittive», *ivi*, 1610.

In tema di *full jurisdiction* e sindacato sugli atti delle autorità indipendenti, F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *Pers. e Amm.*, 2018, 2, per cui «Nessun dubbio, poi, può aversi quanto alla necessità di un sindacato sostitutorio in relazione a scelte tecniche complesse. In questo contesto, l'art. 7 cit., in quanto diretto a limitare il sindacato giurisdizionale su scelte tecniche complesse appare, prima ancora che incostituzionale per difetto di delega, in contrasto con gli artt. 6 CEDU e 47 della Carta di Nizza».

⁶⁹ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 1633.

⁷⁰ In questo senso D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 363 ss.

⁷¹ In precedenza si è tentato di distinguere, a livello concettuale, i concetti giuridici indeterminati dalla discrezionalità tecnica. Sopra si fa riferimento alle due categorie in senso unitario per riportare il ragionamento di alcuni autori sul fondamento di poteri ipoteticamente riservati alla amministrazione.

⁷² In questa direzione si pone il pensiero di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., 151 ss.; nella stessa direzione, più di recente, P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento*, cit., 400.

ministrazione, alla luce della propria organizzazione ispirata ai principi di buon andamento e imparzialità, una migliore “*attitudine*” ad assumere scelte contraddistinte da un certo grado di opinabilità e di soggettività⁷³.

Tali ragioni, pur autorevolmente argomentate, non sembrano sufficienti a giustificare sia, in generale, la primazia dell’amministrazione sul giudice nell’opera di completamento, integrazione e/o interpretazione della norma contraddistinta da clausole generali, sia, in particolare, che spetti alla stessa amministrazione il compito riservato di stabilire quali illeciti professionali siano gravi al fine di escludere un operatore economico dalla gara.

Innanzitutto occorre distinguere tra attività dell’amministrazione (o esercizio del potere) avente connotazione intrinsecamente *politica* e attività in cui tale connotato si attenua sino ad estinguersi pressoché integralmente⁷⁴.

Ebbene non sembra possibile individuare, nell’agire dell’amministrazione volto a dare *attuazione* all’art. 80, comma 5, lettera d), del Codice dei contratti pubblici, una decisione avente connotazione politica, sia in virtù di una ragione di carattere oggettivo sia soggettivo.

Quanto all’oggetto della valutazione, che riguarda la eventuale gravità di un precedente illecito professionale, è infatti da escludere che l’amministrazione possa seguire un indirizzo politico, dovendosi limitare alla valutazione nel caso concreto relativa al superamento, o meno, di quella *linea del Piave* che costituisce il “*punto di rottura*” del rapporto fiduciario con l’operatore economico in gara.

Quanto alla ragione di tipo soggettivo, occorre volgere lo sguardo a colui che, all’interno dell’amministrazione aggiudicatrice, è chiamato ad adottare il provvedimento di esclusione. La giurisprudenza, al riguardo, ha avuto modo di affermare la competenza del RUP, a prescindere dal fatto che lo stesso sia responsabile del servizio afferente all’appalto in rilievo e dunque dirigente apicale in grado di impegnare la volontà dell’ente all’esterno⁷⁵. Con la conseguenza

⁷³ Cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 346 ss.

⁷⁴ È non solo comprensibile, ma anche condivisibile, il pensiero di P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento*, cit., 400, laddove riporta l’esempio del soprintendente che deve decidere di dichiarare il notevole interesse pubblico paesaggistico di ampie aree dell’Agro romano per rilevare che «La discrezionalità, in un caso del genere, non consiste nel decidere se accordare o meno tutela al paesaggio, ciò che è deciso in modo vincolante dalla legge, ma consiste esattamente nel ricostruire e nell’inventare, di volta in volta, a un tempo, in uno schema dialettico deduttivo/induttivo, i presupposti di fatto cui la legge riconnette il potere dispositivo e la definizione legale stessa di quei presupposti.

E l’esercizio di questo potere – che si estrinseca nella valutazione ricostruttiva dei presupposti della legge – ha una connotazione intrinsecamente “politica”, che impinge, sia pur indirettamente, alla linea della responsabilità politica che dal funzionario conduce all’indirizzo del Ministro e, quindi, al Governo e, infine, al Parlamento».

Si tratta di un caso di discrezionalità (tecnica?), che implica, in effetti, una scelta di natura politica, di cui l’amministrazione resta titolare in via esclusiva.

⁷⁵ In questi termini TAR Veneto, Sez. I, 27 giugno 2018, n. 695, che calibra le proprie sta-

che appare davvero difficile attribuire natura politica alla scelta adottata da un soggetto amministrativo, o comunque tecnico, non necessariamente legato all'amministrazione da un rapporto di lavoro e dunque interno alle relative gerarchie.

Allora, dinanzi alla vaghezza dei concetti espressi dall'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici, sembra essere il giudice amministrativo a doverne riempire di senso i contenuti per evitare distonie all'interno dell'ordinamento, *sub specie* di tensioni con il principio di legalità, arbitrii da parte dell'amministrazione, applicazioni differenti della norma a casi identici, e così via⁷⁶.

5. *L'interpretazione "tassativizzante" del Giudice amministrativo per superare la vaghezza dei concetti espressi dall'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici*

L'approccio del giudice amministrativo in merito ai concetti giuridici indeterminati espressi dall'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici⁷⁷ gli consente una indiscutibile duttilità, che risiede nel poter censurare la motivazione del provvedimento in taluni casi, in cui ritiene di potersi spingere a fondo in ordine all'esame del corretto esercizio del potere, restando in talaltri in superficie a fronte della apparente logicità e ragionevolezza del provvedimento sottoposto al suo esame.

Ritenere, invece, che il vaglio della clausola generale qui in esame involga una *questio iuris*, legata alla corretta opera di sussunzione della fattispecie di grave illecito professionale nel disposto dell'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici, pone il Giudice dinanzi a un sindacato pieno dei provvedimenti di esclusione, suscettibili di volta in volta di determinare una violazione

tuizioni, in estrema sintesi, sulla competenza di natura residuale del RUP ex art. 31, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, a tenore del quale «Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti».

⁷⁶ Sembra all'uopo acconcio riportare il pensiero di M. LIBERTINI, *Clausole generali*, cit., 369, nella parte in cui rappresenta che le norme che contengono clausole generali «possono anche definirsi come norme attributive di un potere discrezionale al giudice: un potere discrezionale diverso da quello amministrativo perché non collegato al dovere di curare certi interessi, bensì caratterizzato da "terzietà", ma pur tuttavia un potere discrezionale, in quanto richiede una valutazione comparativa di interessi concretamente confliggenti, e può portare al risultato che un medesimo interesse (astrattamente legittimo) risulti tutelato in un caso concreto, e non tutelato (per la presenza di interessi concreti maggiormente meritevoli) in un altro caso concreto». Lo stesso autore prende parte al dibattito su quale debba essere il sindacato del giudice amministrativo su provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica (a cui sembra ricondurre il concetto di clausole generali), propendendo per un sindacato pieno, *ivi*, 358.

⁷⁷ Sul quale cfr. note 28, 29 e 30.

di legge. Il giudice amministrativo, dunque, si troverebbe a poter (*rectius*, dover) ripetere la valutazione effettuata dall'amministrazione⁷⁸.

Dal momento che si parla di una *quaestio iuris* suscettibile di determinare una violazione di legge viene spontaneo il parallelo con il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione. Vengono in rilievo, allora, i concetti di fatto e di diritto elaborati dalla migliore dottrina per tentare di tracciare il perimetro di tale sindacato di legittimità.

Fatto è stato definito «tutto e soltanto ciò che riguarda l'accertamento della verità o falsità dei fatti empirici rilevanti, salvo ciò che concerne l'applicazione di norme relative all'ammissibilità e all'assunzione delle prove, o di norme di prova legale»; diritto «tutto ciò che concerne l'applicazione di norme, ossia in particolare: la scelta della norma applicabile al caso; l'interpretazione di tale norma; la qualificazione giuridica dei fatti e la sussunzione di essi nella «fattispecie astratta»; la determinazione delle conseguenze giuridiche previste dalla norma e riferite al caso di specie»⁷⁹. Sul solco di questa distinzione, secondo cui tutta l'opera di qualificazione del fatto costituisce giudizio di diritto, è stato affermato il sindacato del giudice di legittimità anche in relazione a clausole generali contenenti concetti giuridici indeterminati⁸⁰.

Il parallelismo è utile ma non dirimente. Il giudice amministrativo, a cui spettasse un sindacato pieno dinanzi alle concrete fattispecie di gravi illeciti professionali, dovrebbe bensì essere giudice del diritto al fine di valutare l'esistenza, o meno, di una violazione di legge all'esito dell'operazione di sussunzione dei fatti nella fattispecie normativa astratta, ma dovrebbe essere altresì giudice del fatto. E ciò, non solo nel senso di ricostruire i fatti di causa nella loro materialità per favorire la correttezza e completezza del giudizio sulla legittimità della fattispecie concreta, ma anche nel senso di verificare la correttezza e completezza dei fatti che l'amministrazione ha selezionato al fine di addivenire all'esclusione dell'operatore economico dalla gara in virtù di gravi illeciti professionali, se del caso prendendo in esame anche fatti ulteriori, allegati dall'operatore economico in giudizio al fine di contestare l'azione della stazione appaltante.

Il giudice, insomma, dovrà «forare la motivazione»⁸¹, non limitandosi all'esame degli elementi interni alla realtà dell'amministrazione, ma spingendosi a vagliare il rapporto tra tale realtà e quella che deriva dall'esame complessivo della vicenda sottoposta al suo prudente apprezzamento⁸². È chiaro come, anche in tal caso, potrebbero verifi-

⁷⁸ Al riguardo si rimanda al pensiero di L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 337, su cui cfr. nota 19.

⁷⁹ Così M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 118.

⁸⁰ In questo senso, E. FABIANI, *Il sindacato*, 596-597, che cita ampia bibliografia relativa agli autori che sostengono tale tesi, a cui si rimanda.

⁸¹ F.G. SCOCA, *Sul trattamento*, cit., 119-120 (vedi anche nota n. 28).

⁸² *Idem* (vedi anche nota n. 22).

carsi alcune delle criticità cui si è fatto cenno nel porre in discussione la riserva dell'amministrazione in merito al compito di integrare o completare il vago contenuto dell'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici. Il giudice amministrativo, nel farsi carico dell'onere di interpretazione finale della norma, resta comunque soggetto all'evenienza di decidere il caso concreto alla luce della sua personale sensibilità, volta ad orientarlo su quale illecito professionale sia grave e quale no.

Ad attenuare tale potenziale criticità dovrebbero soccorrere in primo luogo i c.d. *standards valutativi* o *principi guida*. Così che sarebbero i canoni della ragionevolezza e della logicità a tornare in rilievo quali strumenti per giudicare l'attività escludente dell'amministrazione⁸³, ma non potrebbero essere solamente questi a dover orientare la decisione del giudice. E ciò sia al fine di evitare che tutto cambi affinché nulla cambi, tranne il soggetto deputato ad effettuare il giudizio ermeneutico finale sulla fattispecie normativa in commento, sia al fine (precipuo, visto il percorso argomentativo sin qui portato avanti) di ricercare una *tendenziale* oggettivizzazione dei criteri prescelti per assumere la decisione finale sul provvedimento da parte del giudice terzo e imparziale.

La prima risiede nell'affiancare agli *standards valutativi* o *principi guida* delle 'sentinelle orientative', deputate a individuare e riconoscere la gravità di illeciti professionali suscettibile di condurre al 'punto di rottura' del rapporto fiduciario con l'operatore economico. Tali 'sentinelle orientative', prendendo ad esempio fatti penalmente rilevanti⁸⁴, potrebbero risiedere:

a) nel *momento* in cui si trova il processo penale, stabilendo una fase di irrilevanza dei fatti penalmente addebitati all'operatore economico (per esempio sino al rinvio a giudizio), rispetto alla fattispecie del grave illecito professionale amministrativistico⁸⁵;

⁸³ Si trovano conferme in questo senso se si volge, ancora una volta, lo sguardo alle pronunce della Corte di Cassazione in merito a clausole generali e a concetti giuridici indeterminati. Tra le più recenti si segnala una pronuncia, che si è espressa in tema di giusta causa di licenziamento e che ha richiamato i principi affermati dalla giurisprudenza in materia di procedimenti disciplinari instaurati sulla base di norme contenenti concetti indeterminati, la quale ha avuto modo di affermare che «in tema di sindacato di legittimità nell'individuazione di condotte costituenti illecito disciplinare di esercenti talune professioni – illecito definito mediante clausole generali o, comunque, concetti giuridici indeterminati – “il compito del controllo di legittimità può essere soltanto quello di verificare la ragionevolezza della sussunzione del fatto” (in termini, Cass. SS.UU. n. 23287 del 2010; analogamente, sempre in tema di procedimento disciplinare degli avvocati, Cass. SS.UU. n. 1414 del 2004, n. 20024 del 2004, n. 19075 del 2012; per i notai: Cass. SS.UU. n. 4720 del 2012, n. 6967 del 2017; per i magistrati v. Cass. SS.UU. n. 5/2001 cit., secondo cui il sindacato di legittimità “deve essere circoscritto alla sola ipotesi che dal giudice del merito vengano enunciate valutazioni giuridiche, le quali, oltre ad essere palesemente erronee, travalichino anche il caso concreto”): Cass., Sez. Lav., 20 maggio 2019, n. 13534.

⁸⁴ Che non rientrano tra le fattispecie previste dall'art. 80, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, o che vi rientrano, ma che non sono stati resi oggetto di una sentenza definitiva o di un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o di una sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, ai sensi della norma medesima.

⁸⁵ Anche al fine di evitare che il sol fatto di essere sottoposto a indagini preliminari possa costituire ragione sufficiente a fondare un provvedimento escludente, calibrato sulle risultanze di

b) nella *inerenza* dei fatti penalmente rilevanti con riferimento all'oggetto dell'appalto, stabilendo un'area di rilevanza di reati *tipo* rispetto a fattispecie contrattuali di riferimento;

c) della *vicinanza* dei fatti oggetto di interessamento da parte del giudice penale rispetto all'appalto in corso, stabilendo un periodo di tempo a ritroso che, una volta superato, potrebbe rendere irrilevante la contestazione o la condanna, anche tenendo naturalmente conto di condotte di *self cleaning* messe in atto dall'impresa per superare le vecchie 'criticità', ai sensi dell'art. 80, comma 7, del Codice dei contratti pubblici.

La oggettivizzazione degli *standards valutativi* o *principi guida* è in tanto possibile in quanto al giudice amministrativo sia consentito l'accesso pieno ai fatti e un conseguente sindacato pieno sul provvedimento escludente emesso, di natura anche sostitutiva.

Non solo. L'opera del giudice terzo e imparziale di ricerca della oggettivizzazione degli *standard valutativi* relativamente alla gravità dell'illecito professionale potrebbe essere perfezionata in sede di giurisdizione superiore e in virtù della funzione nomofilattica attribuita dal Consiglio di Stato dall'art. 99 del Codice del processo amministrativo. A quel punto, *standards* e *principi guida*, oggettivizzati in virtù di '*sentinelle orientative*', potrebbero portare alla emanazione di principi dirimenti per decidere casi omogenei.

Un controlimite alla vaghezza della fattispecie e alle sue esternalità negative, nel perimetro del principio di legalità, in un ordinamento sempre meno contraddistinto dalla centralità della codificazione e sempre più dipendente dalla qualità della decisione. La giurisprudenza costituzionale più recente sembra peraltro favorire una siffatta impostazione evocando il concetto di "interpretazione tassativizzante", volta a superare per via interpretativa la vaghezza di clausole generali, purché l'interpretazione sia in grado di porre la persona destinataria del precetto (in ipotesi limitativo del proprio diritto) in condizione di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa⁸⁶.

tali indagini, sia pure alla luce di una autonoma valutazione dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2019, n. 1846). Tale evenienza sembra comportare una sorta di tracicimazione del giudizio penalistico, agli albori, nel processo amministrativo, visto che la dialettica tra le parti sarebbe tutta incentrata sull'*'accusa'* della stazione appaltante in merito alla gravità dei fatti contestati e sulla difesa dell'operatore economico finalizzata a smentirla.

⁸⁶ Corte Cost., 27 febbraio 2019, n. 24, secondo cui, in particolare, «non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione».

Abstract

La norma sui gravi illeciti professionali determina l'esclusione degli operatori economici dalle gare di appalto, con potenziali effetti anche per il futuro, utilizzando concetti indeterminati dal punto di vista semantico. Lo stato dell'arte in ambito giurisprudenziale è che la decisione escludente dell'amministrazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici sia la conseguenza dell'esercizio di un potere discrezionale, amministrativo o comunque tecnico, sindacabile solamente in caso di irragionevolezza o illogicità manifeste.

Il presente lavoro, nell'analizzare la suddetta norma, mira a svolgere una indagine sistematica volta ad individuare i criteri, il più possibile oggettivi che possano garantirne una applicazione prevedibile. Lo studio perviene alla conclusione che nella relazione dialettica tra decisione amministrativa e sindacato del giudice amministrativo non vi è ragione di limitare tale sindacato ai profili di manifesta illogicità e irragionevolezza della decisione, come sembra orientata a fare la giurisprudenza. Un simile orientamento non solo non è giustificato sulla base del contenuto della norma, ma rischia di non garantire il perseguimento di quegli obiettivi di razionalità coerenza e certezza che sono immanenti al sistema giuridico.

Indefinite legal concepts, discretion of the administration and judicial review in the exclusion from calls for tenders due to serious professional offenses

by Jacopo Vavalli

The rule on grave professional misconducts, present in the art. 80, paragraph 5, of the Public Contracts Code, determines the exclusion of economic operators from tenders, with potential effects also for the future participation to the public tenders. The said rule is based on indeterminate concepts. The state of the art in the jurisprudence is that the exclusionary decision of the administration is the consequence of the exercise of a discretion power, administrative or technical, which can be reviewed by the administrative Court only in the event of manifest unreasonableness or illogicality.

The study carries out a systematic investigation aimed to identifying the criteria, as objective as possible, that can guarantee a predictable application of the art. 80, paragraph 5, of the Public Contracts Code. The study comes to the conclusion that in the dialectical relationship between the administrative decision and the review of the administrative judge there is no reason to limit such a review to the profiles of manifest unreasonableness of the decision, as admini-

strative jurisprudence seems oriented to do. Such an orientation is not justified on the basis of the content of the rule and is not able to guarantee the pursuit of the objectives of rationality, coherence and certainty which are immanent in the legal system.

Considerazioni sulla disciplina delle specializzazioni forensi alla luce del D.M. 1 ottobre 2020, n. 163

di Salvatore Raimondi

SOMMARIO: 1 Sull'opportunità e meno delle specializzazioni forensi. – 2 L'art. 9 della L. n. 47 del 2012. Il D.M. n. 144 del 2015. – Il D.M. n. 163 del 2020 e le sentenze del TAR e del Cons. Stato. – 4 Sui settori di specializzazione. – 5 Sulla comprovata esperienza. – 6 L'illecito disciplinare. – 7 Percorsi formativi. – 8 Professori, ricercatori e dottori di ricerca. – 9 Mantenimento del titolo.

1. *Sull'opportunità e meno delle specializzazioni forensi*

Ritorna di attualità, dopo cinque anni, con l'emanazione del D.M. 1° ottobre 2020, n. 163, pubblicato sulla G.U. del 12 dicembre 2020, n. 308, il tema delle specializzazioni forensi.

Sebbene possa apparire vano oggi discettare sul problema se sia opportuno o meno prevedere le specializzazioni, stante che esse sono state previste legislativamente, in realtà ancora se ne discute. Ed è significativo che il D.M. n. 163 compare dopo diversi anni non solo dal regolamento del 2015, ma anche dalle sentenze dei giudice amministrativo di annullamento di alcune disposizioni in esso contenute, ultima delle quali quella del Cons. Stato del 2017 (IV sez. n. 5575) confermativa delle sentenza del TAR Lazio del 2016 (n. 4427, 4424, 4426. 4428),

Non appare superfluo rammentare i termini essenziali del dibattito.

Coloro i quali sono a favore delle specializzazioni fanno presente che il loro riconoscimento risponde ad una esigenza dell'avvocatura, investita da profondi cambiamenti, nonché alla tutela del cittadino consumatore di servizi legali.

Sotto il primo profilo si assume che è sempre più diffusa l'esigenza di potersi caratterizzare nei confronti dell'utenza per l'effettiva competenza nel settore di attività in un contesto nel quale la legislazione non solo è sempre più complessa e settoriale, ma è soggetta a continui mutamenti.

Sotto il secondo profilo si sottolinea l'interesse del cittadino utente ad un'informazione affidabile sulle competenze specifiche di cui ha necessità di fruire. Senza per questo, precisano i sostenitori della specializzazione, che essa si renda obbligatoria o comunque costituisca una limitazione all'esercizio della professione.

Coloro i quali sono contro la specializzazione forense fanno presente innanzitutto che la professione forense non può assolutamente essere equiparata a quella medica, sicché sarebbe errato invocare le specializzazioni in ambito forense sulla falsa riga di quello che avviene nel settore della medicina. Aggiun-

gono che si tratta di ambiti assolutamente diversi e diversi sono i percorsi di formazione professionale che portano alle specializzazioni, e che non si può paragonare l'avvocato non specializzato al medico generico perché i problemi generici del corpo umano non sono paragonabili alle questioni generiche della scienza giuridica. La professione forense è più simile a quella del commercialista o dell'architetto che infatti non hanno specializzazione formali.

In secondo luogo i contrari dubitano che la specializzazione, nel modo in cui è disciplinata, possa davvero consentire un miglioramento del servizio legale, ed in particolare che possa consentire davvero di considerare specializzati quegli avvocati che riusciranno ad ottenere questo riconoscimento.

2. *L'art. 9 della L. n. 47 del 2012. Il D.M. n. 144 del 2015*

Non appare superfluo rammentare che di specializzazione forense si cominciò a parlare all'inizio degli anni 2000. Alcune associazioni di avvocati – in linea di massima avvocati di limitati settori delle discipline generali, in particolare l'Associazione dei giuslavoristi (AGI) e l'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia ed i minori (AIAF) – chiesero che le specializzazioni fossero introdotte nell'ordinamento italiano, richiesta alla quale si opposero alcune associazioni di avvocati per così dire generalisti.

Un primo tentativo fu operato dal Consiglio Nazionale Forense, il quale approvò un regolamento, che ebbe vita molto breve perché impugnato ed annullato con una sentenza del Tar Lazio.

La disciplina dell'ordinamento della professione forense approvata con legge 31 dicembre 2012, n. 247 ha previsto le specializzazioni. L'art. 9, 1° comma, dispone che è riconosciuta agli avvocati la possibilità di ottenere e indicare il titolo di specialista secondo modalità che vengono demandate ad un regolamento adottato dal Ministro della Giustizia previo parere del Consiglio Nazionale Forense.

Si precisa che il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale (art. 9, 7° comma). Sicché in concreto non sussiste la necessità, per esercitare la professione forense, di conseguire la specializzazione, né sussiste il divieto di esercitare la professione in branche diverse da quella o quelle nella quali si consegue la specializzazione.

Il regolamento è stato approvato con D.M. 12 agosto 2015, n. 144.

Chi scrive nell'incontro di studio che si tenne nella sede del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia nel gennaio del 2016 si è dichiarato favorevole alle specializzazioni, ma è stato molto critico sulla disciplina regolamentare di cui al D.M. n. 247 del 2015.

3. *Il D.M. n. 163 del 2020 e le sentenze del TAR e del Cons. Stato*

Con il decreto ministeriale dell'1 ottobre 2020, n. 163, la disciplina del 2015 è stata sensibilmente modificata, sulla base soprattutto della giurisprudenza amministrativa che si era formata attraverso le diverse sentenze che sono state emesse dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio e la sentenza del Consiglio di Stato che ha in gran parte confermato e per la minor parte riformato tali sentenze.

Vediamo quali sono i punti principali sui quali è intervenuta la riforma del regolamento del 2015.

4. *Sui settori di specializzazione*

La giurisprudenza amministrativa ha esattamente ritenuto che l'elenco contenuto nell'articolo 3 del Regolamento del 2015 prende le mosse dalla ripartizione tradizionale tra diritto civile, penale e amministrativo, ma da una parte dilata eccessivamente il primo settore e dall'altra non introduce nessuna differenziazione nell'ambito degli altri sebbene sia ben noto che quanto meno il diritto amministrativo conosce sottosectori autonomi nella pratica, nella dottrina, e nella didattica che, al pari di quelle del diritto civile, meritano di essere considerati settori autonomi di specializzazione, mentre, per converso, appare discutibile in termini di ragionevolezza, l'analitica suddivisione per il diritto civile, prevista da tale regolamento.

Complessivamente la previsione regolamentare, si legge nella sentenza del Consiglio di Stato n. 5575 del 2017, "*presenta una intrinseca incoerenza laddove sembra prescegliere criteri asimmetricamente diversi nella individuazione delle articolazioni interne ai settori*".

Al riguardo il D.M. n. 163 ha adottato questa soluzione. Ha previsto i settori di specializzazione: a) diritto civile; b) diritto penale; c) diritto amministrativo; d) diritto del lavoro e della previdenza sociale; e) diritto tributario, doganale e della fiscalità internazionale; f) diritto internazionale; g) diritto dell'unione europea; h) diritto dei trasporti e della navigazione; i) diritto della concorrenza; l) diritto dell'informazione, della comunicazione digitale e della protezione dei dati personali; m) diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni; n) tutela dei diritti umani e protezione internazionale; o) diritto dello sport.

Relativamente ai settori diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo si prevedono per ciascuno dei settori gli indirizzi. Sono 11 per il diritto civile (dalla a alla m), 7 per il diritto penale (dalla a alla g), e 8 per il diritto amministrativo (dalla a alla h)¹.

¹ Al settore del diritto civile afferiscono i seguenti indirizzi:

a) diritto successorio; b) diritti reali, condominio e locazioni; c) diritto dei contratti; d) diritto della responsabilità civile, della responsabilità professionale e delle assicurazioni; e) diritto agrario;

Si stabilisce che l'avvocato può conseguire il titolo di specialista in non più di due dei settori di specializzazione. Si stabilisce inoltre che l'avvocato specialista può chiedere che nell'elenco siano specificati l'indirizzo o gli indirizzi fino a un massimo di 3 per ciascun settore.

Ritengo che la soluzione adottata sia soddisfacente ed è comunque conforme all'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa.

5. *Sulla comprovata esperienza*

Altro aspetto sul quale è intervenuta la riforma è quello riguardante il colloquio previsto dall'articolo 6, comma 4 del regolamento del 2015 secondo il quale, nel caso di domanda fondata sulla comprovata esperienza il Consiglio Nazionale Forense convoca l'istante per sottoporlo a un colloquio sulle materie comprese nel settore di specializzazione.

Questa previsione era stata censurata dalla giurisprudenza amministrativa. Si legge al riguardo nella sentenza del Consiglio di Stato che *“il colloquio, come delineato dalla disposizione regolamentare impugnata, ha contorni vaghi e imprecisi, sicché non ne risulta sufficientemente tutelato né l'interesse del professionista aspirante al titolo né, per altro verso, l'interesse del consumatore-cliente, che nella speciale qualificazione attestata dal titolo deve potere riporre un ragionevole affidamento”*.

Si precisa nella sentenza che non sarebbe criticabile l'adozione dello strumento prescelto dal regolamento, vale a dire il colloquio che in sé e per sé è senz'altro ragionevole e legittimo, ma è criticabile la circostanza che tale strumento abbia contorni nebulosi e indeterminati.

Al riguardo il D.M. n. 163 stabilisce che le parole *colloquio sulle materie comprese nel settore di specializzazione* sono sostituite dalle parole «colloquio per l'esposizione e la discussione dei titoli presentati e della documentazione prodotta a dimostrazione della comprovata esperienza nei relativi settori e indirizzi di specializzazione».

f) diritto commerciale e societario; g) diritto industriale, della proprietà intellettuale e dell'innovazione tecnologica; h) diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza; i) diritto dell'esecuzione forzata; l) diritto bancario e dei mercati finanziari; m) diritto dei consumatori.

4. Al settore del diritto penale afferiscono i seguenti indirizzi: a) diritto penale della persona; b) diritto penale della pubblica amministrazione; c) diritto penale dell'ambiente, dell'urbanistica e dell'edilizia; d) diritto penale dell'economia e dell'impresa; e) diritto penale della criminalità organizzata e delle misure di prevenzione; f) diritto dell'esecuzione penale; g) diritto penale dell'informazione, di internet e delle nuove tecnologie.

5. Al settore del diritto amministrativo afferiscono i seguenti indirizzi: a) diritto del pubblico impiego e della responsabilità amministrativa; b) diritto urbanistico, dell'edilizia e dei beni culturali; c) diritto dell'ambiente e dell'energia; d) diritto sanitario; e) diritto dell'istruzione; f) diritto dei contratti pubblici e dei servizi di interesse economico generale; g) diritto delle autonomie territoriali e del contenzioso elettorale; h) contabilità pubblica e contenzioso finanziario-statistico.»;

La modifica è da condividere perché in questo modo si esclude che il colloquio consista in un esame di valutazione delle specifiche competenze del richiedente nel settore per il quale ha richiesto la specializzazione.

Il colloquio si svolge davanti ad una apposita commissione composta da magistrati e professori.

Sul punto è apparsa qualche critica in quanto si dice che appare difficile comprendere la differenza tra un colloquio di accertamento sulle competenze da un colloquio di discussione dei titoli a fondamento delle competenze. La critica francamente non è condivisibile perché, una volta preso atto che la previsione del colloquio non è di per sé illegittima – in tale senso si è pronunciato il Consiglio di Stato -, le modalità del colloquio non potevano che essere quelle adottate dal decreto ministeriale, vale a dire non un colloquio sulle competenze in generale dell'avvocato, bensì un colloquio focalizzato sui titoli dallo stesso presentati.

Tenuto conto che gli iscritti agli albi saremo all'incirca 250.000 e che presumibilmente almeno un terzo di essi chiederà di ottenere il titolo di specialista vi è da chiedersi quanto tempo occorrerà per svolgere i colloqui.

Rammento che la comprovata esperienza si dimostra, giusta l'art. 8 del regolamento, con la produzione di documentazione giudiziale o stragiudiziale comprovante che l'avvocato ha trattato nel quinquennio incarichi professionali fiduciari rilevanti per quantità e qualità, almeno pari al 10 per anno (erano 15 secondo il regolamento del 2015).

6. *L'illecito disciplinare*

Era stata oggetto di censura la disposizione contenuta nell'articolo 2, comma 3, del D.M. del 2015, secondo la quale «Commette illecito disciplinare l'avvocato che spende il titolo di specialista senza averlo conseguito».

La critica era stata condivisa dal Consiglio di Stato nella cui sentenza si legge che stante il disposto dell'art. 3, comma 3, della legge n. 247 del 2012, che rinvia al codice deontologico per l'individuazione dei fatti di rilievo disciplinare, la norma regolamentare sarebbe «illegittima se vuole ampliare l'ambito delle fattispecie rilevanti, superflua ed illogica se non perplessa, e dunque parimenti da annullare, se intende riportarsi alle previsioni del codice deontologico specificandole».

Si aggiunge che la disposizione regolamentare «introdurrebbe non consentiti elementi di incertezza sulle conseguenze sanzionatorie dell'indebito utilizzo del titolo».

Alla stregua di tale pronuncia il D.M. n. 163 ha disposto l'abrogazione della disposizione.

Francamente tale abrogazione, ed ancora prima la pronunzia del Consiglio di Stato, non mi sembrano convincenti perché a mio avviso la disposizione censurata non amplia il novero delle fattispecie rilevanti, ma implicitamente rinvia al codice deontologico. Ma ha una portata di richiamo che suffraga l'illiceità della condotta dell'avvocato che pretende di fregiarsi del titolo di specialista senza averlo conseguito.

7. *Percorsi formativi*

Il titolo di avvocato specialista può essere conseguito attraverso due canali, quello dei «Percorsi formativi» (art. 7), e quello della «Comprovata esperienza» (art. 8).

Della comprovata esperienza abbiamo già parlato.

I percorsi formativi consistono in corsi di specializzazione la cui organizzazione è demandata ai dipartimenti o alle strutture di raccordo tra gli stessi degli ambiti di Giurisprudenza delle università (le strutture di raccordo sovente prendono il nome di Scuola di Giurisprudenza). È prevista l'emanazione di linee guida per la definizione dei programmi dei corsi, la cui elaborazione è demandata ad una commissione permanente presso il Ministero della giustizia composta da due magistrati ordinari nominati dal Ministero, due avvocati nominati dal Consiglio Nazionale Forense e due professori nominati dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

La docenza è affidata a professori universitari di ruolo, ricercatori universitari, avvocati di comprovata esperienza abilitati al patrocinio davanti le giurisdizioni superiori e magistrati che abbiano conseguito almeno la seconda valutazione (art. 7, comma 8). Quest'ultima previsione sembra ritagliata con riferimento soltanto ai magistrati ordinari. È lecito sperare in una interpretazione che consenta la docenza anche a magistrati amministrativi e contabili.

Per lo svolgimento dei corsi il Consiglio Nazionale Forense o il Consiglio dell'ordine degli avvocati stipulano con i Dipartimenti, o con le più ampie articolazioni di giurisprudenza, apposite convenzioni *“d'intesa con le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative”* di cui all'art. 35, comma 1, L. n. 247 del 2012.

In proposito è da condividere il punto di vista espresso sullo schema del decreto ministeriale, prima che esso fosse approvato, dalla conferenza dei direttori e dei presidi di giurisprudenza, secondo il quale sono i dipartimenti e le scuole universitarie a essere onerati dal compito principale di organizzare i percorsi formativi.

È con tali strutture che il CNF ed i COA devono stipulare le convenzioni per la realizzazione dei corsi di specializzazione, mentre le associazioni forensi specialistiche maggiormente rappresentative devono essere coinvolte nell'organizzazione dei corsi ma non possono avere un ruolo prevalente rispetto a quello riconosciuto dalla legge alle strutture universitarie.

L'art. 7 comma 12 bis, introdotto dal D.M. n. 163 stabilisce quanto segue: «Il corso, di durata complessiva almeno biennale, relativo ad uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a), b) e c), prevede una parte generale e una parte speciale di durata non inferiore a un anno destinata alla specializzazione in uno degli indirizzi afferenti al settore».

Sicché la docenza nel primo anno concerne le tre discipline principali, Diritto civile, Diritto penale e Diritto amministrativo. Nel secondo anno la docenza dovrebbe riguardare gli 11 indirizzi per il diritto civile, i 7 indirizzi per il diritto penale e gli 8 indirizzi per il diritto amministrativo.

Viene da chiedersi in primo luogo come si organizzeranno i corsi per gli altri settori.

Viene da chiedersi poi se e fino a che punto le Università sono in grado di svolgere i compiti per le stesse previsti. Mi riferisco sia alle strutture, aule ed attrezzature, sia al personale, docente e non docente.

Guardando l'elenco dei 13 settori di specializzazione e dei 24 indirizzi ci dobbiamo chiedere quanti dei relativi corsi potranno essere attivati nelle diverse Università.

Vero è che le convenzioni possono prevedere che le lezioni in cui si articolano i corsi avvengano a distanza con modalità telematiche. Ma in tal caso deve essere garantita la presenza nella sede esterna di un tutor, anche per il rilevamento delle presenze, e di un sistema audiovisivo che consente ai discenti di interloquire con il docente in tempo reale (art. 7, comma 10).

L'ammissione ai corsi è a pagamento. Le convenzioni prevedono l'istituzione di comitati scientifici e di comitati di gestione. È demandato ai comitati di gestione di determinare la quota di iscrizione al corso in modo da garantire la copertura delle spese di gestione, funzionamento e docenza (art. 7, 11° comma). Sussiste il timore che gli specializzandi, in gran prevalenza giovani, si vedano costretti a pagare somme non indifferenti per la partecipazione ai corsi.

Relativamente allo svolgimento dei corsi si prevedono i seguenti criteri:

- durata almeno biennale e didattica non inferiore a 200 ore, delle quali almeno 100 ore didattica frontale;
- obbligo di frequenza nella misura minima dell'80 % del corso;
- previsione di almeno una prova, scritta e orale, al termine di ciascun anno del corso.

Si tratta di oneri didattici eccessivamente gravosi. Gli avvocati che partecipano ai corsi ovviamente continuano a esercitare la professione forense. 200 ore di didattica delle quali 100 di didattica frontale sono troppe. È da auspicare un dimezzamento di tali ore, come richiesto da alcune associazioni forensi.

8. *Professori, ricercatori e dottori di ricerca*

Sorprendente e criticabile è che non possano essere iscritti a domanda negli elenchi degli specializzati, in relazione alla disciplina di competenza, i professori ed i ricercatori universitari. Vero è che l'art. 9, u.c. delle L. n. 247/2012 consente agli stessi di indicare il relativo titolo – ci mancherebbe altro! –, ma nel caso in cui amministrazioni pubbliche o società private volessero limitare gli incarichi professionali agli avvocati iscritti negli albi degli specializzati, i professori ed i ricercatori universitari resterebbero fuori.

Se vogliono l'iscrizione devono sostenere il colloquio davanti alla commissione di valutazione prevista dall'art. 6, 4° comma, i cui componenti – sia detto con tutto il rispetto – non è detto che ne sappiano quanto il richiedente l'iscrizione.

Nel ricorso proposto dagli ordini degli avvocati di Roma, di Napoli e di Palermo era stata censurata la irrilevanza nell'impugnato regolamento del 2015, in relazione alla comprovata esperienza, dell'esperienza pregressa degli avvocati *ex* magistrati e dei professori universitari.

Il TAR Lazio, con sentenza n. 4428 del 2016, aveva respinto la censura affermando quanto segue: «Quanto alla censurata irrilevanza dell'esperienza pregressa degli avvocati *ex* magistrati e dei professori universitari, va poi rilevato che il regolamento ha per oggetto la disciplina per il conseguimento del titolo di “avvocato” specialista, così che, ragionevolmente, il parametro della comprovata esperienza è stato valorizzato con esclusivo riferimento all'attività professionale di avvocato».

Senonché nel D.M. n. 163/2020, si legge, all'art. 2, 3° comma: «Il titolo di avvocato specialista può essere conferito dal Consiglio nazionale forense anche in ragione del conseguimento del titolo di dottore di ricerca, ove riconducibile ad uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3 del decreto del Ministro della giustizia 12 agosto 2015, numero 144, come sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera b) del presente decreto».

Sicché il professore o il ricercatore di Diritto civile, di Diritto penale o di Diritto amministrativo non può avere conferito dal Consiglio nazionale forense, in relazione alla comprovata esperienza, il titolo di avvocato specialista, che invece può essere conferito al dottore di ricerca che abbia conseguito il titolo in uno dei settori predetti.

Mi sembra evidente l'incongruenza, e quindi l'illegittimità, di una siffatta disciplina.

9. *Mantenimento del titolo*

Destano la netta riprovazione dello scrivente le disposizioni sul mantenimento del titolo (artt.9-11), secondo le quali la specializzazione hanno una durata limitata nel tempo.

Ogni tre anni dall'iscrizione l'avvocato specialista deve documentare l'adempimento degli obblighi di formazione permanente nel settore di specializzazione. All'uopo deve partecipare a scuole o corsi di alta formazione per un numero di crediti non inferiore a 75 nel triennio e comunque a 25 per ciascun anno (art. 10). Inoltre deve dimostrare di avere trattato nel triennio incarichi professionali almeno pari a 10 per ciascun anno (art. 11).

La mia contrarietà ha in primo luogo un carattere, per così dire, dogmatico. Nella classificazione degli atti amministrativi la specializzazione si configura come una «abilitazione». Tale è, ad esempio, la patente di guida. Tale è la specializzazione nel campo della medicina. Tale è l'iscrizione negli albi professionali. L'abilitazione, una volta conseguita, rimane a vita. La si consegue sulla base dell'accertamento di idonee capacità ad esercitare l'attività che l'abilitazione consente, solitamente a seguito di esami e del conseguimento di determinati titoli. Siffatte capacità non vengono meno con il trascorrere del tempo.

Una volta che l'avvocato ha conseguito la specializzazione, essa non dovrebbe essere soggetta ad alcun limite temporale.

Abstract

L'autore esamina le modifiche introdotte, in materia di specializzazioni forensi con il D.M. n. 163 del 2020 al regolamento approvato cinque anni prima con D.M. n. 144 del 2015, diverse disposizioni del quale erano state oggetto di annullamento con sentenza del TAR Lazio del 2016 in buona parte confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5575 del 2017. Il D.M. n. 163 prevede n. 13 settori nei quali si può conseguire specializzazione. Relativamente ai settori del diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo si prevedono nel rispettivo ambito, 11, 7 e 8 indirizzi. La specializzazione si può conseguire attraverso la "comprovata esperienza" ovvero attraverso i "percorsi formativi".

Considerations on the reform of the discipline of the specializations of Lawyers

by Salvatore Raimondi

The author examines the changes introduced, in the field of forensic specializations with the D.M. (Ministerial Decree) n. 163/2020 to the regulation approved five years earlier with D.M. n. 144 of 2015, which was partly annulled by the Lazio Regional Administrative Court in a ruling largely confirmed by the Council of State (C.S. 5575/2017). The D.M. 163/2020 contemplate 13 sectors in which specialization can be achieved. With regard to the sectors of civil law, criminal law and administrative law, 11, 7 and 8 addresses are envisaged. Specialization can be achieved through "proven experience" or through "training paths".

Notazioni sul regionalismo differenziato tra aspirazioni autonomistiche e solidarietà economico-sociale

di Nicola Gullo

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Quale via per il regionalismo differenziato? – 3. I problemi del regionalismo differenziato tra istanze locali e interessi generali. – 4. La prospettiva della differenziazione: macro-intese settoriali o riforma del sistema? – 5. Conclusioni... in attesa di ulteriori sviluppi.

1. Premessa

La tormentata attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., che, tra proposte, battute d'arresto e tentativi di riproposizione, non sembra ancora essere pervenuta al suo punto di approdo finale, dimostra la difficoltà dell'ordinamento italiano ad assumere la formula, più articolata e complessa, del regionalismo “a geometria variabile” senza compromettere, al contempo, la coesione sociale ed economica nazionale¹. Il grado di differenziazione che può tollerare il sistema istituzionale dipende indubbiamente da un *range* quanto mai ampio di fattori sociali e politici, oltre che normativi, strettamente connessi alla storia costituzionale e politica del Paese; in ogni caso, esso riflette anche i mutevoli equilibri e i rapporti di forza che si instaurano, nelle diverse fasi storiche, tra poteri centrali, comunità locali, gruppi di pressione e *lobbies* economiche, per promuovere ed implementare nuovi meccanismi di allocazione delle funzioni pubbliche, nonché delle risorse economiche e finanziarie, tra i diversi livelli di governo.

La vicenda del federalismo amministrativo “a Costituzione invariata”, che ha segnato la legislazione italiana nella seconda metà degli anni novanta, costituisce un esempio emblematico della spinta propulsiva che è stata offerta alle strategie di stampo riformista dall'affermazione di movimenti politici a forte radicamento territoriale e dalla trasformazione culturale del rapporto tra cittadinanza e pubblici poteri, dopo la crisi di legittimazione che ha investito, alla fine degli anni ottanta, le istituzioni democratiche².

L'esigenza di riequilibrare le relazioni tra lo Stato e le Regioni, salvaguardan-

¹ In una prospettiva critica, in cui si sottolinea il rischio della c.d. secessione dei ricchi si possono richiamare G. VIESTI, *Autonomia differenziata, un processo distruttivo*, in *il Mulino*, n. 3/2019, 1 ss.; ID., *Verso la secessione dei ricchi?*, Bari-Boma, 2019, spec. 24 ss., nonché S. CASSESE: “Autonomia? Questo è secessionismo. La spesa crescerà”, in www.firsonline.info. Per un'attenta ricognizione dei passaggi più rilevanti del confronto istituzionale, nonché del dibattito dottrinale, si veda C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di rilettura alla luce dell'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 18/2018.

² I complessi itinerari politici e giuridici della *devolution* sono indagati da L. VANDELLI, *Psicopatologie delle riforme*, Bologna, 2006.

do le potenzialità espansive dell'autonomia regionale in relazione alle crescenti aspettative delle collettività territoriali, è stata tradotta, nel contesto della revisione costituzionale del Titolo V, non soltanto con l'introduzione delle nuove norme poste a presidio del riparto della potestà legislativa (art. 117 Cost.) o della distribuzione delle competenze amministrative (art. 118 Cost.) in un'ottica pro-autonomistica, ma anche con la previsione dell'art. 116, co. 3, Cost., che, in termini del tutto inediti per la tradizione costituzionale italiana, spalanca la prospettiva di una diversificazione del regime giuridico e dell'ambito di azione delle Regioni a statuto ordinario³.

L'accesso dibattuto dottrinale che si è sviluppato in ordine all'interpretazione dei presupposti sostanziali e procedurali del "regionalismo differenziato"⁴ testimonia il carattere innovativo della clausola di cui al terzo comma dell'art. 116 Cost., ovvero l'assoluta originalità del modello di rimodulazione della sfera di autonomia regionale che è stato innestato nell'assetto costituzionale italiano, tradizionalmente imperniato sullo schema binario autonomie ordinarie – autonomie speciali⁵.

Com'è stato ampiamente evidenziato in dottrina, la legge costituzionale n. 3 del 2001 ha modificato l'equilibrio o meglio l'asimmetria tra la specialità regionale e il regime ordinario, producendo un ribaltamento del livello di autonomia riconosciuto alle Regioni, al punto da alimentare perfino una forte perplessità, sul piano politico e culturale, circa l'opportunità di continuare a preservare la dimensione dell'autonomia speciale, con tutto il suo corredo di garanzie statutarie di rango costituzionale⁶.

³ Per una disamina dei principali profili della disciplina costituzionale, si vedano, tra gli altri, F. PALERMO, *Il regionalismo differenziato*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2001, 51 ss.; L. ANTONINI, *Verso un regionalismo a due velocità o verso un circolo virtuoso dell'autonomia?*, e N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in AA., VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 159 ss. e 51 ss.; L. VANDELLI, *Devolution e altre storie*, Bologna, 2002, spec. 67 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002; T.E. FROSINI, *La differenziazione nel regionalismo differenziato*, in <http://archivio.Rivista.AIC.it>. Cfr. anche E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2005. Discussa è anche la possibile estensione del regionalismo differenziato alle Regioni ad autonomia speciale: favorevole risulta M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti* 2002, Torino, 2003, 135 ss.

⁴ Per puntuali riferimenti bibliografici relativi alle principali posizioni dottrinali si rinvia a L.A. MAZZAROLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla «bozza di legge-quadro» consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, ai presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116, co. 3, Cost.*, in *Federalismi.it*, n. 21/2019, 27 novembre 2019; nonché a S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, n. 5/2020, 4 marzo 2020, 1, nota 1, che sottolinea il rischio che le scelte devolutive siano monopolizzate dalle "opposte tifoserie".

⁵ Questo profilo di profonda discontinuità è segnalato da M. CECCHETTI, *Attuazione della riforma costituzionale del titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune*, in *Federalismi.it*, 13 dicembre 2002.

⁶ Per una riflessione sul tema della specialità nella prospettiva della riforma costituzionale del

Infatti, il paradigma normativo più avanzato, per ciò che concerne le prerogative, le competenze e le sfere di azione delle istituzioni regionali, è ormai rappresentato dalla disciplina costituzionale riguardante le Regioni di diritto comune, cioè diverse da quelle elencate nel primo comma dell'art. 116 Cost. La logica ispiratrice del nuovo quadro costituzionale è incentrata, com'è noto, sul principio di (tendenziale) equiordinazione tra Stato ed enti territoriali, sulla competenza generale (o residuale) del legislatore regionale, sul rafforzamento della potestà statutaria regionale e sul profondo ridimensionamento del sistema dei controlli statali⁷: tutti profili – a cui, peraltro, si possono aggiungere ulteriori istituti costituzionali⁸ – che confermano, in ogni caso, la forte discontinuità della riforma costituzionale del 2001 e il contestuale “invecchiamento” degli statuti speciali, non pienamente compensato dalla clausola dell'art. 10 della legge costituzionale *de qua*⁹.

2. *Quale via per il regionalismo differenziato?*

Orbene, se il nuovo regionalismo “rinforzato” che emerge dall'impianto complessivo del nuovo Titolo V è senza dubbio l'esito di una precisa scelta del legislatore costituzionale, ancorché profondamente rimodellata dalla giurisprudenza della Consulta che ha ridisegnato, in parte, le relazioni tra Stato e Regioni ad autonomia ordinaria con l'enucleazione di criteri “integrativi” per il riparto delle competenze legislative o la peculiare declinazione di alcuni formali prin-

2001 si vedano A. FERRARA, G.M. SALERNO (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Milano, 2003; più recentemente G. VERDE, *Lo statuto speciale della Regione siciliana e la sua attuazione*, in M. IMMORDINO, N. GULLO, G. ARMAO (a cura di), *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, Napoli, 2021, 125 ss.;

⁷ Per una ricostruzione complessiva del nuovo assetto costituzionale si rinvia ai contributi presenti in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, cit.; nonché a S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002; CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2012; più recentemente G. FALCON, R. BIN (a cura di), *Diritto regionale*, Bologna, 2018; M. CARLI, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, 2018; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2018.

⁸ In tale prospettiva, viene in rilievo la disciplina relativa al potere regolamentare: cfr. F. STADERINI, CARETTI, MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2011, 61 ss.

⁹ Evidenziano questa situazione A. RUGGERI, *Prospettive di una “specialità” diffusa delle autonomie ordinarie*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, V, *Studi dell'anno 2001*, Torino, 2002, 2; A. POGGI, *Le Regioni speciali nel contesto dell'attuale disegno di revisione costituzionale*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 4/2014; ID., *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del “modello plurale” delineato in Costituzione*, in *Federalismi.it*, 8 gennaio 2020, che rimarca come la riproposizione di questo dibattito si possa considerare il segno di un mancato assestamento del modello costituzionale, anche con riferimento alla specialità storica. Sull'evoluzione della specialità della Regione siciliana si rinvia a G. VERDE, *Quale futuro per l'autonomia speciale della Regione siciliana?*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016.

cipi di rango costituzionale – basti pensare, al riguardo, all’individuazione delle “materie trasversali” o all’emersione della c.d. sussidiarietà “ascendente” anche della potestà legislativa¹⁰ –, l’ulteriore prospettiva tracciata dall’art. 116, co. 3 Cost., presenta contorni più ambigui e sembra porre un altro ordine di questioni.

Anzitutto, la direzione che occorre intraprendere per avviare il regionalismo differenziato è solo parzialmente configurata dalle disposizioni costituzionali, mentre risultano poco definiti alcuni aspetti di grande rilievo in ordine alle modalità e alle forme che deve assumere il processo attuativo: proprio l’ambivalenza di certi presupposti sul piano interpretativo rende plausibili soluzioni nettamente divergenti, così da richiedere l’inevitabile ricorso ad un approccio di tipo sistematico per superare qualsiasi *impasse* giuridico-procedurale.

Inoltre, l’effettiva condizione di autonomia che potrebbe essere riconosciuta alle Regioni interessate è un risultato non predeterminabile in base ai meri presupposti costituzionali, essendo, invero, rimesso alla negoziazione politica e al successivo intervento del legislatore statale ordinario¹¹, così come stabilito dalle disposizioni costituzionali *in subiecta materia*; sicché, in altri termini, la Costituzione italiana, con questa clausola, abbandona i modelli rigidi, le categorie cristallizzate, gli schemi istituzionali binari – sebbene anche nel vecchio ordine costituzionale i contenuti sostanziali del regionalismo siano stati condizionati dal ruolo effettivamente assunto dalla legge-quadro nelle materie di competenza concorrente o dalle norme attuative degli statuti regionali¹² – e accoglie un sistema delle autonomie regionali altamente flessibile, programmaticamente differenziato, ossia aperto alla graduazione delle sfere di autonomia secondo una *ratio* istituzionale che ammette e promuove, almeno teoricamente, un (costante) processo di differenziazione e adattamento delle funzioni di governo in relazione agli interessi e ai bisogni della comunità regionale di riferimento¹³.

¹⁰ Cfr. Corte cost. n. 303 del 2003: per un’analisi del principio di sussidiarietà, nell’ottica della giurisprudenza costituzionale si rinvia, *ex multis*, a M. PICCHI, *L’autonomia amministrativa delle Regioni*, Milano, 2005. Incisive considerazioni sulla progressiva rilevanza del principio di sussidiarietà nell’ordinamento italiano, prima della revisione costituzionale, si trovano nei saggi pubblicati in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni. Atti del Convegno per il 40° della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995*, Rimini, 1997.

¹¹ A tale proposito, la dottrina non ha mancato di segnalare la particolare qualità della disposizione costituzionale in esame, nel senso che “l’opzione in favore della definizione di ipotesi di differenziazione regionale è *costituzionalmente libera*, ed in quanto tale estranea all’ambito della “attuazione” della Carta costituzionale”: così S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, cit., 98, che aderisce a M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell’esame parlamentare*, in *www.federalismi*, n. 6/2019, 8 ss.

¹² Si vedano, tra gli altri, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1984, *passim*, 800 ss. e 817 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 217 ss.

¹³ COMMISSIONE BICAMERALE PER LE QUESTIONI REGIONALI, *Indagine conoscitiva sull’attuazione dell’art. 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna*, Deliberazione 21 novembre 2017, ha sottolineato come il nuovo

Quindi, le norme costituzionali pongono le premesse per la dinamica ridefinizione dell'autonomia regionale, ma affidano al quadro normativo dettato dal legislatore statale per ogni singola Regione, ai sensi del terzo comma dell'articolo *de quo*, il compito di precisare tutti quegli elementi che sono destinati a comporre concretamente il mosaico del regionalismo differenziato, ovvero a stabilire «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia»: ossia, il novero delle competenze legislative e/o amministrative attribuite a ciascuna Regione, il rapporto con la legislazione statale, i criteri di assegnazione delle risorse finanziarie necessarie all'esercizio delle funzioni amministrative, ecc. Una prospettiva, come si è detto, che, tra l'altro, ha rilanciato anche il dibattito sulla specialità regionale, sull'opportunità o, più propriamente, sulla necessità di un suo aggiornamento¹⁴.

Se questa, allora, è la straordinaria innovazione inserita nel tessuto costituzionale dalla riforma del 2001, appare evidente come sia fondamentale riuscire a rintracciare un più saldo ancoraggio per il suo percorso di attuazione, sia attraverso l'enucleazione dei vincoli costituzionali desumibili dal tenore testuale dell'art. 116, co. 3 Cost., sia riflettendo anche sugli altri principi che possono, o meglio devono, concorrere ad orientare le complesse decisioni riservate ai vari attori istituzionali.

In tal senso, senza entrare nel merito di tutte le questioni che ruotano intorno all'interpretazione delle diverse fasi del procedimento di attivazione delle nuove condizioni di autonomia¹⁵, nonché all'inquadramento del rango normativo della fonte del diritto che è chiamata ad intervenire¹⁶, occorre, quanto meno, indagare il delicato tema della suddivisione di ruoli e responsabilità tra Governo e Parlamento nella definizione del nuovo regime autonomistico, soprattutto per

modello dovrebbe permettere “l’inserimento di elementi di dinamismo e di flessibilità nell’intero sistema regionale”, favorendo “una competizione virtuosa tra i territori”.

¹⁴ Si vedano, tra gli altri, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *La specialità regionale dopo la riforma del Titolo V. Ovvero: dal «lungo addio» al regionalismo del passato verso il «grande sonno» del regionalismo «asimmetrico»?*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, 57 ss.; F. SALMONI, *Forme e condizioni particolari di autonomia per le regioni ordinarie e nuove forme di specialità*, in A. FERRARA, G.M. SALERNO, *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Milano, 2003, 301 ss.; T.E. FROSINI, *La differenziazione nel regionalismo differenziato*, cit. Più recentemente si vedano A. ANGIULLI, *Centralismo autonomia secessione. Funzione amministrativa e regionalismo differenziato*, e M. IMMORDINO, N. GULLO, *La “specialità” regionale nella prospettiva del regionalismo asimmetrico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile, Vol. III Problemi e prospettive*, Bologna 2020, rispettivamente a 3 ss. e 37 ss.

¹⁵ Si rinvia alla ricostruzione storico-normativa e alle osservazioni di C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di rilettura alla luce dell'art. 116, comma 3 della Costituzione*, cit.

¹⁶ Peraltro, in relazione al tenore testuale della disposizione (approvazione delle Camere a maggioranza assoluta, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata), si registra una generale convergenza dottrinale nella qualificazione della legge di differenziazione come legge rinforzata: così, tra i tanti, A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 2007, 164 ss.

i rilevanti risvolti che presenta nelle relazioni politico-istituzionali tra Regioni e Stato.

A ciò si aggiunga che appare necessario soffermarsi, altresì, sull'individuazione e sulla ricognizione di quei parametri sostanziali che debbono presiedere alle scelte degli organi costituzionali dello Stato.

In ordine alla strutturazione del processo decisionale *ex parte* delle autorità statali, non si può considerare pienamente convincente la tesi che intende attribuire al Parlamento un ruolo di “mera ratifica” dell'intesa siglata tra la Regione e il Governo, sulla scorta della possibile assimilazione di tale fattispecie al modello dell'intesa tra lo Stato e le confessioni religiose, evocato dall'art. 8, co. 3 Cost.¹⁷, giacché ben diversi si presentano, secondo le rispettive norme costituzionali, non solo i presupposti, ma anche le materie da regolare con la legge statale. È da preferire, al contrario, una lettura costituzionalmente orientata che consenta di riconoscere al Parlamento un ampio margine di valutazione politica, nonché di emendabilità dei contenuti dell'intesa raggiunta – nell'ottica della salvaguardia dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica – purché non ne venga stravolto l'impianto di fondo¹⁸. A tale riguardo, coglie senza dubbio nel segno quella parte della dottrina¹⁹ che, pur ritenendo giuridicamente prioritario il rispetto del “principio di integralità” delle intese²⁰, emerso nella prassi parlamentare relativa all'art. 8 Cost., anche per gli accordi istituzionali riguardanti le condizioni e le forme del regionalismo differenziato²¹, ha opportunamente chiarito come tale principio vada riferito alle singole scelte devolutive presenti nell'intesa, piuttosto che

¹⁷ Cfr. A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia differenziata*, in *Federalismi*, n. 21/2018, spec. 37-38, secondo il quale, sulla scorta del modello offerto dalle intese tra Stato e confessioni religiose di cui all'art. 8, co. 3, Cost., il Parlamento dovrebbe assumere il ruolo di “mero ratificatore” delle volontà governative, senza poter intervenire “in maniera “attiva” per una più convinta approvazione parlamentare”. Questo parallelismo, alla luce del principio di bilateralità che contraddistingue le due norme costituzionali, è stato segnalato, per primo, da M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e delle condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, 2003, 135 ss. In senso critico, cfr. M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o coesione sociale?*, Napoli, 2019; più recentemente M. IMMORDINO, N. GULLO, *La “specialità” regionale nella prospettiva del regionalismo asimmetrico*, cit., 43.

¹⁸ In tal senso, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003, 42; F. BIONDI, *Il regionalismo differenziato: l'ineludibile ruolo del Parlamento*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019 e A. PIRAINO, *Ancora sul regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità ed indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, n. 8/2019.

¹⁹ Cfr. così S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, cit., 103 ss.

²⁰ Tale principio è stato enucleato da G. PICCIRILLI, *Gli “Accordi preliminari” per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti regionali*, n. 2/2018.

²¹ Con la conseguenza di precludere l'approvazione di leggi *ex art.* 116, co. 3 Cost. che non recepiscano nella loro totalità le intese poste alla loro base.

all'intesa in quanto tale. In tal modo, a fronte di un accordo multisettoriale, che si caratterizzi per la previsione di “*numerose scelte devolutive*, ognuna funzionalmente autonoma rispetto alle altre”, ben potrebbe il Parlamento accoglierne alcune e respingerne altre, senza compromettere il principio di bilateralità sancito dall'art. 116, co. 3 Cost.²².

Altrimenti, se dovesse prevalere un dissenso parlamentare sull'ampiezza e sulle caratteristiche dell'autonomia rivendicata dalla Regione richiedente, le Camere non potrebbero che negare l'approvazione della legge e rinviare ad una nuova fase di consultazione e concertazione tra Presidente regionale e Governo nazionale.

Proprio per delineare la cornice più adeguata all'instaurazione di una corretta relazione istituzionale tra gli organi dello Stato, è stato proposto dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie un disegno di “legge-quadro”²³ che dovrebbe precostituire lo schema procedurale e determinare i principi di riferimento per lo svolgimento delle trattative. Si tratta di un intervento che ha segnato una discontinuità con l'impostazione seguita fino a quel momento nei contatti inter-istituzionali, sia perché ha voluto ribadire la priorità della definizione dei LEP²⁴, degli obiettivi di servizio e dei fabbisogni standard rispetto alla concreta individuazione delle funzioni da trasferire alle Regioni²⁵, sia perché ha previsto un coinvolgimento delle Camere nella fase procedurale preliminare alla sottoscrizione dell'intesa²⁶.

Tale proposta normativa è stata criticata da una parte della dottrina per il

²² Cfr. S. PAJNO, *op. cit.*, 105.

²³ Disegno di legge recante *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata*, presentato al Consiglio dei Ministri il 3 dicembre 2019: per un commento generale, si rinvia a E. JORIO, *La bozza di legge quadro attuativa del regionalismo differenziato: dubbi e perplessità*, in *Astrid Rassegna*, n. 18/2019.

²⁴ Con riguardo ai LEP, cfr. M. BELLETTI, *I “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile*, in *Istituzioni del federalismo*, nn. 3-4, 2003; C. DI SOMMA, *Livelli essenziali di assistenza e leale collaborazione attraverso l'intesa*, in *Forum di Quad. cost.*, 18 luglio 2006; M. FERRARA, *Le politiche sociali*, Bologna, 2006; C. GORI (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia*, Roma, 2004; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2002; G. MELONI, *L'ambito di operatività dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Formez*, *I livelli essenziali delle prestazioni. Questioni preliminari e ipotesi di definizione*, Quaderni n. 46, 2006; C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, co. 2, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2002; ID., *I livelli essenziali delle prestazioni*, in *Riv. giur. mezz.*, 2018; E. RANCI ORTIGOSA, *L'attuazione dei Livelli Essenziali di Assistenza: i criteri di definizione, le scelte possibili, i rapporti con i LEA*, in AA.VV., *Atti del seminario Livelli essenziali di assistenza: un sistema di interventi e servizi per affermare diritti esigibili*, Bologna, 3 ottobre 2003; E. RANCI ORTIGOSA (a cura di), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, I Quid n. 2, 2008.

²⁵ L'art. 2 è dedicato specificamente a definire la procedura e delineare le strutture organizzative di supporto.

²⁶ L'art. 1, co. 2, stabilisce che “il Ministro per gli affari regionali e le autonomie trasmette, entro 10 giorni, lo schema di intesa sottoscritto con il Presidente della Regione alle Camere, per le conseguenti deliberazioni parlamentari, da assumere entro 60 giorni dalla trasmissione”.

suo limitato o del tutto irrilevante rilievo giuridico²⁷, ma certamente affronta un punto quanto mai problematico del processo di attuazione, in ordine al ruolo delle Camere, che non appare ricomponibile, come si è rilevato in precedenza, semplicemente riconoscendo al Governo un potere esclusivo nella determinazione sostanziale della nuova sfera di autonomia regionale.

Con riferimento, peraltro, alle caratteristiche che potrebbe assumere il regionalismo differenziato, non si può non ribadire come l'aspetto sicuramente più controverso del nuovo scenario istituzionale sia rappresentato dalla ricognizione dei criteri giuridici che devono guidare il negoziato politico per favorire un esito che, al di là delle inevitabili mediazioni che possono derivare dalle valutazioni politiche del Governo e dall'ampia discrezionalità del legislatore nel prefigurare il disegno istituzionale, sia pienamente compatibile con i principi costituzionali.

In questo senso, ben si comprende come la ricerca di parametri e limiti di carattere sostanziale sia stato oggetto di un ulteriore sofisticato confronto nel contesto del dibattito politologico e giuridico riguardante il nuovo modello autonomistico²⁸: un versante di grande rilievo, senza dubbio, che merita una particolare attenzione e stimola un'indagine specifica per esaminarne i profili di maggiore criticità.

3. *I problemi del regionalismo differenziato tra istanze locali e interessi generali*

Anche se l'attuale fase storica sembra (temporaneamente) ridimensionare la spinta politica all'implementazione del sistema regionale prefigurato dall'art. 116,

²⁷ Si veda, per esempio, L.A. MAZZAROLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla «bozza di legge-quadro» consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, ai presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116, co. 3, Cost.*, in *Federalismi.it*, cit., che contesta la compatibilità della bozza di legge-quadro con le previsioni costituzionali e sostiene che, in ogni caso, non risulta in grado di vincolare né le Regioni, né il Parlamento e nemmeno il Governo. In senso critico, anche S. PAJNO, *op. cit.*, 130, il quale sottolinea come la disciplina relativa al regime autonomistico non potrà che essere contenuta nella legge approvata ex art. 116, terzo comma Cost., senza che possa derivare alcun impedimento giuridicamente efficace da una precedente legge ordinaria. Tuttavia, non è del tutto estraneo alla nostra prassi parlamentare che venga regolata l'attività di produzione legislativa – e quindi il rapporto tra il potere di iniziativa legislativa del Governo e le scelte legislative del Parlamento – con legge ordinaria: si pensi al modello della “legge comunitaria”, ora “legge europea”, che disciplina la fase ascendente e la fase discendente degli atti normativi eurounitari e trova nell'art. 117, co. 5 Cost. un parziale ancoraggio costituzionale; cfr. R. BIN, G. PTRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2020, 257 ss. Comunque, va ricordato che una disposizione regolativa dell'attività del Governo, in seguito all'iniziativa della Regione ai sensi dell'art. 116, co. 3 Cost., è stata già introdotta con l'art. 1, co. 571, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

²⁸ Cfr. A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia*, in *Diritto pubblico europeo*, n. 2/2019, che effettua un'analisi puntuale delle materie richieste nelle intese.

co. 3, favorendo semmai l'affermazione di una nuova tendenza alla ricentralizzazione di molte competenze amministrative nell'ottica di una risposta coordinata alla pandemia da Covid 19²⁹, nondimeno è possibile provare a tracciare un primo bilancio sia dei tentativi avviati dalle Regioni, sia dei principali problemi interpretativi che sono stati sollevati proprio da queste iniziali sperimentazioni politico-giuridiche, per quanto non ancora pienamente concluse.

Prescindendo dai complessi itinerari con i quali le Regioni hanno intrapreso il percorso verso il regionalismo differenziato – così da far emergere, nell'ambito della letteratura giuspubblicistica, alcuni dubbi sull'ammissibilità di determinati passaggi procedurali, quale, ad esempio, il ricorso al referendum preventivo³⁰, che sono stati superati dalla Corte costituzionale³¹ -, in ogni caso, dall'esame dei testi delle bozze di intese finora proposte si possono formulare alcune importanti considerazioni sull'impostazione che ha caratterizzato, in linea generale, le iniziative regionali, soprattutto quelle che hanno assunto un particolare rilievo mediatico e politico, come nei casi lombardo e veneto.

Si può osservare, in primo luogo, come le proposte delle Regioni *de quibus* siano state contrassegnate da uno spettro di richieste molto ampio con riguardo alle competenze, sia legislative che amministrative, da acquisire, sulla scorta indubbiamente di una lettura estensiva della clausola del terzo comma.

Semmai, una qualche distinzione può essere tracciata in relazione al tipo di potestà che è stata prevista e disciplinata dagli accordi.

Infatti, l'approccio che è prevalso con riguardo alle competenze legislative

²⁹ Per quanto riguarda le trasformazioni del diritto amministrativo per l'emergenza sanitaria si vedano, tra gli altri, F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, n. 3, 2019, 575 ss.; PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Dir. econ.*, n. 1, 2020, 125 ss.; I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2020, 71 ss.; S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2020, 147 ss.

³⁰ Com'è noto, le regioni Lombardia e Veneto hanno svolto il 22 dicembre 2017, con esito positivo, due referendum consultivi sull'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. Differente è stato l'approccio della Regione Emilia-Romagna che ha preferito far precedere l'avvio del procedimento da una risoluzione del Consiglio regionale, approvata in data 3 ottobre 2017.

³¹ La Corte costituzionale, in particolar modo, è stata chiamata a sindacare la costituzionalità della l. reg. Veneto n. 15/2014, recante referendum consultivo sull'autonomia del Veneto, e della l. reg. Veneto n. 16/2014, recante l'indizione del referendum consultivo sull'indipendenza del Veneto: con la sent. n. 118/2015, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. reg. Veneto n. 16/2014, l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1 l. reg. n. 15 del 2014, e l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2, co. 1, n. 1, co. 2, 3, 4 della l. reg. n. 15 del 2014; per un commento si rinvia a L.A. MAZZAROLI, *Annotazioni e riflessioni sul referendum veneto in materia di «autonomia»*, in *Federalismi.it*, n. 17/2017 (13 settembre 2017); E. STRADELLA, *Riflessioni a partire dalla sentenza n. 118/2015 della Corte costituzionale: indissolubilità, autonomie e indipendentismi alla prova del costituzionalismo*, in *Aa.Vv.*, *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa, 2015.

non è stato quello di rivendicare la regolazione di alcune tra le materie richiamate dalla norma costituzionale *de qua*, bensì di sollecitare sostanzialmente l'estensione dell'autonomia regionale a tutte (o alla maggior parte) le materie di legislazione concorrente, di cui all'art. 117, co. 3, e alle tre materie di competenza esclusiva del legislatore statale, ai sensi del secondo comma dell'art. 117, ovvero "giurisdizione e norme processuali", limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace (lett. l), "norme generali sull'istruzione" (lett. n) e "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" (lett. s)³².

Per ciò che concerne le funzioni amministrative, la richiesta delle Regioni è stata contrassegnata da una maggiore selettività, nel tentativo di scorporare le funzioni ancora correlate ad un interesse nazionale da quelle che, sulla scorta della nuova concertazione, si possono ricondurre più direttamente alla sfera di interessi regionali e locali. Tuttavia, anche in questa ipotesi, il novero delle competenze regionali è senza dubbio esteso ed articolato e ridisegna in maniera profonda, nei settori coinvolti, il rapporto tra l'amministrazione regionale e quella statale³³.

Peraltro, di particolare rilievo – e criticità – sono anche le disposizioni di carattere finanziario presenti nelle intese relative alle Regioni Veneto e Lombardia, perché prevedono³⁴, in assenza della definizione dei fabbisogni standard per ogni singola materia da parte della Commissione paritetica dopo tre anni dall'entrata in vigore dei decreti attuativi del Presidente del Consiglio dei Ministri, un meccanismo alternativo per il calcolo del costo delle funzioni, e quindi delle risorse finanziarie da trasferire, che non può risultare inferiore al valore medio nazionale pro-capite della spesa statale per l'esercizio di tali funzioni³⁵.

Non interessa in questa sede tanto analizzare specificamente la rilevanza e la congruenza dei singoli punti contenuti nelle suddette intese, quanto riflettere sulla prospettiva che sembra delinearci con le iniziative proposte sotto l'egida dell'art 116 Cost.: ebbene, non emerge soltanto un arricchimento dei margini di

³² La Regione Veneto ha richiesto tutte e ventitré le materie previste dall'art. 116, co. 3 Cost.; la Regione Lombardia ha rivendicato venti materie; mentre la Regione Emilia-Romagna ha richiesto sedici materie.

³³ Un'analisi puntuale, sia pure con particolare riferimento al settore della tutela ambientale si ritrova in S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, cit., 105 ss., nonché, in termini più trasversali, in F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia e Emilia-Romagna?*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019, 20 marzo 2019.

³⁴ L'art. 5 degli schemi di intesa stabilisce che l'attribuzione delle risorse finanziarie alle Regioni sia basata, nelle more della determinazione dei fabbisogni standard per ogni singola materia, sulla spesa storica riferita alle funzioni trasferite dallo Stato.

³⁵ Si potrebbe, pertanto, presumere che tale valore sia maggiore della spesa storica di riferimento per quella Regione: così, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, 19 giugno 2019, 9.

azione e di autogoverno delle Regioni, piuttosto si assiste al passaggio ad un livello decisamente più intenso di autonomia regionale, profondamente diverso nella sua configurazione giuridica da quello originario, che aderisce più al paradigma dello Stato federale che non ad una semplice ed ennesima revisione del sistema regionale³⁶.

Se questa è la chiave di lettura generale del processo che è stato avviato nel segno del regionalismo differenziato, ciò che risulta prioritario, in un'ottica prettamente giuridica – al netto dei sostegni dottrinali incondizionati, che propongono la “narrativa” della necessaria compensazione istituzionale per il regionalismo tradito dal persistente centralismo statale³⁷, o delle contrapposte chiusure culturali, che enfatizzano i rischi insiti nel nuovo assetto politico-istituzionale – è riuscire a comprendere quale sia l'ambito di mediazione riconosciuto agli attori istituzionali; o, in altri termini, quali parametri e vincoli di matrice costituzionale possano contribuire a orientare la perimetrazione delle soluzioni finali, inevitabilmente adattate alla specificità delle singole Regioni.

Ecco che, per riuscire a pervenire ad un inquadramento convincente, i giuristi, nonché i decisori politici, sono chiamati ad affrontare una serie di temi e questioni di ordine più generale, che si possono considerare cruciali per rivestire di un'adeguata forma giuridica l'aspirazione al regionalismo differenziato e, al contempo, governare le molteplici implicazioni, economiche, sociali e politiche, che possono derivare dalla trasformazione dell'ordinamento regionale: in tale prospettiva, quindi, non si possono non evocare le modalità di determinazione delle competenze legislative e delle funzioni amministrative, l'individuazione dei costi del trasferimento dei nuovi poteri e le relative modalità di copertura, le forme di perequazione a favore delle altre Regioni, le garanzie per i diritti civili e sociali.

a) Con riferimento al criterio che deve sovrintendere alle scelte devolutive, e quindi in relazione al *quantum* di differenziazione da ritenersi costituzionalmente ammissibile, se risulta del tutto indiscutibile l'esigenza di rispettare i limiti materiali fissati dall'art. 116, co. 3 Cost., ben più controversa si presenta l'individuazione della dimensione quantitativa della differenziazione all'interno della cornice giuridica generale. L'interrogativo che viene in rilievo riguarda, in altri termini, l'ammissibilità di una dismissione totale delle competenze legislative in ordine a tutte le materie indicate dall'art. 116, co. 3 Cost.

³⁶ Cfr. A. PIRAINO, *Ancora sul regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità ed indivisibilità della Repubblica*, cit. 10.

³⁷ Non vi è dubbio che la mancata attuazione del federalismo fiscale può avere contribuito a prospettare l'art. 116, co. 3 Cost., come segnalato anche in dottrina: M. BELLETTI, *La differenziazione in Emilia-Romagna tra rispetto dell'equilibrio di bilancio e tenuta dei livelli essenziali concernenti i diritti civili e sociali su base nazionale*, in Aa.Vv., *Regionalismo differenziato. Un percorso difficile. Atti del convegno “Regionalismo differenziato: opportunità e criticità”*, Milano 8 ottobre 2019, in www.csfederalismo.it, 32; F. MARTINES, *L'incerta evoluzione del principio di autonomia finanziaria degli enti territoriali dal testo originario della Costituzione al progetto di revisione in itinere*, in G. MOSCHELLA, A. MORELLI (a cura di), *Forma di governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, Napoli, 2016.

Ebbene, una parte della dottrina ha rilevato come una tale ipotesi non possa che tradire il significato più autentico della disposizione costituzionale in questione, la quale giustificerebbe soltanto un conferimento specifico e limitato di competenze e funzioni, in relazione a ben determinate esigenze delle collettività territoriali³⁸, mentre non legittimerebbe l'introduzione di una nuova "specialità" regionale. A tali osservazioni è stata opposta la considerazione che dal tenore testuale dell'art. 116 non si possono ricavare limitazioni di tal genere, a pena di uno svuotamento delle potenzialità applicative del percorso del regionalismo differenziato, né peraltro si può limitare *a priori* il numero delle Regioni che potrebbero avanzare tale pretesa³⁹.

Se si accede alla seconda interpretazione sulla scorta di argomenti di ordine formale, allora, non si può non cogliere un duplice ordine di implicazioni per il processo di valutazione ed approvazione dell'intesa.

In primo luogo, è di tutta evidenza che, a fronte di una tale prospettiva circa l'ambito – anche estremo – della differenziazione della sfera di autonomia regionale, la decisione sia del Governo, sia del Parlamento deve essere fondata su un riscontro oggettivo e puntuale delle competenze e delle funzioni richieste, tendendo conto non solo degli interessi regionali, ma anche del funzionamento complessivo del sistema istituzionale nazionale: sicché, in tal senso, si potrebbe ritenere che alcune competenze legislative siano, invero, inconfiribili, in quanto strettamente connesse ad interessi di rilievo nazionale⁴⁰; così come, nell'assegnazione delle funzioni amministrative, bisogna pur sempre attenersi ai criteri di differenziazione, adeguatezza e sussidiarietà, che implicano una necessaria individuazione del livello di governo più idoneo all'esercizio di competenze che devono mantenere ancora una dimensione generale.

In secondo luogo, con riferimento al potere di valutazione del Parlamento, a tacere di ogni altra considerazione sulla libertà che necessariamente caratterizza la funzione legislativa, in ogni caso non può trovare applicazione il "principio di integralità" delle intese, se non con quella declinazione già precedentemente illustrata⁴¹: l'emendabilità dell'accordo istituzionale costituisce l'indelebile riflesso del ruolo ineliminabile delle Camere nella delineazione del nuovo ordinamento regionale⁴².

³⁸ In tal senso, M. CAMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid Rassegna*, n. 10/2019; G.C. DE MARTIN, *A voler prendere sul serio i principi costituzionali sulle autonomie territoriali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 356.

³⁹ Così anche S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, cit.

⁴⁰ Con riguardo, per esempio, alle "norme generali sull'istruzione", ex art. 117, co. 2 Cost., si veda R. CALVANO, *Una crisi gattopardesca non allontana le prospettive dell'autonomia differenziata: i rischi in materia di istruzione*, in *Dirittiregionali.it*, 2019; oppure all'ipotesi della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia": cfr. A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia*, cit., 21.

⁴¹ Si rinvia nuovamente alle osservazioni di S. PAJNO, *op. ult. cit.*, 103 ss.

⁴² Com'è stato osservato, la formula "sulla base di intesa tra lo Stato e la Regione interessata"

b) Per quanto riguarda i profili finanziari della differenziazione, nelle bozze di intese, al fine di garantire la corrispondenza tra le funzioni devolute e le risorse da assegnare, sono stati predisposti gli strumenti della compartecipazione a tributi erariali e della c.d. “riserva di aliquota”, in relazione alla “spesa sostenuta dallo Stato nella Regione, riferita alle funzioni trasferite o assegnate.

Com'è noto, l'effettiva introduzione di tali sistemi solleva, quanto meno, due problemi fondamentali che non sembrano essere stati adeguatamente considerati, soprattutto se si vuole mantenere fermo il principio, evocato nelle stesse bozze, dell'invarianza del totale della spesa. Infatti, per un verso, la quantificazione della spesa statale nella Regione risulta senza dubbio complessa, vuoi perché non è semplice individuare i costi delle prestazioni erogate, potendo rimanere occulti alcuni costi di carattere organizzativo, vuoi perché non è possibile prevedere in modo affidabile, in una proiezione di lungo termine, gli oneri di finanza pubblica per l'esercizio delle funzioni sulla base dei sistemi di finanziamento proposti, con il rischio di una significativa variazione in difetto o in eccesso delle risorse attribuite alle Regioni⁴³.

Inoltre, proprio uno spostamento eccessivo di risorse a favore delle Regioni beneficiarie potrebbe determinare, di riflesso, un sottofinanziamento delle residue funzioni statali, compromettendo il ruolo dell'amministrazione statale, e ridurre, al contempo, le risorse per le Regioni rimaste estranee al processo del regionalismo differenziato, così da incidere sui meccanismi di solidarietà interterritoriale che sono riconducibili al principio di unità dell'ordinamento costituzionale.

c) In relazione all'impostazione di fondo delle intese, rimangono sostanzialmente estranei al contenuto dell'accordo la previsione di adeguati strumenti di perequazione territoriale, nonché infrastrutturale, che sono invece contemplati e regolati dalla legge quadro. Questa originaria carenza dimostra la tendenza a interpretare e disciplinare le esigenze della regionalizzazione nell'ottica della singola Regione richiedente, al di fuori di una visione sistemica.

d) Infine, si deve registrare che una limitata attenzione viene riservata anche alla configurazione delle nuove competenze legislative regionali, in rapporto alle competenze legislative statali che attengono alle c.d. materie “trasversali”. Il tema appare di sicuro rilievo con riferimento ai LEP, di cui all'art. 117, co. 2, lett.

m) Cost., anche per ciò che concerne la loro permanente proiezione su alcune materie di legislazione concorrente da devolvere alle Regioni, come, per esempio,

non richiede una piena conformità della legge di approvazione al contenuto dell'intesa: cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, cit., 164; ma, se si vuole, nemmeno implica inevitabilmente un esautoramento del Parlamento nella stessa fase di elaborazione degli accordi.

⁴³ Il tema è indagato in maniera approfondita da S. PAJNO, *op. ult. cit.*, 117 ss., sulla base di una rigorosa classificazione e distinzione delle funzioni oggetto del trasferimento.

l'“istruzione” o la “tutela della salute”. Anche se si può ritenere che il problema possa essere risolto in via interpretativa, alla luce dei canoni ermeneutici elaborati dalla Corte costituzionale, non vi è dubbio che l'intesa dovrebbe essere supportata da inequivocabili criteri di coordinamento.

4. *La prospettiva della differenziazione: macro-intese settoriali o riforma del sistema?*

È chiaro, quindi, che la varietà e la trasversalità dei problemi che entrano in gioco testimoniano come l'apertura al nuovo e avanzato assetto regionale – che può diventare, secondo una dinamica politica di tipo mimetico, anche una vera e propria rincorsa di tutte le Regioni alla formula del regionalismo differenziato (giacché un'eventuale assenza dal nuovo consesso riformatore sarebbe equiparata, sul piano mediatico, ad una sorta di marginalità politica) – non può prescindere, in ultima istanza, dall'elaborazione di un contestuale disegno istituzionale ed organizzativo che sia in grado di compensare e riequilibrare la nuova allocazione dei poteri pubblici nel sistema costituzionale. Non basta, pertanto, definire le condizioni di autonomia della singola Regione interessata, dato che la norma costituzionale non esclude un analogo percorso per le altre Regioni e, in ogni caso, i riflessi della differenziazione si possono considerare generali e sistemici; al contrario, bisogna ragionare in termini più complessivi, procedendo a ripartire, nel rispetto anche degli altri principi costituzionali (unità e indivisibilità della Repubblica, solidarietà), le risorse finanziarie e gli ambiti di intervento tra le istituzioni regionali e lo Stato.

In fondo, proprio nell'intreccio tra la singola trattativa interistituzionale, che aspira ad una distinta e autonoma gestione politica, e la tenuta complessiva dell'ordinamento costituzionale, che potrebbe entrare in crisi per effetto di una disomogenea e poco coordinata realizzazione del terzo comma dell'art. 116, emerge il vero nodo critico del modello del regionalismo “a geometria variabile” o, se vogliamo, il suo “peccato originale”.

Si coglie, difatti, nella potenzialità applicativa della norma costituzionale, una sorta di dilatazione dello spazio giuridico in cui si può muovere il regionalismo italiano, atteso che viene consentita una rimodulazione delle stesse coordinate costituzionali del rapporto tra Stato ed enti pubblici territoriali, senza che si debba passare dal procedimento costituzionale *ex art. 138 Cost.*, bensì in virtù del ricorso ad un meccanismo flessibile che è imperniato sulla legge ordinaria, ancorché rinforzata. Un fenomeno, quindi, che produce, in un certo senso, una inevitabile tensione istituzionale e politica – se non un vero e proprio cortocircuito – non semplice da ricomporre.

A tale ricostruzione, però, si potrebbe obiettare, in un'ottica più generale, che la storia dell'ordinamento italiano è stata segnata, in molti dei suoi momenti

di svolta, dall'affermazione di nuovi orientamenti legislativi non pienamente desumibili dalle previsioni o dai modelli costituzionali, spesso generici e ontologicamente aperti ad una pluralità di itinerari politico-normativi di carattere attuativo.

Senza negare che i profondi e radicali adattamenti del sistema istituzionale alle nuove istanze sociali e politiche possano anche passare attraverso riforme legislative che enfatizzano, e a volte forzano, le possibilità applicative offerte dal quadro assiologico costituzionale, con il conforto dell'interpretazione evolutiva della giurisprudenza costituzionale⁴⁴, occorre parimenti osservare che la stessa configurazione di fondo dell'ordinamento costituzionale impone di ricercare, pur nell'ampio spettro della discrezionalità legislativa, nuove formule organizzative e modelli di allocazione dei poteri pubblici in grado di salvaguardare la pluralità dei valori che ispirano il testo costituzionale, a partire dall'efficienza amministrativa e dalla solidarietà economico-sociale tra le diverse componenti della comunità nazionale.

Pertanto, al fine di evitare ogni analisi che possa risultare condizionata da premesse ideologico-politiche inclini a sostenere incondizionatamente le rivendicazioni regionali, è necessario ricordare quei profili di criticità che la dottrina giuspubblicistica non ha mancato di segnalare sulla scorta di un'attenta disamina delle varie intese preliminari.

Così, è stato sottolineato come, nella prospettiva del regionalismo differenziato, potrebbe essere consolidata, in modo più o meno surrettizio, la tendenza all'ipertrofia dell'apparato amministrativo regionale, anche a discapito del ruolo delle amministrazioni locali, con il contestuale ridimensionamento dei principi costituzionali che preservano il ruolo del municipalismo nell'ordinamento italiano: un rischio, peraltro, al quale si è ipotizzato di porre rimedio anche valorizzando il diretto coinvolgimento degli enti locali nel processo politico-legislativo di ridefinizione della nuova dimensione dell'autonomia regionale⁴⁵.

Inoltre, è stato osservato che rimangono aperte, in tutta la loro problematicità, non solo la questione relativa ai costi delle nuove funzioni, ma anche quella che concerne, più in generale, l'autonomia finanziaria delle Regioni, in considerazione della diffusa richiesta di poter trattenere il c.d. residuo fiscale, quanto meno una quota significativa. Anzi, questa pretesa si segnala come la più dirompente nel contesto del disegno riformatore e, per certi versi, si disvela come l'obiettivo prioritario delle iniziative regionali, almeno di alcune, al punto che non è mancato chi ha ritenuto di dover scorgere una sostanziale strumentalità della richiesta

⁴⁴ La realizzazione del federalismo amministrativo a Costituzione invariata è certamente l'ipotesi più emblematica in tal senso: cfr., *ex multis*, F. FALCON (a cura di), *Lo Stato autonomista*, Bologna, 1998.

⁴⁵ L'art. 116, co. 3 Cost. stabilisce che debbano essere "sentiti gli enti locali": una disposizione che è stata interpretata in un senso estensivo.

di nuove funzioni rispetto all'interesse alla rimodulazione del sistema tributario per ottenere nuove entrate per l'amministrazione regionale. E tutto ciò non potrebbe che avere riflessi sul piano della sostenibilità della finanza pubblica⁴⁶ o, in generale, sul versante del coordinamento del sistema fiscale nazionale⁴⁷.

A ciò si può abbinare anche la preoccupazione, come già si è evidenziato, che l'attribuzione di una competenza legislativa di tipo esclusivo alle Regioni in materie in cui possono venire in rilievo servizi pubblici e attività di prestazione sociale, senza essere accompagnata da un adeguato coordinamento con la legislazione statale, possa compromettere o rendere, comunque, più incerta la determinazione dei LEP da parte del legislatore statale, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost.

Tutti questi aspetti, allora, non dimostrano semplicemente la profonda sovrapposizione che – inevitabilmente – sussiste tra i molteplici piani e livelli giuridici e politici che sono coinvolti nel processo di realizzazione del regionalismo differenziato, quanto piuttosto l'impossibilità di poter progettare il nuovo assetto delle autonomie regionali nell'ottica di soluzioni elaborate e modulate esclusivamente sulla base delle aspettative delle singole Regioni richiedenti. Semmai, non si può prescindere da un approccio sistemico che, senza negare le sfide della differenziazione regionale, sappia coniugare innovazione istituzionale e previsione di adeguati correttivi istituzionali, amministrativi e finanziari, in modo da garantire un equilibrato bilanciamento tra principi e valori costituzionali. E, in questo senso, la legge-quadro, pur con i suoi limiti, si rivela, comunque, un utile strumento di razionalizzazione del nuovo processo normativo.

5. *Conclusioni... in attesa di ulteriori sviluppi*

Il confronto sulle prospettive del regionalismo prefigurato dall'art. 116 co. 3 Cost. non si può risolvere in una mera disputa ideologica, semmai deve trasformarsi in un'opportunità per ripensare le caratteristiche funzionali ed organizzative che si vogliono imprimere all'ordinamento italiano e, in particolare, al sistema delle autonomie, evitando di transitare disordinatamente dal modello dell'uniformità giuridico-istituzionale a quello del mosaico istituzionale, in cui possono essere indeboliti i meccanismi politici e amministrativi che gestiscono

⁴⁶ Commissione bicamerale per le questioni regionali, *Indagine conoscitiva sull'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna*, Deliberazione 21 novembre 2017.

⁴⁷ Proprio per l'incertezza dei criteri di ripartizione delle risorse finanziarie – rimessi alle determinazioni della Commissione paritetica Stato-Regione – autorevole dottrina ha evidenziato il rischio per l'unità del sistema: in tal senso, M. CAMMELLI, *Regionalismo differenziato oggi: risultati incerti, rischi sicuri*, in *Astrid rassegna*, 10, 2018.

gli interventi statali necessari per riequilibrare le differenze socio-economiche tra le diverse aree territoriali del Paese.

In tale prospettiva, non si può pensare di procedere in modo sparso, con soluzioni separate e del tutto avulse da una visione generale dei problemi di funzionamento delle istituzioni italiane, semplicemente in risposta alle legittime pressioni e alle iniziative politiche delle autorità regionali, anche perché le fasi prodromiche fin qui avviate dimostrano che non sono state avanzate proposte di ampliamento circoscritte e collegate a specifiche esigenze regionali, bensì è prevalsa la tendenza a promuovere un'applicazione generalizzata delle potenzialità espansive dell'art. 116 Cost.

In altri termini, se il regionalismo italiano intende intraprendere la via della accentuata differenziazione del regime delle autonomie, sulla falsariga del "sistema autonómico" spagnolo⁴⁸, che tanti profili controversi pur presenta, questo cambiamento non può essere il risultato inconsapevole dell'accoglimento di istanze locali e di complesse mediazioni territoriali delle coalizioni politico-partitiche; al contrario, deve collegarsi ad una strategia complessiva di riforma della macchina amministrativa, come sollecitano anche le istituzioni europee nel contesto del *Next Generation EU*, prevedendo in tale contesto non solo un ulteriore decentramento amministrativo, ma anche, se necessario, la eventuale riallocazione di alcune funzioni al centro o il potenziamento dei poteri sostitutivi statali.

Le vicende collegate alla gestione della pandemia hanno fatto emergere il bisogno di effettuare una revisione più profonda del *modus operandi* dei pubblici poteri, imponendo l'attivazione di nuove sinergie tra le autorità statali e le istituzioni territoriali, al di fuori degli schemi giuridici fin qui adottati, spesso predisposti senza tener conto delle difficoltà operative che riguardano l'esercizio di determinate funzioni in situazioni emergenziali.

In fondo, la ripresa del dibattito e, quindi, delle prospettive politiche della clausola dell'art. 116 Cost., deve contribuire a sciogliere un dilemma di fondo, che presenta un rilievo fondamentale per l'effettivo consolidamento di questo progetto: si può ritenere che sia costituzionalmente corretta e politicamente opportuna – profili da mantenere indubbiamente distinte – l'identificazione tra regionalismo differenziato e specialità regionale che traspare dall'attuale stadio dei negoziati istituzionali? Ovvero, le disposizioni dell'art. 116, co. 3 Cost. contengono un'autorizzazione generalizzata all'introduzione del modello della "specialità diffusa" per le Regioni a statuto ordinario⁴⁹?

Se la soluzione dovesse essere positiva – ma i dubbi sono più che fondati

⁴⁸ Sulle caratteristiche del sistema spagnolo si veda, tra i tanti, L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Le regioni ad autonomia differenziata: il caso spagnolo*, Conferenze "Donatella Serrani", Ancona, 2002.

⁴⁹ Si vedano, al riguardo, le osservazioni di A. RUGGERI, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2008, 21 ss. In tal senso, anche M. IMMORDINO, N. GULLO, *La "specialità" regionale nella prospettiva del regionalismo asimmetrico*, cit., 42.

rispetto a tale interpretazione anche per le implicite potenzialità decostruttive del sistema istituzionale – allora, per ragioni di coerenza con i principi che sorreggono l'ordinamento costituzionale, occorre prevedere una modifica più trasversale e, in un certo senso, complessiva delle relazioni tra lo Stato e le Regioni, nonché del funzionamento del parlamentarismo italiano, come ipotizzato nella riforma costituzionale del 2014 che puntava al superamento del bicameralismo perfetto e alla riscrittura del Titolo V⁵⁰.

Se, invece, come preferibile, prevalgono ancora le ragioni giuridiche e politiche che militano a favore di una distinzione tra la condizione dell'autonomia differenziata e il regime della specialità, il prosieguo di questa vicenda impone una diversa ricalibratura dei contenuti delle intese, sulla scorta di un'indagine effettiva del grado di adeguatezza ed efficienza dei singoli sistemi regionali rispetto alle funzioni rivendicate. Una strada anche questa non semplice per le sue impervie implicazioni politiche.

⁵⁰ Si rinvia, *ex multis*, a G. MOSCHELLA, A. MORELLI (a cura di), *Forma di governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, cit.

Abstract

Il regionalismo differenziato delineato dall'art. 116, co. 3, Cost. prevede la possibilità di una profonda revisione del sistema regionale attraverso un procedimento legislativo rinforzato, che richiede la stipula di una previa intesa tra lo Stato e la Regione interessata.

Il contributo esamina i diversi problemi interpretativi che riguardano l'applicazione di questa norma costituzionale, alla luce delle iniziative avviate da alcuni Regioni a statuto ordinario. Dall'analisi delle diverse questioni giuridiche, politiche e finanziarie che sono collegate alla realizzazione del modello del regionalismo differenziato, si evince la necessità di superare un approccio settoriale, basato su autonomi e separati accordi con le singole Regioni, per incardinare le proposte regionali nel contesto di una riforma generale dell'ordinamento, in modo da preservare l'unità della Repubblica e salvaguardare la solidarietà territoriale.

Remarks on differentiated regionalism between autonomous aspirations and economic and social solidarity

by Nicola Gullo

The concept of differentiated regionalism, introduced in art. 116, paragraph 3, of the Constitution, allows for the possibility of a wide review of the regional system through a reinforced legislative process, following the prior stipulation of an agreement between the State and the concerned Region. This article examines the various problems of interpretation relating to the application of this constitutional rule, taking into account the initiatives of some Regions with ordinary statute. Moving from the analysis of different legal, political and financial issues of the differentiated regionalism, the article affirms the necessity of letting go of the sectoral approach, based on autonomous and separate agreements with individual Regions, in favor of adopting a general reform of the legal system which incorporates regional proposals, so as to preserve the unity of the Republic and safeguard territorial solidarity.

L'utile attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost. alla luce del principio di sussidiarietà

di Valentina Prudente

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La differenziazione come modalità di valorizzazione dell'autonomia dei territori e delle comunità. – 3. La funzione della sussidiarietà alla luce del principio di differenziazione territoriale. – 4. Problemi vecchi e nuovi in tema di rapporti tra regioni ed autonomie locali. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Nell'ultimo anno la comunità scientifica ha riflettuto diffusamente sulla 'clausola di asimmetria' prevista nella nostra Costituzione¹. La difficile messa in opera dell'art. 116.3 Cost. ha suscitato numerosissimi interrogativi, sia sul piano scientifico sia su quello politico, che non hanno trovato risposte definitive anche a causa delle contingenze dell'attualità². È accaduto, infatti, che le soluzioni offerte ai vari problemi pratici e teorici si siano avvicinate con una certa frettolosità.

I rapidi mutamenti nelle ipotesi di differenziazione regionale proposte

¹ Moltissimi sono stati i contributi della dottrina alla riflessione generale, solo per citare i più recenti e senza alcuna pretesa di completezza si v. L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, in *Astrid*, 11, 2018. I. NICOTRA, *Le Regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?*, in *dirittiregionali.it*, 1 marzo 2019; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 20 marzo 2019; A. PIRAINO, *Ancora sul regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento e unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2019; C. IANNELLO, *La piena sovranità del Parlamento nella determinazione dei contenuti e dei limiti dell'autonomia differenziata*, in *dirittiregionali.it*, 20 settembre 2019; F. PALLANTE, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna*, in *Federalismi.it*, 30 ottobre 2019; A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *dirittiregionali.it*, 19 novembre 2019.

² Tutti ricorderanno le prime bozze di intesa del febbraio 2018 siglate dal governo Gentiloni; quelle successive del primo governo Conte, nonché quanto accaduto con il governo "Conte bis". È significativo poi che fino all'ottobre 2019 l'opinione maggioritaria, sia politica che scientifica, ritenesse non necessaria una legge di attuazione dell'art. 116.3 Cost., ma, cambiata la compagine politica, tale posizione è stata rimeditata e il Ministro degli Affari Regionali ha proposto l'adozione di tale legge. È anche interessante il repentino mutamento di opinione sia in merito al ruolo del Parlamento, che alla assimilabilità dell'intesa ex art. 116.3 Cost. a quella di cui all'art. 8 Cost. Per un'articolata disamina della complessiva vicenda si veda L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista della Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 4, 2018, 319 ss. L'opacità e la mutevolezza della situazione sono efficacemente rappresentate da M. CAMMELLI, *Flessibilità, autonomia e decentramento amministrativo*, in *Astrid online*, maggio 2019, 3.

in sede istituzionale provocano una certa difficoltà allo studioso che si ponga ad esaminare strutture e meccanismi che probabilmente non troveranno mai il modo di realizzarsi³. Diventa, quindi, utile, vista l'instabilità della situazione, ragionare su alcuni punti fermi, incastonati nelle maglie del sistema costituzionale delle autonomie, prendendo spunto dai contributi apportati al dibattito dalle studiose e dagli studiosi che si sono misurati sulla differenziazione regionale.

È condiviso dalla dottrina più accorta⁴ che la previsione costituzionale sulla differenziazione regionale non vada collegata soltanto alle norme espressamente richiamate dal terzo comma dell'art. 116 Cost., ma debba essere interpretata avuto riguardo all'intero sistema, soprattutto come (ri)disegnato dalla riforma del Titolo V della Costituzione e, perciò, debba essere letta, non solo in relazione agli artt. 117 e 119 Cost., ma anche alla luce delle disposizioni di cui agli artt. 118 e 120 Cost. e cioè dei principi dettati in materia di allocazione delle funzioni amministrative e delle complessive relazioni tra i diversi livelli di governo che compongono il sistema autonomistico⁵.

Come però è stato da più parti evidenziato⁶, uno degli aspetti problematici della clausola di asimmetria è costituito proprio dal ruolo delle autonomie locali, che nel procedimento di differenziazione non trovano grande spazio (si rammenta che la Costituzione si limita a dire genericamente «sentiti gli enti locali», rimandando alla necessità di acquisire il loro parere, ma senza chiarire tempi, forme ed effetti della consultazione) e che potrebbero essere, invece, fortemente colpiti dalla attuazione dell'art. 116.3 Cost.⁷. Ad oggi non risulta acclarato se

³ L. DELL'ATTI, *Effetti dell'autonomia differenziata sulla combinazione funzionale dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Verso una riforma del regionalismo a Costituzione invariata?*, in questa Rivista, che sottolinea come essendo tutto *in fieri* il processo di attivazione dell'art. 116, comma 3 Cost. le riflessioni in materia non si prestano ad avere valore risolutivo, ma possono avere un valore «meramente prognostico, dal tenore, pertanto, probabilistico».

⁴ A. POGGI, *Il principio di "differenziazione" regionale nel Titolo V e la "clausola di differenziazione" del 116, comma 3: modelli, prospettive, implicazioni*, in *Astrid*, 2007, 1-18.

⁵ A. CHIAPPETTA, *La sussidiarietà come argine al distortivo centralismo regionale: l'inevitabile coinvolgimento degli enti locali nel percorso di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, di prossima pubblicazione in *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, Atti del Convegno di Messina, 16-17 dicembre 2019, che parla di necessaria subordinazione delle richieste delle Regioni ai criteri posti a presidio delle funzioni amministrative ex art. 118 Cost.

⁶ Si veda S. MANGIAMELI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Le Reg.*, 2017, 4, 667; L. MICHELOTTI, *A dieci anni dalla costituzionalizzazione del regionalismo asimmetrico: una mano sul freno a leva oppure un piede sull'acceleratore per l'art. 116, terzo comma, Cost.?*, in *Le Regioni*, 2012, 1-2, 126 ss.; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., 20.

⁷ M. PRESSI, *Autonomia regionale differenziata: quale ruolo per le Province*, paper in corso di pubblicazione e presentato al Convegno *Sussidiarietà e differenziazione, le nuove frontiere del regionalismo italiano*, Messina, 16-17 dicembre 2019, in corso di pubblicazione in questa Rivista, il quale sottolinea come la vaghezza della norma costituzionale lasci margini di scelta amplissimi alle Regioni in merito alle modalità ed alla cronologia della consultazione, senza qualificarne però gli effetti, cosicché può accadere, come in effetti è accaduto, che ciascuna delle Regioni ipotizzi differenti modi di coin-

gli strumenti messi in campo siano realmente efficaci per il fine richiesto dalla norma costituzionale e siano stati in grado di veicolare a livello politico le istanze provenienti dagli enti locali⁸. Di certo l'attuazione della clausola di asimmetria non dovrà favorire il rafforzamento dell'amministrazione regionale, depotenziando l'autonomia amministrativa degli enti locali⁹.

Da un punto di vista teorico il tema di indagine si inquadra in quello più generale delle relazioni tra sussidiarietà e differenziazione nella 'Repubblica delle autonomie'¹⁰, laddove per un verso, il principio di sussidiarietà spiega sia la mobilità verso l'alto della funzione allocata al livello di governo più vicino al suo esercizio¹¹, che le relazioni di collegamento delle istituzioni con il tessuto socio-economico del territorio secondo un approccio *bottom up* e, per altro verso, la differenziazione giova a contestualizzare la distribuzione di compiti e funzioni. Cogliere i nessi esistenti tra sussidiarietà e differenziazione e intercettarne le dinamiche relazionali, è il cuore del problema che ci accingiamo ad affrontare.

volgimento del livello locale. Ed invero mentre Lombardia e Emilia-Romagna, che si sono dotate del Consiglio delle Autonomie Locali, hanno sfruttato le competenze consultive di quest'organo; il Veneto ha costituito con decreto presidenziale, un organo ad hoc, e cioè la Consulta del Veneto per l'Autonomia, quale 'organismo composto dalle rappresentanze regionali delle autonomie locali' con il compito di supportare la delegazione regionale trattante nei negoziati con lo Stato.

⁸ L'efficacia delle tecniche di consultazione dipende anche dalle modalità di costituzione dell'organo espressione degli enti locali e dal grado di rappresentatività ad esso tributata. È evidente che la rappresentatività dell'organo "consultato" potrebbe essere più accentuata per i Consigli delle Autonomie Locali costituiti a livello regionale (e utilizzati in Lombardia ed Emilia-Romagna), ma potrebbe esserlo molto meno per la "Consulta" nominata in Veneto con decreto del Presidente della Regione.

⁹ G. MARCHETTI, *Il regionalismo differenziato e le ricadute sugli enti locali*, in *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del Convegno "Regionalismo differenziato: opportunità e criticità" (8 ottobre 2019), Milano, 2019, secondo la quale in fase di attuazione della differenziazione regionale dovrebbe essere assolutamente evitata l'eccessiva "amministrativizzazione" delle regioni, accentuando il centralismo regionale, 84.

¹⁰ L'espressione è stata coniata da T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2001.

¹¹ Sul principio di sussidiarietà vi è una letteratura molto corposa, mi limito a citare: C. MILON-DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003, che affronta il tema dal punto di vista della filosofia politica; e tra i giuristi I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2001, 151 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001, 13; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Atti del Convegno per il 40° della Spisa, a cura di F. ROVERSI MONACO, 1997, 73; e di recente J. LUTHER, *La sussidiarietà come principio sussidiario del diritto pubblico*, in *Il Piemonte delle Aut.*, 2019, fasc. 3, 1-12.

2. *La differenziazione come modalità di valorizzazione dell'autonomia dei territori e delle comunità*

Il termine 'differenziazione', nel linguaggio giuridico, attiene a due diversi ambiti: quello dei 'principi', intendendosi la differenziazione come criterio guida nella distribuzione di poteri, funzioni e compiti tra diversi livelli di governo e quello dei 'processi' per mezzo dei quali si ottiene il risultato del differenziarsi.

La differenziazione come principio rappresenta l'affermazione ordinamentale del valore della 'singolarità' di un territorio e/o di una comunità in relazione a certe sue caratteristiche geografiche, demografiche, socio-economiche e culturali. Questa 'singolarità' in realtà si apprezza anche sotto un altro profilo, ovvero in relazione alla capacità dell'ente territoriale, intorno al quale è organizzata la comunità, di esprimere al meglio la propria autonomia rendendo servizi efficienti, tarati su quella comunità e su quel territorio. La differenziazione, quindi, non è legata soltanto alla vocazione e alla caratterizzazione degli enti territoriali, ma è il necessario portato della valorizzazione di essi in chiave autonomistica.

La nostra Costituzione già all'origine recava in sé il riconoscimento della relazione tra autonomia e differenziazione proprio con riferimento alla previsione della 'specialità regionale'.

Le regioni speciali incarnano modelli tra di loro eterogenei e diversi da quello delle regioni ordinarie¹². L'autonomia ad esse concessa si concreta nell'attribuzione di competenze differenziate sia sul piano delle potestà legislative, che su quello delle potestà amministrative e anche nel riconoscimento di autonomia finanziaria, finalizzata ad assicurare le risorse necessarie per poter efficacemente adempiere allo svolgimento dei molteplici compiti e funzioni che il sistema delle autonomie ha demandato loro. Di conseguenza il principio di 'differenziazione', inteso come asimmetria di competenze tra enti appartenenti allo stesso livello di governo, deve considerarsi, nel suo nucleo più essenziale, antecedente alla riforma del Titolo V delineata dalla L.c. n. 3/2001. Esso è rimasto a lungo latente all'interno dell'ordinamento autonomistico (sia a livello regionale, che locale), in virtù della prevalenza del principio di uniformità che ha informato di sé la costruzione del nostro Stato a diritto amministrativo sin dalla adozione della legge di unificazione politico-amministrativa (l. 20 marzo 1865, n. 2248)¹³.

In particolare, il principio di uniformità, riferito all'amministrazione locale, ha imposto l'attribuzione a Comuni e Province di funzioni pressoché identiche

¹² G. DEMURO, I. RUGGIU, *Le Regioni Speciali: una comparazione*, in *Astrid*, 2011, 1, 1-3.

¹³ Non è possibile in questa sede soffermarsi sulla formazione dello Stato nazionale e sulle vicende che hanno portato all'adozione del modello franco-piemontese dell'uniformità giuridica in luogo di quello austriaco della differenziazione. Per un'ampia disamina sulle ragioni dell'uniformità e sulle necessità della differenziazione si v. E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004.

a prescindere dalle loro specificità (in termini di dimensioni o di caratteristiche territoriali) e ha comportato l'applicazione a essi di un regime sostanzialmente omogeneo.

Com'è noto, il cambiamento di prospettiva è iniziato dopo l'adozione della legge 8 giugno 1990, n. 142, che ha introdotto l'autonomia statutaria di Comuni e Province, ha previsto l'istituzione di aree metropolitane e ha inserito elementi di parziale diversificazione nella distribuzione delle funzioni amministrative in relazione alle caratteristiche dimensionali degli enti locali¹⁴. Da questo momento il principio di differenziazione, penetrato nel sistema dell'autonomia locale, ha trovato ulteriore linfa nella legge 15 marzo 1997 n. 59 – che lo esprime formalmente agli artt. 4, c. 3, lett. h) e 20, c. 3, lett. l) – e si è consolidato definitivamente nella Costituzione a seguito della revisione del 2001.

La riforma del Titolo V ha sancito il superamento del principio di uniformità tra enti territoriali¹⁵ nell'idea che l'effettivo rafforzamento della loro autonomia debba passare anche dalla diversificazione di regole e di compiti sulla base della loro riconosciuta eterogeneità¹⁶. Ciò ha consentito l'estensione della differenziabilità anche alle regioni ordinarie, che la Costituzione aveva regolato fino a quel momento in modo pressoché uniforme.

La transizione progressiva della differenziazione da 'eccezione' a 'regola' e il corrispondente declino dell'uniformità come unica modalità per garantire l'attuazione del principio di uguaglianza, ha dunque finito per riguardare anche le regioni ordinarie grazie alla riforma del Titolo V e delle sostanziali trasformazioni del sistema autonomistico, che trovano nella clausola di asimmetria il punto massimo di differenziazione esprimibile nell'attuale disegno costituzionale.

La dottrina, interrogandosi sul complessivo funzionamento del sistema autonomistico restituito dalle disposizioni costituzionali riformate, si è chiesta se il principio di differenziazione regionale potesse desumersi, oltre che evidentemente dall'art. 116.3 Cost., anche dalle altre norme oggetto di revisione costi-

¹⁴ Le forme di cooperazione tra enti locali, riordinate dalla l.n. 142/90, costituiscono l'applicazione organizzativa dei principi di differenziazione ed adeguatezza. Si v. in tema AA.VV., *Le forme associative tra gli enti territoriali*, a cura di L. VANDELLI, Milano, 1992; S. CIVITARESE, *Le forme cooperazione tra enti locali*, in *Le associazioni tra Comuni. Forme organizzative, finanziamento e regime tributario*, (a cura di L. DEL FEDERICO, L. ROBOTTI), Milano, 2008, 17; C. TUBERTINI, *Le forme associative e di cooperazione tra i principi di autonomia e di adeguatezza*, in *Ist. Fed.*, 2000, 305.

¹⁵ G. VESPERINI, *Gli enti locali*, Roma-Bari, 2004, 41, ove si legge come, a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina costituzionale il principio di uniformità tra tutti gli enti locali, che era principio caratterizzante i rapporti tra lo Stato e gli enti locali fin dal momento dell'Unità d'Italia, si sia trasformato "da regola in eccezione".

¹⁶ L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie territoriali*, Bologna, 2004, 14, il quale si dimostra critico con la scelta operata dalla legislazione sull'unificazione amministrativa di uniformare la disciplina delle collettività locali al modello franco-piemontese, con «attribuzione di funzioni identiche, prescindendo totalmente dalle dimensioni e dalle caratteristiche dei Comuni; assenza di autonomia statutaria; assenza di regimi differenziati per le situazioni più marcatamente condizionate da esigenze peculiari».

tuzionale¹⁷. La risposta di segno positivo muove dalla premessa che nella trama costituzionale si possono riscontrare numerosi profili di ‘*differenziabilità*’ delle regioni ordinarie, declinati in altrettanto numerosi ambiti di azione regionale, come quello della scelta della forma di governo regionale o del contenuto degli statuti o anche quello dell’esercizio della potestà legislativa residuale¹⁸.

Come autorevolmente sostenuto, questo significa che l’art. 116.3 Cost. è norma di completamento del sistema e non norma di rottura¹⁹, ma significa anche che essa deve essere utilmente attivata quando i meccanismi di differenziazione per così dire ‘ordinari’ si dimostrino inadeguati al raggiungimento di determinati obiettivi²⁰.

Il concetto di ‘*differenziazione*’ indica anche l’operazione del ‘*differenziarsi*’, ovvero il processo con il quale all’interno dell’ordinamento repubblicano gli enti territoriali che ne costituiscono l’ossatura riescono a far emergere la loro eterogeneità e diversificarsi dagli altri enti di pari livello. Tale processo interessa vari piani tra di loro intersecabili: coinvolge il piano delle norme sui modi della differenziazione (si pensi alla procedura prevista nell’art. 116.3 Cost. o alle norme che riconoscono autonomia statutaria agli enti locali e stabiliscono le procedure di adozione degli statuti); riguarda il piano degli oggetti e dei contenuti, predeterminati dalle norme, a cui il regime differenziato può rivolgersi; infine, si riferisce al piano degli strumenti della differenziazione utilizzati dall’ordinamento per consentire agli enti territoriali di dare valore alla loro eterogeneità e che comprende sia strumenti di autodeterminazione della differenziazione sia di ‘*eterodeterminazione*’ (qualora essa fosse nella disponibilità dello Stato).

¹⁷ A. POGGI, *Il principio di “differenziazione” regionale*, cit., spec. 3 ss.

¹⁸ A. POGGI, cit., 12. L’autrice dopo la disamina delle diverse prospettive del principio di differenziazione (nell’allocazione dei poteri (art. 117.4), nella partecipazione delle regioni alle decisioni dirette alla formazione di atti normativi comunitari (art. 117.5), nella previsione costituzionale di intese e accordi tra regioni per derogare al normale esercizio delle funzioni amministrative (art. 117.8), nella previsione di risorse aggiuntive e interventi speciali dello Stato in favore degli enti territoriali non necessariamente in funzione redistributiva (art. 119.5), ma anche per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle funzioni, arriva alla conclusione che la differenziazione sia una ‘implicazione inevitabile’ (come riferisce l’autrice, l’espressione è di M. CAMELLI) dell’attuazione del nuovo quadro costituzionale, dato che pervade tutte le maggiori attività e funzioni delineate nel Titolo V.

¹⁹ E ciò sia che il regionalismo differenziato si consideri un *tertium genus*, sia che si consideri un modalità di razionalizzazione del regionalismo ordinario. Cfr. A. POGGI, *Art. 116, comma 3: norma di sistema o norma di razionalizzazione del regionalismo ordinario?*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del Convegno “Regionalismo differenziato: opportunità e criticità” (8 ottobre 2019), Milano, 2019, 25.

²⁰ R. BIN, ‘*Regionalismo differenziato*’ e *utilizzazione dell’art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire un dibattito*, in *Ist. Fed.*, 2008, 15 il quale mette in evidenza come sarebbe molto più utile affrontare l’attuazione dell’art. 116.3 Cost. soltanto dopo l’avvio di un’attività di complessiva e sistematica attuazione del Titolo V in favore di tutte le regioni ordinarie.

Nel caso della differenziazione regionale *ex art. 116.3 Cost.* ci troviamo dinanzi a un processo inizialmente autodeterminato, che si avvale di uno schema pattizio e si perfeziona formalmente con l'approvazione di una legge statale. Si tratta di un processo molto diverso da quello che ha caratterizzato il riconoscimento della specialità regionale e che tendenzialmente non attinge a logiche identitarie, ma trova origine in una logica funzionalista più vicina a quella propria della differenziazione a livello locale.

Ma se ciò che spinge alcuni territori a chiedere forme e condizioni particolari di autonomia deve rinvenirsi nella logica della ricerca di una maggiore efficienza nella distribuzione di servizi e nello svolgimento di compiti e funzioni, allora nel processo di differenziazione devono ragionevolmente affiorare i presupposti e i fini sui quali costruire la 'particolarità' delle forme e condizioni di autonomia ulteriormente richieste. In altri termini, il processo di differenziazione dovrebbe tendere a un sistema di distribuzione delle funzioni maggiormente ragionevole di quello attuale, tenuto conto delle finalità perseguite dalle diverse regioni²¹.

Ciò è tanto più vero ove si osservi che la clausola di asimmetria è, sotto tale profilo, neutra ovvero non prevede limiti di operatività né soggettivi (è astrattamente accessibile da tutte le regioni), né oggettivi (tutte le materie ivi elencate possono formare oggetto di devoluzione).

3. *La funzione della sussidiarietà alla luce del principio di differenziazione territoriale*

Non è il caso di ribadire in questa sede che l'art. 116.3 Cost è norma lacunosa, mal scritta e frutto di contingenze politiche²². Le criticità che caratterizzano la scrittura della norma si ripercuotono evidentemente anche sulla sua applicazione

²¹ A. RUGGERI, *Attuazione dell'art. 116, III c., Cost. e prospettive della specialità regionale*, in *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, Atti del Convegno di Messina, 2020, in corso di pubblicazione, il quale benché giudichi positivamente l'ipotesi di una differenziazione regionale estesa a tutto il territorio italiano, ritiene che essa sia estranea al nostro modello costituzionale, soprattutto qualora dovesse riguardare tutti gli ambiti di potestà concorrente "senza un previo, oculato riscontro della ragionevolezza di una 'devoluzione' siffatta, alla luce dei peculiari interessi emergenti dai singoli territori regionali", 2.

²² Sull'uso 'congiunturale' dell'autonomia si veda A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in *Dir. pubb. eur. – Rass. On line*, 2/2019, il quale osserva come uno dei tratti caratterizzanti delle diverse fasi del regionalismo italiano è proprio l'utilizzo dell'autonomia regionale, volta per volta riconosciuta o ostacolata, in funzione eminentemente politica e senza un progetto lungimirante (in particolare sulla declinazione del regionalismo differenziato come 'specialità'), 27. Sempre A. MORELLI parla di evidenti difetti di scrittura e di impianto dell'art. 116 Cost. in *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Atti del IV Convegno annuale della rivista *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, a cura di C. BERTOLINO, A. MORELLI e G. SOBRINO, Torino, 2020, 607.

e sono, sotto certi profili, fonte dei problemi che hanno reso così complicata l'attuazione del regionalismo differenziato chiesto dalle tre Regioni del Nord²³.

I temi di confronto sono molteplici²⁴, ma nella fase attuale una delle questioni principali sembra essere quella della compatibilità delle previsioni dell'art. 116.3 Cost. con il contenuto delle altre disposizioni costituzionali e cioè con quelle norme, che pur non essendo espressamente richiamate dall'articolo in questione, contengono principi introdotti in Costituzione parallelamente alla clausola di asimmetria. Come già anticipato in premessa, il riferimento è giocoforza ai principi in materia di allocazione delle funzioni amministrative e in particolare al principio di sussidiarietà²⁵. È proprio il problema del ruolo degli enti locali, posto ma non risolto dall'art. 116.3 Cost., che richiama l'esigenza del rispetto del criterio di sussidiarietà, anche in funzione di garanzia dell'autonomia locale²⁶.

La sussidiarietà, come parametro di distribuzione di funzioni e compiti tra livelli di governo e sistema di relazione tra pubblici poteri e autonomia privata, è stata espressamente introdotta in Costituzione con la riforma del Titolo V, dopo la sua *positivizzazione* avvenuta con l. n. 59/97, che all'art. 4, comma 3, lett. a) ne definì normativamente il significato indicando il seguente contenuto: «attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative agli enti locali secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con esclusione delle funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, all'autorità funzionalmente più vicina ai cittadini interessati».

Nella definizione normativa la sussidiarietà, intesa quale canone allocativo, funge da ricalibratura della tendenziale distribuzione in chiave di prossimità delle funzioni e dei compiti tra i vari livelli di governo. Per tale motivo essa è considerata dalla dottrina come un criterio distributivo dinamico-ascensionale, che giustifica l'attribuzione della funzione o del compito a un livello di governo superiore (regione o Stato) soltanto se il livello inferiore non risulti adeguato allo svolgimento di quella funzione o di quel compito²⁷.

²³ Sugli interrogativi interpretativi posti dal terzo comma dell'art. 116 Cost. si veda E. CARLONI, *Teoria e pratica della differenziazione: federalismo asimmetrico ed attuazione del Titolo V*, in *Ist. Fed.*, 2008, spec. 81 e ss.

²⁴ I temi di interesse sono stati fatti oggetto di indagine da molti autori tra cui si v. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., ma si v. anche i *panel* tematici del convegno su *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, svoltosi a Messina il 16-17 dicembre 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione, che mostrano la complessità degli approcci al problema.

²⁵ V. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., 13.

²⁶ Come osservano sia A. CHIAPPETTA nel suo *La sussidiarietà come argine*, cit., sia A.S. BRUNO, *Declinazioni territorialmente orientate per un regionalismo differenziato bottom up. "Relazioni di sistema" per un nuovo modello di governo locale*, 2020, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno citato alla nota 24.

²⁷ F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Ist. Fed.*, 5, 2003, 843.

Sulla base della definizione legislativa si può dire che la sussidiarietà si sovrappone all'adeguatezza, poiché la compatibilità dimensionale, in cui quest'ultima si identifica, supporta e giustifica la prima, finendo per qualificarsi come elemento costitutivo di essa²⁸.

La l. n. 59/97, invero, definisce l'adeguatezza come principio riguardante la *“idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata, l'esercizio delle funzioni”*. La valutazione di adeguatezza, quindi, si riferisce non tanto alla funzione, quanto all'organizzazione amministrativa. Per questo motivo essa assurge a criterio principale nell'orientare la scelta distributiva. Prossimità e sussidiarietà, pertanto, vanno misurate sull'adeguatezza, elemento presupposto di ogni attribuzione funzionale ai diversi livelli di governo²⁹.

Nella logica che governa la distribuzione delle funzioni amministrative nel nostro pluralismo autonomistico, l'adeguatezza finisce così per essere anche presupposto e limite della differenziazione, in tanto attivabile in quanto giustificata dall'idoneità organizzativa del livello di governo coinvolto a ricevere la funzione³⁰. Attraverso il principio di adeguatezza, sussidiarietà e differenziazione si legano e dialogano, secondo un modello dinamico avente come obiettivo l'ottimale svolgimento della funzione. Invero è la tensione tra il criterio di prossimità e la necessità dell'adeguatezza nelle sue tre declinazioni (organizzativa, territoriale, associativa), che serve a spiegare il meccanismo ascensionale della sussidiarietà, come criterio allocativo che si attiva quando prossimità e adeguatezza non coincidono. Si può verificare, infatti, che il livello più prossimo sia anche il più adeguato; ma si può verificare anche il contrario e cioè che il livello più prossimo, non sia adeguato organizzativamente allo svolgimento di certi compiti o funzioni, allora questi dovranno essere necessariamente allocati al livello di governo superiore. Peraltro, la necessità della compatibilità della funzione con i 'requisiti dimensionali' dell'ente territoriale costituisce una condizione preliminare per valorizzare la stessa autonomia dell'ente, che potrebbe essere addirittura

²⁸ M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 2012, Milano, 285.

²⁹ M. CARLI, *Esercizio delle funzioni amministrative. Commento all'art. 7, commi 1-6, in Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. FALCON, 2003, 150, il quale rileva che le esplicitazioni dell'esigenza di esercizio unitario della funzione amministrativa (individuate all'interno del primo comma dell'art. 7 della legge La Loggia nel buon andamento, nell'efficienza ed l'efficacia dell'azione amministrativa o in motivi funzionali o economici, oppure ancora in esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale) sono tutte riconducibili al principio di adeguatezza.

³⁰ M. RENNA, *Op. cit.*, 288, per il quale l'adeguatezza organizzativa è collegata alla capacità finanziaria che deve essere anch'essa adeguata alle funzioni che l'ente è chiamato a svolgere, come del resto risulta dall'art. 4, comma 3, lett. i) della l.n. 59/97 che *«afferma il principio di copertura finanziaria e patrimoniale dei costi per l'esercizio delle funzioni amministrative conferite»*, nonché dall'art. 119 Cost. secondo il quale *«le risorse derivanti da fonti di cui ai commi precedenti»* del medesimo articolo *«consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite»*.

compromessa da una attribuzione di funzioni sproporzionata rispetto alle sue dimensioni.

L'attivazione della clausola di differenziazione, quindi, non può escludere l'operatività del principio di sussidiarietà nei rapporti tra Stato e regioni, anzi per certi aspetti essa si qualifica come una delle modalità con cui attuare più intensamente la sussidiarietà intesa come assegnazione di responsabilità alle autorità più vicine ai cittadini³¹, con riserva di intervento in via, appunto, sussidiaria al livello superiore.

In relazione a quanto sin qui osservato, inscrivere la clausola di asimmetria dentro il principio di sussidiarietà porta a rivedere l'approccio al sistema di *'inter-governmental relations'*, che sarebbe certamente modificato (per qualcuno depotenziato) dall'abbandono del regionalismo duale e dall'approdo al regionalismo asimmetrico³².

Riferirsi all'intervento sussidiario dello Stato significa principalmente assicurare lo stesso livello di efficacia delle funzioni amministrative rispetto ai bisogni sociali sull'intero territorio nazionale³³. D'altra parte, come è stato autorevolmente affermato³⁴, la riforma del Titolo V ha inaugurato una nuova concezione del sistema amministrativo nel suo complesso, soprattutto con riferimento al rapporto tra l'amministrazione e la realtà sociale ed economica sulla quale reagisce. È oggi questo un rapporto fondato sulla chiara assunzione di responsabilità tra chi svolge un'attività a servizio dei cittadini ed i destinatari di tale attività³⁵. Se la

³¹ Come osserva J. M. FINNIS, *Subsidiarity's Roots and History: Some Observations*, in *Am. J. Juris*, 2016, 134: «So "subsidiarity" is a shorthand for "the principle of subsidiarity", which in turn is a shorthand of "the principle of subsidiary function/responsibility", shorthand for the principle that is unjust for a higher authority to usurp the self-governing authority that lower authorities, acting in the service of their own members (groups and persons), rightly have over those members».

³² L. DELL'ATTI, *Effetti dell'autonomia differenziata*, cit. per il quale sia che la differenziazione regionale riguardi le tre Regioni del Nord, sia che venga estesa a molte altre regioni, essa finirà per comportare la recessività degli strumenti di leale collaborazione, ostacolando l'ulteriore sviluppo del sistema integrato di relazioni multilivello ed aumentando i rischi di un'azione frammentata e poco coesa.

³³ Come osserva V. SATTI, *Regionalismo differenziato, diritto all'istruzione e sistema scolastico*, in corso di pubblicazione nel volume *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, Atti del Convegno di Messina, 2020, le criticità di una differenziazione disattenta finiscono per cogliersi soprattutto nell'erogazione servizi secondo un modello organizzativo reticolare, come avviene con il sistema scolastico, ma anche con il sistema sanitario e dei servizi sociali, 5.

³⁴ G. PASTORI, *Principio di sussidiarietà e riparto delle funzioni amministrative*, in *I.S.Si.R.F.A.*, 2006.

³⁵ G. PASTORI, *op. cit.*, dove si legge in relazione all'intervenuta modifica dei criteri allocativi operata dal Titolo V, 2: «si tratta piuttosto di realizzare, sostituendo il criterio della dimensione a quello dell'interesse, il rapporto di rispondenza fra amministrazione e società che è insieme rapporto di responsabilità fra chi è investito di una funzione e coloro al cui servizio questa si deve svolgere (cittadini singoli e associati). Tanto che il riparto delle funzioni per dimensione in ultima istanza significa realizzare una (re)distribuzione delle funzioni idonea ad assicurare condizioni

differenziazione regionale, orientata a rendere servizi più efficienti alla comunità di riferimento, venisse iscritta in questo quadro generale potrebbe costituire una delle modalità di attuazione della nuova concezione di amministrazione, a patto di tener presente che essa non è sganciata dal disegno costituzionale e deve farsi strumento per realizzare quel disegno.

4. *Problemi vecchi e nuovi in tema di rapporti tra regioni ed autonomie locali*

Le questioni poste dalla compatibilità tra l'art. 116.3 e l'art. 118 Cost. sono apprezzabili anche sotto altri profili, come è emerso nel corso delle più recenti riflessioni dottrinali. Gli studiosi mettono in rilievo il rischio di (ri)proposizione di un accentramento regionale delle funzioni amministrative³⁶, potenzialmente derivabile dalla devoluzione di queste dallo Stato alle regioni differenziate con conseguente compressione dell'autonomia locale.

La differenziazione che le tre regioni del Nord hanno tentato di ottenere³⁷ si sovrappone a un sistema di autonomie locali che, nonostante la portata delle previsioni costituzionali, non può dirsi ancora pienamente compiuto. Si pensi alle difficoltà incontrate nella ricognizione delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane e alle modalità con cui tali funzioni sono state in concreto individuate³⁸; o ancora all'incompleta attuazione del federalismo fiscale; oppure alla riforma dell'ente intermedio esitata in previsione di una revisione costituzionale che non ha poi avuto luogo³⁹.

effettive di responsabilità fra amministrazione e società: non si tratta di operare un mero riparto di funzioni, ma un conferimento di distinte responsabilità, vale a dire un conferimento di funzioni complessivamente configurate in modo da garantire all'istituzione che ne è titolare la disciplina di un'attività, il conseguimento di un risultato, la prestazione di un servizio».

³⁶ A.S. BRUNO, *Declinazioni territorialmente orientate*, cit.; A. CHIAPPETTA, *La sussidiarietà come argine*, cit.; L. DELL'ATTI, *Effetti dell'autonomia differenziata*, cit.; M. PRESSI, *Autonomia regionale differenziata*, cit.; C. SAGONE, *L'importanza del principio di sussidiarietà nell'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost.*, in corso di pubblicazione in *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, Atti del Convegno di Messina.

³⁷ Nelle bozze di intesa del febbraio 2019 il tema delle autonomie locali insistenti nei territori delle tre Regioni resta sostanzialmente in ombra per quanto riguarda il Veneto e la Lombardia, mentre maggior attenzione sembra essere dedicata dall'Emilia Romagna.

³⁸ Sulla difficile individuazione delle 'funzioni fondamentali' dei Comuni G. MELONI, *Le funzioni fondamentali dei Comuni*, in *Federalismi.it*, (19 dicembre 2012); ma anche G. PASTORI, *Principio di sussidiarietà e riparto delle funzioni amministrative*, cit.

³⁹ La perdurante vigenza dell'assetto istituzionale e funzionale previsto dalla l.n. 56/2014 è stata oggetto di esame critico da parte di G.L. CONTI, *Per una significativa riforma di sistema della geografia istituzionale della repubblica*, in *Le Regioni*, 2019, 901 ss. nella nota alla sentenza della Corte Cost. 28 maggio 2019, n. 129 in tema di tutela dell'ambiente e funzioni provinciali. V. anche C. TUBERTINI, *I limiti al riordino delle funzioni amministrative provinciali: la «stretta via» tra funzioni fondamentali ed altre competenze riservate allo Stato*, in *Le Regioni*, 2019, 924 ss. e G. GARDINI, *Crisi e nuove forme di governo territoriale*, in *Ist. fed.*, 3, 2015, 533 ss.

Il quadro nel quale dovrebbe prendere corpo la differenziazione regionale presenta tratti indefiniti anche in relazione agli strumenti di raccordo tra regioni e autonomie locali, che non sembrano aver raggiunto un livello di funzionalità 'a regime'. Non tutti gli statuti regionali hanno operato in direzione della costruzione di un sistema regionale delle autonomie, alcuni di essi si sono limitati a richiamare i principi di sussidiarietà e leale collaborazione, senza però tracciare un disegno complessivo sulle dinamiche partecipative e di co-decisione con le autonomie territoriali.

Sotto tale profilo lo statuto dell'Emilia-Romagna, tra quelli delle regioni che aspirano alla differenziazione, è il più attento al tema delle relazioni 'regione-enti locali'. Da vari articoli del testo statutario emerge lo sforzo del legislatore regionale di tracciare i binari sui quali realizzare un sistema articolato di raccordo e cooperazione dei livelli di governo locale⁴⁰.

Il diverso approccio al profilo dell'allocazione e dell'esercizio delle funzioni amministrative delle tre regioni si ritrova nelle bozze di intesa circolate durante il primo governo Conte. Seppur nei testi in questione non mancavano richiami alle disposizioni costituzionali in materia di autonomie locali (e cioè agli artt. 5, 117 secondo comma, lett. p), 118, 119), la questione locale restava molto in ombra, poiché il conferimento delle funzioni amministrative dalle regioni agli enti locali veniva contemplato come mera facoltà⁴¹. Soltanto nella bozza di intesa con l'Emilia-Romagna si reperivano due disposizioni 'differenziate' sulla competenza amministrativa regionale. Veniva riconosciuta, infatti, una 'competenza complementare' in ordine all'organizzazione e all'esercizio delle funzioni amministrative 'locali', riferite alle materie oggetto dell'intesa e veniva previsto che l'esercizio delle competenze, sia legislative che amministrative, fosse comunque subordinato al rispetto da parte della regione dei principi generali dell'ordinamento giuridico, dell'unità giuridica ed economica, delle competenze legislative esclusive statali, con particolare riferimento alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, e dei principi fondamentali richiamati nell'intesa⁴².

Tramontata la fase dell'attuazione diretta dell'art. 116.3 Cost., la bozza di 'legge-quadro' che avrebbe dovuto regolare in via generale l'attribuzione alle

⁴⁰ Lo Statuto dell'Emilia-Romagna dedica alle autonomie locali varie disposizioni: l'art. 8, inserito tra i principi, e gli artt. 23, 24 e 26 che disciplinano l'integrazione tra i livelli di governo, i rapporti interregionali e i rapporti con gli enti locali, valorizzando il sistema delle autonomie e gli aspetti delle interrelazioni tra enti.

⁴¹ L'art. 4 comma 3 delle disposizioni generali delle bozze di intesa in tutti e tre i casi stabiliva che, nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 117, secondo comma, lettera p), e 118 della Costituzione, con riguardo alle materie oggetto dell'intesa la Regione interessata potesse «conferire in tutto o in parte, con legge, le funzioni amministrative a essa attribuite ai Comuni, alle Province e alla Città metropolitana» e disciplinarne l'esercizio, secondo quanto previsto ed entro i limiti stabiliti dall'intesa.

⁴² Art. 2, commi 2 e 3, delle disposizioni generali relative alla bozza di intesa concordata con la Regione Emilia-Romagna.

regioni dell'autonomia differenziata, ha mostrato una certa attenzione al tema delle competenze amministrative, attraverso il richiamo espresso all'eventualità che le intese si occupassero anche del riparto delle funzioni tra regioni ed enti locali e fossero improntate al rispetto dei principi di cui all'art. 118 Cost., nonché al principio solidaristico caratterizzante il sistema degli enti locali⁴³. In un certo senso questa disposizione ha voluto mettere in sicurezza l'osservanza dei principi costituzionali sulle funzioni amministrative da parte delle regioni.

La previsione nello schema di legge generale di una continuità tra sistema costituzionale delle autonomie e attuazione del regionalismo differenziato, conferma nei fatti l'idea per cui la clausola di asimmetria è da leggersi in funzione di completamento del disegno costituzionale e come formula di razionalizzazione del regionalismo ordinario⁴⁴. Purtroppo, però, la mancanza di un quadro compiuto di realizzazione del Titolo V grava sulla fluida operatività della differenziazione delle regioni ordinarie, nonostante l'apprezzabile sforzo di promuovere una legge generale di attuazione dell'art. 116.3 Cost.

5. Conclusioni

Per quanto l'art. 116.3 Cost. non richiami espressamente i principi costituzionali contenuti nell'art. 118 Cost., è evidente che comunque non possano essere ignorati. Il disegno costituzionale pone tali principi al centro del sistema autonomistico e delle relazioni tra livelli di governo, sicché anche l'attuazione della clausola di asimmetria non potrà prescindere dall'attribuire un giusto ruolo alla sussidiarietà tra lo Stato e le regioni, e tra queste e gli enti territoriali minori.

D'altro canto se la differenziazione regionale più che preludere a un *tertium genus* di regionalismo, si riferisce all'esigenza di razionalizzazione del regionalismo ordinario, è all'interno della cornice generale che essa deve essere inscritta⁴⁵.

A ben vedere la differenziazione regionale costituisce una delle modalità attuative della stessa sussidiarietà, sia laddove riguardi una particolare e diversa distribuzione di competenze legislative tra Stato e regioni, sia laddove essa comporti l'allocazione di funzioni e compiti amministrativi «*in considerazione delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi*».

⁴³ Così stabiliva l'art. 1 sotto la rubrica "Principi per l'attribuzione alla Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia, ai sensi dell'art. 116 terzo comma della Costituzione" al comma 1, lett. d). La bozza della c.d. "legge-quadro" fu pubblicata sul sito ROARS all'indirizzo web roars.it/online/?p=71261.

⁴⁴ A. POGGI, *Gli ambiti materiali e i modelli organizzativi della differenziazione regionale*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Atti del IV Convegno annuale della rivista *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali* (a cura di C. BERTOLINO, A. MORELLI e G. SOBRINO), Torino, 2020, 85.

⁴⁵ Cfr. A. POGGI, *op. ult. cit.* e l'ampia bibliografia ivi citata alla nota 2.

Il nesso tra differenziazione regionale e sussidiarietà verticale, poiché comporta lo spostamento delle decisioni verso un livello di governo più vicino agli interessati e cioè il livello regionale, favorisce, come osservato da acuta dottrina⁴⁶, l'accrescimento dei meccanismi di sussidiarietà orizzontale, che potrebbe indirettamente, e quasi inaspettatamente, uscirne rafforzata, sebbene dall'esame delle vicende accadute attorno al regionalismo differenziato questo aspetto sembra restare più in ombra.

Il riconoscimento di una prospettiva siffatta funge da correttivo a qualsiasi eccesso di regionalizzazione delle funzioni amministrative, poiché avvalorata l'idea che una volta realizzato un trasferimento di poteri dallo Stato alle regioni, queste sarebbero comunque tenute ad applicare nei rapporti con i loro enti locali i criteri allocativi declinati nell'art. 118 Cost.

E non solo: l'esercizio di ulteriori forme e condizioni di autonomia concesse alle regioni che ne facciano richiesta, non può non tener conto dell'altro profilo della sussidiarietà che è poi quello che meglio incarna il principio personalista e pluralista proprio della nostra Costituzione⁴⁷.

Se così è, il principio di sussidiarietà, nella sua doppia declinazione, può anche fungere da elemento di contenimento di istanze territoriali di differenziazione che si spingano troppo in là, forzando il principio egualitario sia all'interno dei propri territori, che all'esterno di essi nei rapporti con gli altri territori. E deve convenirsi, sempre nella logica della sussidiarietà, che l'ampliamento di autonomia prefigurato nella clausola di asimmetria non possa estendersi automaticamente a tutte le materie ivi previste e a tutte le regioni che ne facciano richiesta, non solo perché a ragionare diversamente si assisterebbe alla disattivazione, parziale o totale, del Titolo V e dell'intero sistema da questo delineato⁴⁸, ma soprattutto perché, in applicazione della sussidiarietà e dei criteri che ad essa presidono, le richieste di differenziazione regionale devono essere 'ragionevoli' e perciò supportate da una motivazione che ne giustifichi la coerenza con il sistema di riferimento⁴⁹.

Ancora una volta il principio personalista che anima la Costituzione funge da criterio di orientamento di quelle scelte che potrebbero portare alla disgregazione del sistema se lasciate agli egoismi e alla visione particolarista e contingente della classe politica⁵⁰.

⁴⁶ E. GIANFRANCESCO, *Sussidiarietà orizzontale e regioni: alla ricerca della prescrittività*, in *Amministrazione in cammino* (20 gennaio 2018), 3.

⁴⁷ F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, 53, 2007, 6.

⁴⁸ Sempre A. POGGI, *op. ult. cit.*, 95.

⁴⁹ Insiste sulla necessità della motivazione A. POGGI in vari scritti ed in *op. ult. cit.*, 97.

⁵⁰ A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato*, cit., 25 ss.

Abstract

L'articolo, prendendo spunto dalla vicenda relativa alla attuazione del regionalismo differenziato previsto dal terzo comma dell'art. 116 della Costituzione, propone una lettura dei nessi esistenti tra differenziazione regionale e sussidiarietà verticale. Tali nessi si apprezzano sia laddove la differenziazione regionale riguarda una particolare e diversa distribuzione di competenze legislative tra enti; sia laddove comporti l'allocazione di funzioni e compiti amministrativi in considerazione delle diverse caratteristiche degli enti riceventi. In questa prospettiva la differenziazione regionale si caratterizza in funzione attuativa della sussidiarietà e si pone in relazione con l'intero quadro costituzionale dei principi fondamentali che connotano il sistema delle autonomie territoriali.

Useful implementation of Art. 116.3 of the Constitution through the principle of subsidiarity.

by Valentina Prudente

The article, getting ideas from the matter relating to the implementation of differentiated regionalism provided by the third paragraph of Art. 116 of the Constitution, proposes a reading of links between regional differentiation and vertical subsidiarity. These links are valued both if regional differentiation concerns a particular and different distribution of legislative powers among entities; and whether if it involves allocation of administrative functions related to different characteristics of receiving entities. In this perspective, regional differentiation is characterized by implementation of subsidiarity and is related to the entire constitutional framework of fundamental principles that typify our system of territorial autonomies.

Le “asimmetrie fiscali” tra Regioni italiane: stato dell’arte, criticità e prospettive

di Patrizia Accordino

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le origini delle “asimmetrie” e lo *status quo* del federalismo fiscale. – 3. Il regionalismo differenziato: istanze in itinere e ultimi risvolti. – 4. Le nuove asimmetrie al vaglio dei principi cardine della “Costituzione fiscale” – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il regionalismo differenziato è nozione elaborata con l’introduzione, nel novellato art. 116 Cost., del comma 3 che prevede la possibilità per le Regioni a statuto ordinario di concordare con lo Stato “altre forme e condizioni particolari di autonomia” circoscritte a tutte le potestà concorrenti individuate nell’art. 117 e ad alcune di quelle per cui è prevista la potestà esclusiva. Esse – diverse da Regione a Regione – si affiancheranno a quelle inizialmente delineate dalla Carta costituzionale¹ a favore delle Regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano.

Il “disegno”, talmente ampio da involgere profili di diritto costituzionale, amministrativo, finanziario e tributario, segnatamente all’ultimo ambito evidenzia una centrale problematica applicativa, cioè la clausola di invarianza finanziaria contenuta nelle pre-intese già concluse che preclude nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Il finanziamento di questi spazi di autonomia differenziata dovrebbe essere, quindi, sostenuto dalle entrate delle Regioni che li richiederanno.

All’evidenza, invece, analizzando anche sommariamente il contenuto dei preaccordi formulati dalla Lombardia, dal Veneto e dall’Emilia Romagna, l’impianto di fondo lascia trapelare l’intento di tenere ferme le risorse all’interno del territorio della Regione proponente e di condizionarne l’utilizzo a favore di chi in essa risiede, con il concreto rischio di intaccare i diritti sociali fondamentali, a causa della ricaduta sulla distribuzione delle risorse complessive tra Regioni.

Le regole di contribuzione al sostenimento della spesa pubblica vigenti, tuttavia, sono sempre basate sul “binomio” di valori costituzionali ritraibili dall’interpretazione congiunta degli articoli 2 e 53 della Costituzione, cioè di un generale

¹ Sempre l’art. 116 Cost., nel primo comma stabilisce che le Regioni a statuto speciale e le due Province autonome di Trento e Bolzano, «dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia» che trovano il loro punto di riferimento nei singoli statuti. È il primo riscontro nel nostro ordinamento di un trattamento peculiare per ogni insieme di soggetti riconosciuti politicamente in un’area geografica definita; cfr. C.D. TARLTON, *Symmetry and asymmetry as element of federalism: a theoretical speculation*, in *J. Pol.*, 1965, 861 ss.

dovere di solidarietà economica all'interno del quale tradizionalmente si espande il principio di capacità contributiva. Difatti, nell'attuazione del federalismo fiscale era stata considerata imprescindibile l'identificazione dei costi e fabbisogni standard cioè della quantificazione finanziaria dei livelli essenziali delle prestazioni² (LEP), riservati dall'art. 117 Cost., alla legislazione esclusiva dello Stato.

È, dunque, chiara l'esigenza di preordinare la concreta operatività del regionalismo differenziato – per preservare la neutralità e il mantenimento della coesione sociale – alla attuazione dei fattori appena individuati. Tale impostazione sembra avere la condivisione dell'attuale esecutivo visto che la bozza di legge cornice sulle autonomie che il ministro per le Regioni Francesco Boccia ha inviato di recente ai Governatori³ se ne occupa in modo specifico.

Altrettanto necessario è promuovere alcuni spazi di autonomia tributaria che assicurerebbero alle Regioni la concreta possibilità di finanziare le nuove condizioni senza alterare l'equilibrio complessivo.

2. *Le origini delle “asimmetrie” e lo status quo del federalismo fiscale*

La riforma del titolo V del 2001 della Costituzione segna la nascita del c.d. “federalismo fiscale”.

L'inciso utilizzato per la prima volta da Richard Musgrave nel 1959⁴, non è mai citato nell'ambito delle disposizioni interessate ma ha rappresentato il punto di riferimento per la modifica legislativa e per la successiva evoluzione storico-politica, fortemente condizionata dalle istanze della Lega lombarda.

Da un punto di vista semantico, peraltro, non vi è corrispondenza tra il termine e la struttura derivata dalla legge che ne vincola i principi generali a una nozione di coordinamento con un incastro profondamente diverso da quello dei più noti sistemi: un vero modello federale, come quello svizzero e americano, comporterebbe, infatti, l'attribuzione all'ente locale del potere e della responsabilità politica di introdurre e applicare i tributi per la copertura integrale delle spese di funzionamento, prevedendo il trasferimento di ciò che residua allo Stato⁵.

Inizialmente, l'obiettivo era la ripartizione di competenze finanziarie relative a più livelli di governo, al fine di porre le basi per la transizione graduale verso un finanziamento di ciascun ente locale con entrate proprie.

Si voleva, cioè, almeno in via tendenziale, dall'autonomia finanziaria pervenire all'autonomia tributaria, concetti differenti.

² Come è noto, si tratta della sanità, dell'assistenza sociale, dell'istruzione scolastica e del trasporto pubblico locale

³ G. SANTILLI, *Autonomie, legge quadro pronta*, in *Sole 24 Ore*, 10 novembre 2019, 2.

⁴ R.A. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance*, New York, 1959, *passim*.

⁵ G. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario i principi generali*, Vicenza, 2016, 88 ss.

L'autonomia tributaria⁶ attribuisce a un ente dato il potere di agire normativamente istituendo e disciplinando le proprie entrate di natura tributaria; l'autonomia finanziaria, invece, può essere – e fondamentale è stata fino ad oggi nel nostro Paese – non necessariamente connessa a quella tributaria in quanto le istituzioni decentrate garantiscono le proprie funzioni attraverso le entrate extratributarie e i trasferimenti erariali.

L'autonomia federalista della legge delega n. 42 del 2009 è il frutto della necessità di contemperare i *desiderata* del principale attore politico della riforma con il quadro economico-sociale del nostro Paese e con l'esigenza di attuare quantomeno l'autonomia finanziaria⁷ degli enti locali, già delineata *in nuce* nella Costituzione del 1948 e, in particolare, negli art. 5 e 119.

Per questo motivo si prende in considerazione, per il sostenimento della spesa pubblica degli enti territoriali, sia la possibilità di sfruttare eventuale gettito ricavabile da tributi che colpiscono la ricchezza prodotta nel territorio e la cui istituzione e gestione sia demandata agli enti territoriali, che il riparto delle risorse tra diversi livelli di governo⁸, senza alterare gli equilibri preesistenti e il criterio di progressività, nè violare il principio di capacità contributiva ai fini del concorso alle spese pubbliche e rispettando la razionalità e coerenza dei singoli tributi e del sistema tributario.

Il sistema delineato è stato considerato meno riconducibile a un *federalismo competitivo*⁹ – che stimola le Regioni ad enfatizzare le proprie peculiarità per attrarre risorse e genera come ricaduta un miglioramento generale – e più rispondente ad un *federalismo cooperativo*, che non prescinde anzi pressochè integralmente dipende dal coordinamento statale e dalla necessità degli interventi perequativi ed attribuisce allo Stato la determinazione dei livelli delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili.

Questo aspetto non deve essere necessariamente visto in senso negativo: nel condividere il pensiero di chi¹⁰ afferma che la competizione prevede la parità

⁶ A. AMATUCCI, *Autonomia finanziaria e tributaria*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 2002, 1 ss.; F. GALLO, *L'autonomia tributaria degli enti locali*, Bologna 1979, *passim*; A. GIOVANARDI, *L'autonomia tributaria degli enti territoriali*, Milano, 2005, 60 ss.; G. BIZIOLI, *L'autonomia finanziaria e tributaria regionale*, Torino, 2012, 50 ss.

⁷ Secondo F. AMATUCCI, *I principi e le competenze degli enti locali in materia tributaria*, in AA.VV., *Il nuovo sistema fiscale degli enti locali*, Torino, 2010, 1 ss., è una autonomia integrata da collaborazione tra enti minori e interventi coordinativi del livello sovraordinato per garantire, dal punto di vista finanziario la corrispondenza tra entrata e spesa.

⁸ M. AULENTA, *Velleità e rattrappimenti tributari negli assetti finanziari degli enti territoriali*, in *Riv. Dir. Fin. e Sc. Fin.*, 2017, 467 ss.

⁹ Per una definizione di federalismo competitivo e cooperativo cfr. B. BALDI, *Il federalismo competitivo: l'Italia in prospettiva comparata*, in *Teoria Politica*, 2009, 95 e ss. e G. BIZIOLI, *L'autonomia finanziaria e tributaria regionale*, cit., 47 ss.

¹⁰ A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Dir. pubbl. eur. online*, 2019, 29 ss.

delle armi dei concorrenti si rileva che l'idea di promuovere le migliori performance per stimolare l'efficienza in un quadro non organico come quello della nostra nazione può concretamente comportare che chi non può raggiungere certi livelli peggiori la propria condizione¹¹. Il modello cooperativo, peraltro, può costituire lo strumento per arginare le tendenze accentratrici consentendo agli enti locali di partecipare più attivamente ai processi decisionali¹².

La riforma ha subito una fase di stallo dovuta ad alcune istanze di consolidamento della competenza statale giustificate da obiettive congiunture economiche e alla non secondaria necessità, a carico di ogni pubblica amministrazione comprese quelle locali, di garantire l'equilibrio finanziario previsto dal cd. *Fiscal Compact*¹³ che ha accentuato questa tendenza a centralizzare, principalmente per controllare il versante delle spese.

In atto, il finanziamento delle Regioni a statuto speciale, che non era stato intaccato più di tanto dalle modifiche legislative¹⁴, continua ad essere basato prevalentemente su quote di gettito di tributi erariali riscossi nel territorio. Basti pensare che la Regione Sicilia ha la possibilità di trattenere ampia parte dei tributi erariali ivi riscossi mantenendo un *privilegio finanziario*¹⁵ che, peraltro, non ha garantito l'autonomia piena sperata, vista la non integrale copertura dell'esercizio delle funzioni fondamentali.

Rimane, invece, a tutt'oggi praticamente non sfruttata¹⁶ l'ampia potestà impositiva che deve essere esercitata in armonia con i "principi del sistema tribu-

¹¹ F. GALLO *Limiti del regionalismo differenziato*, in *Rass. trib.*, 2019, 239 ss.

¹² O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid Rass.*, 2017, 14 ss. e G. PETRILLO, *Profili finanziari del regionalismo differenziato: prospettive e limiti*, in *Dir. pubbl. eur. rass. online*, 2019, 47 ss.

¹³ Il termine è comunemente utilizzato per indicare il Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'Unione economica e monetaria approvato il 2 marzo 2012 dagli Stati Membri dell'Unione europea, entrato in vigore l'1 gennaio 2013 e ratificato dal nostro Paese con la legge n. 144 del 2012. Al suo interno sono disciplinate le c.d. "regole d'oro", vincolanti nell'UE a tutti i livelli, anche locali, per assicurare il rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio. Cfr.: F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli Enti territoriali*, *Rass. trib.*, 2014, 1199 ss. e R. MICELI, *Autonomia tributaria degli Enti territoriali minori e Fiscal Compact: la rilevanza dei vincoli finanziari*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 1066 ss.

¹⁴ Cfr. G. BIZIOLI, *Federalismo fiscale*, in *Dig. discipl. priv. sez. comm.*, Agg. *****, Torino, 2012, 360 ss.

¹⁵ Cfr. L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000, 20. Sulla *specialità regionale* della Regione Sicilia, si veda V. PRUDENTE, "Differenziazione" e *specialità regionale alla luce del recente tentativo delle Regioni del Nord di ottenere "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia"*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive – Atti del IV Convegno annuale della rivista Diritti Regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Torino, 2000, 749 e ss.

¹⁶ Scrive L. ANTONINI, *L'assetto finanziario delle autonomie speciali tra pseudo vincoli di sistema, opzioni politiche e prospettive*, in *Giur. cost.*, 2015, 2358 ss. che «tutte le autonomie speciali, che risultano avere fatto un uso assai sobrio dei poteri impositivi ad esse assegnati».

tario statale” e consiste in una autonomia tributaria *primaria* – avente come limite generale la ragionevolezza nell’imposizione del medesimo fatto economico – e nei c.d. tributi propri derivati, istituiti dallo Stato ma il cui gettito è destinato al finanziamento del bilancio regionale e su cui la Regione può intervenire in via specifica in relazione al *range* dell’aliquota e alla definizione di agevolazioni.

Il finanziamento delle competenze delle Regioni a statuto ordinario, meglio delineato nel D.Lgs. 6 maggio 2011, n. 68, ha portato alla graduale eliminazione del sistema di trasferimenti statali a favore della compartecipazione al gettito di tributi statali e delle addizionali. Anche in questo ambito l’ampia potestà impositiva basata sulla possibilità di istituire tributi propri e godere di tributi propri derivati è rimasta lettera morta vanificando l’obiettivo di tendenziale correlazione tra prelievo fiscale e beneficio connesso alle funzioni esercitate e tra responsabilità finanziaria e amministrativa e rispetto dei principi di territorialità e continenza¹⁷.

Come anticipato in premessa, per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l’effettivo esercizio dei diritti della persona, si era disposta l’introduzione del fondo perequativo senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale pro-capite e di risorse aggiuntive ed interventi speciali *per scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni*¹⁸. Il fondo era stato delineato contemplando sia la perequazione verticale (dal centro verso gli enti territoriali) che orizzontale (da enti più ricchi ad enti più poveri) attribuendone alla legge statale la direzione e la misura. Un ruolo preponderante era stato ritagliato per i LEP in quanto la differenza tra il costo standard e le risorse fiscali dell’ente avrebbe dato corpo ai meccanismi perequativi già individuati nell’art. 119 Cost.¹⁹. Per il loro finanziamento era previsto il superamento graduale, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica a favore del fabbisogno standard la cui ricognizione era demandata all’esecutivo, seppur riservandone la determinazione espressa alla legge, come era previsto dall’art. 117 Cost.

Quest’ultima parte non era stata più presa in considerazione ma, da un certo momento in poi, si sono moltiplicate le istanze di attuazione della asimmetria prevista dall’art. 116 c. 3 della Costituzione, cioè il regionalismo differenziato che, per lungo tempo, era stata considerato la *Cenerentola* del Titolo V²⁰.

¹⁷ A. URICCHIO, *Tributi regionali propri e impropri alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione e dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Fin. loc.*, 2006, 24 ss. e D. STEVANATO, *I «tributi propri» delle Regioni nella legge delega sul federalismo fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, I, 395 ss.

¹⁸ Sial il fondo perequativo che le risorse addizionali erano previste dal c. 5 dell’art. 119 Cost.

¹⁹ Così A. PARLATO, *Federalismo regionale e costi standard*, in AA.VV., *Riforma della contabilità pubblica. Avvio del federalismo fiscale e adeguamenti organizzativi*. Atti del Convegno Palermo 4-5 marzo 2011, 291 ss.

²⁰ Cfr. F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 2017, 689 ss.

3. *Il regionalismo differenziato: istanze in itinere e ultimi risvolti*

L'autonomia che fa capo al regionalismo differenziato prevede la consultazione delle realtà locali, una intesa Stato Regioni ed infine l'emanazione di una legge del Parlamento approvata a maggioranza assoluta.

In atto, sono stati conferiti ai presidenti i poteri per portare avanti gli accordi in 7 Regioni e vi sono altri contatti iniziali, ma esistono solo tre distinti *accordi preliminari* sottoscritti dal rappresentante del Governo, e dai presidenti delle tre regioni Emilia Romagna, Lombardia e Veneto il 28 febbraio 2018.

In essi si individuano alcuni criteri generali, le modalità di attuazione sostanzialmente devolute ad una apposita commissione paritetica Stato-Regioni e un primo elenco di competenze rilevanti per giungere all'intesa.

Esaminando gli aspetti eminentemente fiscali, alla luce della citata clausola di invarianza finanziaria, emergono riferimenti estremamente sintetici e sostanzialmente riconducibili ad una autonomia finanziaria legata alla compartecipazione o riserva di aliquota al gettito di uno o più tributi erariali maturati nel territorio regionale. Dell'autonomia tributaria non v'è traccia.

Questa scelta, in mancanza di indicazioni più precise, ha riportato a galla l'ipotesi di voler assicurare la copertura finanziaria sul ben noto meccanismo del *residuo fiscale*, vale a dire della differenza tra quanto le predette Regioni versano allo Stato in ragione dell'imposizione e l'importo di ciò che viene riversato dallo Stato stesso come spesa per servizi sul medesimo territorio.

Il concetto era stato aspramente stigmatizzato dalla Corte costituzionale in occasione dei referendum promossi in Veneto per valutare le proposte di regionalismo differenziato e fortemente criticato da alcuni tra i più importanti studiosi di diritto costituzionale²¹ poiché nettamente in contrasto con i doveri costituzionali di solidarietà e con l'art. 119 Cost.

Accettare l'applicazione del meccanismo del residuo fiscale, come sottolineato da condivisibile dottrina²², renderebbe concreto il rischio che il regionalismo differenziato si risolva in un espediente delle Regioni più ricche per *sottrarsi al dovere costituzionale di solidarietà verso le aree economicamente più deboli del Paese*, effettuando a proprio favore una redistribuzione interregionale delle risorse statali. Basti pensare che la Regione Veneto²³ pretenderebbe i 9/10 del gettito dei prin-

²¹ E. BALBONI, *L'attuazione del regionalismo differenziato: la differenziazione non implica di per sé disegualianza*, in *Quad. Cost.*, 2019, 444 ss., il quale afferma espressamente che nel nostro ordinamento costituzionale pensare di spendere imposte e tasse raccolte in un territorio a beneficio dello stesso è impensabile; G. VIESTI, *Autonomia differenziata: un processo distruttivo*, in Il Mulino, 2019, 410 ss. e M. AINIS, *La fiera degli egoismi*, in Repubblica, 2019, 26.

²² Cfr. F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, in *Federalismi*, 2018, 1 ss.

²³ Come si legge nel progetto di legge statale n. 43 del 15 novembre 2017.

cipali tributi erariali raccolti dai contribuenti residenti e la contestuale cancellazione o ampia riduzione della perequazione.

L'altro aspetto rilevante è che nelle intese si è disposto che le risorse per finanziare integralmente le funzioni pubbliche attribuite alle Regioni dovranno essere parametrate *inizialmente* alla spesa storica sostenuta dallo Stato nella Regione di riferimento, avendo riguardo alle funzioni trasferite o assegnate a ognuna. Entro un anno dall'approvazione dell'intesa e, comunque non oltre un quinquennio, si dovrà usare come criterio di riferimento il fabbisogno standard misurato *in relazione alla popolazione residente* e al *gettito dei tributi maturati nel territorio regionale in rapporto ai rispettivi valori nazionali*, rimanendo inalterati gli attuali livelli di erogazione dei servizi. Determinati i LEP, essi dovranno essere assicurati su tutto il territorio nazionale anche attraverso la perequazione infrastrutturale. La bozza di legge cornice citata in premessa sembra, peraltro, ovviare alla loro mancata identificazione in quanto prevede la definizione dei *livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i relativi fabbisogni standard* e aggiunge che il loro raggiungimento su tutto il territorio sarà garantito anche dalla perequazione infrastrutturale delineata nell'art. 22 della legge n. 42 del 2009.

Sembra, dunque, che si sia compreso che bypassare i LEP pervenendo all'attuazione del regionalismo differenziato senza un coordinamento unitario effettivo da parte dello Stato comporterebbe il concreto rischio di creare un sistema di asimmetrie a tre diverse velocità rischioso e non in linea con il quadro costituzionale che si era inizialmente delineato. La loro determinazione, tuttavia, appare affidata ad uno o più decreti del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti i Ministri di volta in volta competenti, entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa. Per l'attuazione delle attività predette il Ministro per gli affari regionali e le autonomie si avvale quale Commissario, del Dirigente preposto alla struttura di livello dirigenziale generale del Ministero dell'economia e delle finanze competente per materia. Non sembra, in sostanza, che si rispetti la riserva di legge prevista dall'art. 117 Cost., quantomeno con riguardo ai LEP e, più in generale, quella contenuta nell'art. 116 c. 3 paventando, come temuto da alcuni lungimiranti studiosi²⁴ della tematica, che l'esecutivo trasponga nei documenti il contenuto degli accordi fatti con le Regioni non consentendo il vaglio critico del Parlamento.

4. *Le nuove asimmetrie al vaglio dei principi cardine della “Costituzione fiscale”*

Nel confrontarsi con una prospettabile attuazione del regionalismo differenziato si devono considerare alcuni principi costituzionali che, per il diritto

²⁴ A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Dir. pubbl. eur. rass. online*, 2019, 2 ss. e A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, cit., 29 ss.

tributario, costituiscono termini di riferimento per valutare criticamente i nuovi istituti. Se il rispetto del principio di riserva di legge²⁵, ex art. 23 Cost. relativamente ai tributi intesi come prestazioni imposte di carattere patrimoniale assume in questo caso contorni più consoni ai costituzionalisti, lo studioso di diritto tributario deve soffermarsi sulla compatibilità del quadro provvisorio con gli articoli 2 e 53 della Costituzione nella loro operatività congiunta.

Il generale dovere di solidarietà economica assicura in via diretta l'attuazione delle esigenze primarie ed in via mediata l'equilibrio sociale e politico²⁶. All'interno della finalità diretta trova la sua genesi il principio di capacità contributiva sotteso all'art. 53 Cost. Si ritiene²⁷ che il legislatore costituente abbia formulato la norma con l'obiettivo di riservare a quello ordinario il potere di determinare razionalmente i criteri di ripartizione tra i consociati per il concorso al sostenimento della spesa pubblica sindacandone la congruità anche in presenza di esigenze ulteriori dell'ordinamento, garantendo coerenza interna al sistema tributario e salvaguardando sempre il minimo vitale. Il principio è considerato²⁸ in diritto tributario il fondamento e il limite dell'attività d'imposizione e, in linea generale, deve essere armonizzato con il concetto di territorialità²⁹, ex art. 119 Cost.

Quest'ultimo, costantemente in divenire, impone al soggetto che appartenga contemporaneamente a più ambiti territoriali di rispettare tutti i doveri contributivi che fanno capo a ciascuno di essi. Alcuni interessi, come quelli strettamente riconnessi ai diritti fondamentali dei consociati, rimangono sempre radicati presso l'Ente vertice, che è quello impegnato a trovare una corretta e opportuna sintesi³⁰ tra le ragioni dell'autonomia e il diritto del cittadino contribuente – la

²⁵ Sul principio di riserva di legge in diritto tributario cfr.: L. ANTONINI, *Art. 23*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 484 ss.; A. BERLIRI, *Appunti sul fondamento e sul contenuto dell'art. 23 Cost.*, in *Studi per A.D. Giannini*, Milano, 1961, 171 ss.; Fedele A., *La riserva di legge*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, I, Padova, 1994, 157 ss.; M. LONGO, *Saggio critico sulle finalità e sull'oggetto dell'art. 23 Cost.*, Torino, 1968, *passim*; F. SORRENTINO, R. BALDUZZI, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989, 1209 ss.; S. CIPOLLINA, *La riserva di legge in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in L. PERRONE, C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 163 ss.

²⁶ Cfr. G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 349 ss.

²⁷ Cfr. A. FEDELE, *Corrispettivi di pubblici servizi, prestazioni imposte, tributi*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1971, II, 3 ss.

²⁸ Sul principio di capacità contributiva cfr.: F. BATISTONI FERRARA, *Capacità contributiva*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, III, Milano, 1999, 345 ss.; P. BORIA, *Capacità contributiva*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, (a cura di), cit., 1055 ss.; E. DE MITA, *Capacità contributiva*, in *Dig. disc. priv. Sez. comm.*, II, Torino, 1987, 454 ss.; A. FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva nella Costituzione italiana*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 14 ss.; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, *passim*.

²⁹ Cfr., per Tutti, G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, *passim*.

³⁰ Cfr. A. GIOVANARDI, *L'autonomia tributaria degli enti territoriali*, 64 ss. e 267 ss.; E. DELLA

cui soggettività passiva è individuata avendo riguardo al prelievo complessivo – a non subire discriminazioni.

Considerando, peraltro, il secondo comma dell’art. 53 Cost., il principio di progressività del sistema tributario nella sua interezza, il binomio solidarietà economica-capacità contributiva esalta la funzione redistributiva ottemperando alla rimozione degli ostacoli di vario ordine che impediscono il raggiungimento di un equilibrio economico-sociale previsti dal secondo comma dell’art. 3 Cost., in termini di uguaglianza sostanziale la quale, a sua volta, trova nella capacità contributiva la sua espressione economica³¹.

L’interpretazione dell’art. 53 Cost., infine, deve essere sistematica rispetto al titolo IV che regola i rapporti politici: la prospettiva di riferimento, come condivisibilmente affermato³², resta, dunque, legata in via principale, al nesso Repubblica-cittadini e al considerare sempre che una operatività non efficiente del livello basso impone la devoluzione della funzione al livello superiore.

D’altra parte, condivisibile e pregevole dottrina³³ riteneva in tempi non lontani che «oggi più che mai la capacità contributiva è usbergo contro il pericolo di abusi del legislativo e dell’esecutivo la cui indispensabilità può sfuggire solo a chi non vuol vedere e non vuol sentire».

Si rileva, invece, che ci sia un equivoco basato sul tentativo di soppiantare il concetto di capacità contributiva con quello di capacità fiscale degli enti territoriali: più volte nelle disposizioni sulle asimmetrie si sottolinea che le risorse attribuite agli enti territoriali nell’attuazione di meccanismi perequativi sono condizionate nel *quantum* alla capacità fiscale³⁴, vale a dire al gettito potenzialmente ottenibile da un ente facendo riferimento alle proprie entrate in condizioni neutrali.

Nondimeno, che il sistema perequativo richieda che vengano azzerate le differenze di capacità fiscale fra enti non significa poter soppiantare la capacità contributiva – unico elemento di effettiva corrispondenza tra soggetto passivo

VALLE, *Il principio di capacità contributiva nella combinazione di tributo erariale e locale*, in M. LECCISOTTI, P. MARINO, L. PERRONE L. (a cura di) *L’autonomia finanziaria degli enti locali territoriali*, Roma, 1994, 540 ss. e A. FANTOZZI, *Riserva di legge e nuovo riparto della potestà normativa in materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, 3 ss.

³¹ Cfr. F. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2013, 29 ss.

³² Secondo G. FRANSONI, *La territorialità dei tributi regionali e locali. Dal precetto costituzionale alla legge delega*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 897 ss., è pur vero che il sistema della legge delega promuove le autonomie locali ma non si può negare che gli enti locali sono parti di un sistema più vasto e che gli interessi facenti capo ai diversi livelli di governo sono tra loro allo stesso modo interdipendenti in linea con il principio di sussidiarietà.

³³ Cfr. G. FALSITTA, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, 889 ss.

³⁴ Scrive C. GARBARINO, *Federalismo fiscale in Italia: dalla finanza derivata al modello a struttura variabile*, in www.supsi.it, 2008, 1 ss. che il concetto è, per la prima volta, citato nella riforma del titolo V nell’art. 119 Cost. In particolare, il rapporto tra l’ammontare del gettito relativo ad ogni specifico ente territoriale ed il numero di abitanti di tale ente costituisce il gettito *pro capite*.

dell'imposizione e suo indice di contribuzione complessivo – con un coefficiente di carattere territoriale. In una deriva siffatta, come è stato correttamente rilevato³⁵, si regolerebbero i rapporti finanziari tra gli enti piuttosto che «quelli giuridici ed economici tra Stato e consociati», quasi a voler affermare che sono i territori a pagare le imposte e non i singoli contribuenti. A ciò, peraltro, si aggiunga che i meccanismi perequativi di redistribuzione sono e dovrebbero rimanere in mano allo Stato il quale raccoglie e ridistribuisce avendo come punto di riferimento il principio di capacità contributiva e, quindi, guardando globalmente alle esigenze dei cittadini con redditi più bassi.

Per altri versi, l'impostazione tradizionale³⁶ spinge ad osservare che una vera autonomia finanziaria dovrebbe essere autonomia tributaria e assicurare principalmente l'esercizio della potestà legislativa primaria riconnettendola, in generale per le autonomie locali, ai tributi paracommutativi, ai tributi locali immobiliari – con un presupposto riconducibile al territorio – e ai tributi di scopo intesi come finanziamenti di specifiche attività. In presenza, di indici di capacità contributiva diversi da quelli tradizionali e connessi all'ambito territoriale sarebbe, infatti, possibile sperimentare nuove forme di imposizione come quelle riconducibili alla sostenibilità, alla green economy e ai flussi turistici. Tutte ipotesi che possono assicurare – se adeguatamente delineate e studiate prima di essere messe a regime – una effettiva autonomia differenziata che non vada ad incidere sull'equa distribuzione delle risorse statali e possa aggirare il rischio di duplicazione della base imponibile in quanto connessa a una controprestazione o ad un servizio erogato dall'Ente territoriale al contribuente. Per determinare il dovuto, peraltro, si prende in considerazione il costo complessivo del servizio assicurando il rispetto dei doveri di solidarietà economica e non incidendo sul riparto della contribuzione e sulla perequazione.

5. Conclusioni

Il nuovo sistema che si vuole stimolare appare certamente pieno di potenzialità avendo riguardo alle possibilità incentivare lo sviluppo e le forme di collaborazione.

³⁵ Cfr. A. GIANNOLA, G. STORNAIUOLO, *Una analisi delle proposte avanzate sul federalismo differenziato*, in *Riv. econ. Merz.*, 2018, 5 ss., i quali sottolineano che non si pone al centro della prospettiva «il rapporto Repubblica-cittadini, caratterizzato dai reciproci doveri (garanzia universale di diritti di cittadinanza in corrispettivo del concorso al finanziamento in funzione della rispettiva capacità contributiva)».

³⁶ Cfr.: A. GIOVANARDI, *L'autonomia tributaria degli enti territoriali*, cit., 195 ss.; M. BASILAVECCHIA, L. DEL FEDERICO, F. OSCULATI, *Il finanziamento delle Regioni a statuto ordinario mediante tributi propri e compartecipazioni: basi teoriche ed evidenza empirica nella difficile attuazione dell'art. 119 della Costituzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 669 ss.; e F. GALLO, *I principi del federalismo fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, I, 12 ss.

Le parole del Presidente del Consiglio Conte lasciano sperare in una seria intenzione di dare corso a questo progetto preordinandovi quantomeno i modelli di perequazione delineati nell'ambito del federalismo fiscale e muovendosi con la determinazione di assicurare il rispetto del principio di coesione nazionale e di solidarietà economica. Egli, infatti, nel dichiarare l'impegno dell'attuale Governo per l'attuazione del regionalismo differenziato, ha affermato che la logica della “geometria variabile” deve tenere conto «delle peculiarità e delle specificità delle diverse realtà territoriali» ma anche «della solidarietà nazionale».

La Conferenza delle Regioni si è contestualmente premurata di mettere in luce come tale ultimo aspetto debba essere più ampiamente declinato come solidarietà economica e sociale e dignità e eguaglianza dei diritti civili e sociali assicurando l'esercizio dei diritti della persona e la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni. Un agire differente determinerebbe, infatti, un aumento del divario economico disattendendo integralmente quelli che erano gli obiettivi sottesi alle modifiche al titolo V della Costituzione.

Nondimeno, non si può non sottolineare come tale salvaguardia sia condizionata anche dalle vicende politiche altalenanti e fortemente pendenti verso derive sovraniste che caratterizzano il nostro Paese in questi tempi.

Meccanismi come il residuo fiscale, portati avanti dalle Regioni come il Veneto e la Lombardia sono, infatti, forieri di conflitto e di perpetrazione delle diseguaglianze come testimoniano i tentativi posti in essere in relazione al finanziamento delle Università e la incauta distribuzione delle risorse per le esigenze sanitarie nazionali.

Non si può, difatti, stabilire sulla base della capacità fiscale, la cui equivocità si spera di aver chiarito, che la quasi totalità del gettito debba essere trattenuto nel territorio regionale, ferme restando le risorse complessive dello Stato. In questo modo si crea una distorsione nel godimento dei diritti fondamentali dipendente dal condizionamento alla ricchezza del territorio.

Di conseguenza, preliminare è la determinazione dei LEP la cui impostazione conclusiva, si auspica, sia demandata a una legge dello Stato, ma non è trascurabile il potenziamento dell'autonomia tributaria degli enti per sostenere, nel rispetto di una *neutralità solidale*, la correlazione tra risorse finanziarie e funzioni attribuite in nome dell'autonomia differenziata.

Abstract

L'articolo approfondisce il "regionalismo differenziato" in ambito tributario evidenziando le difficoltà applicative derivanti dalla clausola di invarianza finanziaria contenuta nelle pre-intese già concluse, che preclude nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Il finanziamento di questi spazi di autonomia differenziata dovrebbe infatti, essere sostenuto dalle entrate delle Regioni che li richiederanno. Nondimeno, da una prima analisi dei preaccordi già formulati, sembra che le Regioni proponenti intendano tenere ferme le risorse all'interno del territorio delle stesse e condizionarle a favore di chi in essa risiede, prefigurando, pertanto, il concreto rischio di intaccare i diritti sociali fondamentali, a causa della ricaduta sulla distribuzione delle risorse complessive tra Regioni. Le regole di contribuzione al sostenimento della spesa pubblica vigenti sono, tuttavia, ancora basate sul "binomio" di valori costituzionali riconducibili al generale dovere di solidarietà economica e al principio di capacità contributiva. È, dunque, chiara l'esigenza di preordinare la concreta operatività del regionalismo differenziato – per preservare la neutralità e il mantenimento della coesione sociale – alla attuazione dei predetti principi. È anche essenziale promuovere alcuni spazi di autonomia tributaria che assicurerebbero alle Regioni italiane la concreta possibilità di finanziare le nuove condizioni senza alterare l'equilibrio complessivo.

"Tax asymmetries" among Italian Regions:
state of the art, critical issues, and perspectives

by Patrizia Accordino

The article investigates the "asymmetrical regionalism" in the field of taxation, highlighting the difficulties in its application deriving from the financial invariance clause contained in the pre-agreements already concluded, which precludes new or greater burdens on public finance.

Financing these spaces of asymmetrical autonomy should, indeed, be supported by the revenues of the Regions requesting them. Nonetheless, an initial analysis of the pre-agreements already signed shows that the proposing Regions intend to keep resources within their territories conditioning them in favour of those who live there also envisaging the real risk of affecting fundamental social rights, due to the impact on the distribution of overall resources among all the Regions. However, the rules of contribution to public expenditure in force are still based on the "combination" of constitutional values tracing back

to the general duty of economic solidarity and the principle of ability to pay. It is, therefore, clear that the real application of asymmetrical regionalism – to preserve neutrality and maintain social cohesion – should be subordinated to the implementation of the aforementioned principles. Furthermore, promoting certain spaces of tax autonomy, eventually ensuring Italian Regions an effective possibility of financing the new conditions, without affecting the overall equilibrium, is essential.

Effetti dell'autonomia differenziata sulla combinazione funzionale dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Verso una riforma del regionalismo a Costituzione invariata?

di Luca Dell'Atti

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Art. 5 Cost. e declinazione procedimentale dei principi sussidiario e cooperativo. – 3. Organi e tecniche della cooperazione di un regionalismo (tendenzialmente) simmetrico. – 4. Il possibile impatto dell'autonomia differenziata sull'assetto cooperativo delle relazioni multi-livello: due scenari.

1. Note introduttive

Sussidiarietà e cooperazione sono principi coesenziali alla teorica e pratica della *governance* multi-livello, intesa quale insieme dei meccanismi flessibili di gestione delle competenze e delle politiche.

In tal senso, la sussidiarietà indica l'esigenza della valutazione circa l'adeguatezza di un certo polo esercente pubblico potere ai fini dell'adozione di atti in un determinato settore e/o circa l'opportunità dell'esercizio della corrispondente attività; la cooperazione viene in rilievo quale modello di reciproca considerazione fra i livelli di governo e contrattazione finalizzata alla ponderazione degli interessi in gioco e al compimento delle predette valutazioni.

I principi in commento, dapprima attecchiti nell'ordinamento europeo in ragione di condizioni politiche, economiche e giuridiche particolarmente favorevoli¹, hanno poi cominciato a circolare in quelli statali², imponendosi come regole generalizzate dei rapporti multi-livello domestici fra Stato centrale ed enti

¹ A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1041 ss. Il principio di sussidiarietà faceva ingresso nel diritto comunitario primario tramite l'art. 3B del Trattato di Maastricht, divenendo, poi, il principio funzionalistico che esplica le modalità di esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione a norma dell'art. 5, par. 3 TUE e del Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, nella sua classica ambivalenza: *favor* verso la prossimità della decisione al cittadino ed esercizio delle competenze a livello unionale se ed in quanto più adeguato dell'intervento statale (o sub-statale) e nel caso di inadeguatezza del secondo. Il principio di leale collaborazione, dal canto suo, è formula sintetica in grado di compendiare le regole di condotta che Stati membri e istituzioni unionali devono seguire nella gestione dei propri rapporti e, quindi, fra l'altro, nell'esercizio delle competenze non esclusive: serietà nell'eventuale negoziazione, proporzionalità dell'intervento, facilitazione ed astensione da condotte ostative dell'esercizio delle altrui attività.

² Al di là della capacità di penetrazione del diritto dell'UE negli ordinamenti interni, specialmente dovuto al principio di *primauté*, va rilevato come l'Unione sia formidabilmente in grado di veicolare modelli ed istituti giuridici propri nel diritto interno degli Stati membri.

sub-statali dotati (o meno) di autonomia politica³. Un tale recepimento è stato realizzato sia per tramite di formali revisioni dei testi costituzionali, sia di mutamenti a costituzione invariata tali, in ogni caso, da flettere le regole costituzionali del riparto.

In Italia, sussidiarietà e leale collaborazione hanno fatto ingresso testuale in Costituzione con la l. cost. 3/2001⁴, la quale, del resto, ha rappresentato un punto di flesso nell'andamento del regionalismo italiano, sopprimendo quegli istituti che davano al piano delle relazioni centro-periferia un aspetto visibilmente gerarchico⁵ e aprendo la strada – pur senza percorrerla del tutto – verso un assetto più flessibile delle competenze. Ma, come si mostrerà, la comparsa dei due principi nel nostro ordinamento è avvenuta, sul piano della legislazione ordinaria, ben prima della novella del 2001.

Scopo del presente contributo è studiare i possibili esiti dell'attivazione dell'art. 116 c. 3 Cost. sul vigente sistema delle *inter-governmental relations*. Per trattare del che conviene, prima, effettuare una breve trattazione del ruolo dei principi sussidiario e cooperativo nella Costituzione territoriale (§2) e del funzionamento delle strutture basilari del sistema dei raccordi fra Stato e Regioni (§3).

2. Art. 5 Cost. e declinazione procedimentale dei principi sussidiario e cooperativo

Già negli anni '60, con riguardo ai rapporti fra Stato e Regioni a Statuto speciale, il legislatore aveva cominciato a disciplinare moduli improntati alla collaborazione, esplosi dopo l'attuazione delle Regioni a Statuto ordinario in una disorganica congerie di organi a composizione mista, più tardi confluiti nella Conferenza Stato-Regioni. Frattanto, dottrina e Corte costituzionale si sforzavano di rifornire la leale collaborazione, rispettivamente, del fondamento teorico⁶

³ G. ROLLA, *L'evoluzione del principio unitario dall'unificazione alla Repubblica*, in *Quad. cost.*, 3/2011, 913 ss.; P. CIARLO, *Le nuove Regioni: vocazione all'economia territoriale, crisi del criterio di competenza e contrattualismo politico*, in *Nuove autonomie*, 6/2001, 776-7.

⁴ Benché la novella del 2001, invero, non abbia assegnato un valore generalissimo ai due principi, avendone, per così dire, limitato la portata, rispettivamente, al riparto di funzioni amministrative *ex art.* 118 Cost. e alla disciplina dei poteri sostitutivi *ex art.* 120 Cost.

⁵ Il riferimento è, specialmente, all'equiordinazione formale degli enti costituenti la Repubblica con la riformulazione dell'art. 114 Cost.; al ribaltamento del riparto della funzione legislativa e all'apertura di uno spazio di potestà regionale svincolata da strumenti di contenimento statale (vale a dire la competenza residuale di cui all'art. 117 c. 4 Cost.); alla decostituzionalizzazione del riparto delle funzioni amministrative e alla codificazione del *favor* nei confronti Comune nella titolarità di tali ultime.

⁶ Alle opinioni più accondiscendenti verso la previsione di moduli cooperativi (F. GABRIELE, *Il principio unitario nell'autonomia regionale. Studio critico sui nodi e sull'incidenza della funzione statale di indirizzo e coordinamento*, Milano, 1980; A. COSTANZO, *Modelli, principi e loro genesi nelle argomentazioni interpretative. Il caso della collaborazione fra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 1990, 2464 ss.; T. MARTINES, *Dal*

e di quello costituzionale, quest'ultimo infine rivenuto (niente meno che) nell'art. 5 Cost⁷.

Anche la sussidiarietà (in senso verticale) faceva la sua apparizione nel sistema tramite la fonte primaria, divenendo il cardine attorno al quale la l. 59/1997 delegava al Governo il trasferimento di funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni e, soprattutto, agli enti locali. Ben sottolineando il profilo maggiormente qualificante il canone in commento – vale a dire il *favor* verso l'ente più prossimo alla comunità attinta dall'attività amministrativa – la riforma cd. Bassanini apriva così la strada alla revisione costituzionale del 2001⁸. Autorevole dottrina sottolineava, altresì, come già prima della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà nell'art. 118 Cost. esso potesse essere individuato come latente nel sistema costituzionale, argomentando proprio dall'art. 5 Cost. i cui riferimenti all'autonomia e al decentramento andavano interpretati quali «dispositivi di sussidiarietà»⁹.

Molto più che in termini di processi assimilabili di ascensione al rango dapprima primario, poi costituzionale delle fonti e di medesima provenienza comunitaria, i principi di sussidiarietà e collaborazione condividono, dunque, il comune fondamento costituzionale nell'art. 5 Cost.

La connessione logico-giuridica fra i principi in commento emerge senz'altro con grande efficacia rispetto alle funzioni amministrative, il cui stesso riparto è decostituzionalizzato e rimesso a valutazioni di opportunità dei legislatori

regionalismo garantista al regionalismo cooperativo: un percorso accidentato, in AA.VV., *Una riforma per le autonomie*, Milano, 1986, 45 ss.; S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1971, 88 ss.) si contrapponeva una dottrina minoritaria che ne segnalava la contrarietà a Costituzione e, dunque, l'illegittimità (A. BARDUSCO, *Lo Stato regionale italiano*, Milano, 1980, spec. 217 ss.). Non mancavano, infine, posizioni più caute, decise, pur nel tentativo di ricercare appigli teorici legittimanti le prassi cooperative, ad evidenziarne il carattere di allontanamento dal testo costituzionale (ad es. A. D'ATENA, *Osservazioni sulla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni (e sul collaudo dell'autonomia originaria)*, in *Giur. Cost.*, 1972, 2011 ss.). Del resto, il metodo cooperativo non rappresenta solo l'inevitabile canone di funzionamento di competenze non predeterminate, come le funzioni amministrative a norma del novellato art. 118 Cost., ma anche l'altra faccia della medaglia del principio separatista, che, dal canto suo, continua a reggere il riparto delle funzioni legislative ex art. 117 Cost: cfr. R. BIFULCO, *Art. 5*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 132 ss.

⁷ Corte cost., 19/1997.

⁸ Non si trattava, per altro, solo di un mutamento nella logica dell'allocazione territoriale delle attribuzioni ma anche di una rinnovata declinazione della democrazia locale costruita attorno alla preferenza dell'allocazione della decisione in capo all'autorità più direttamente controllabile (e sanzionabile) dall'elettorato, in coerenza, del resto, con le riforme elettorali che da qualche anno avevano previsto l'elezione diretta del sindaco e del Presidente della provincia, nonché in previsione della revisione costituzionale che avrebbe previsto l'opzionabilità da parte degli Statuti regionali dell'elezione diretta dei Presidenti di Regione (l. cost. 1/1999).

⁹ A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, 614 ss.

competenti e, pertanto, aperto al possibile piano di contrattazione multi-livello. Si è sostenuto, non a caso, che le competenze amministrative sono l'ambito in cui la leale collaborazione nei rapporti inter-governativi avrebbe dato il meglio di sé, portando a «uno sviluppo collaborativo di tali relazioni e a una valorizzazione delle stesse relazioni intergovernative soprattutto nella realizzazione di determinate politiche pubbliche (sanità, assistenza sociale)»¹⁰.

Ma tale connessione ha guadagnato uno spazio non marginale anche sul piano del riparto delle funzioni legislative in ragione della flessione al canone rigido del riparto determinata dalla cd. chiamata in sussidiarietà, in cui l'esigenza di intervento sussidiario dello Stato giustifica – complice, nella ricostruzione giurisprudenziale, il generalissimo principio di legalità – l'intervento del legislatore statale in materie che, stando al tenore letterale dell'art. 117 Cost., spetterebbero (anche o solo) a quello regionale. La condizione cui la Corte subordina l'operatività dell'avocazione è il coinvolgimento delle Regioni avocate per tramite dell'intesa, modulo cooperativo *par excellence*, da adottarsi con la singola Regione interessata ovvero in Conferenza Stato-Regioni a seconda che l'invasione statale incida una, più o tutte le Regioni¹¹.

Dunque, mentre la sussidiarietà, nella sua ambivalenza, sta a descrivere la flessibilità dell'assetto delle funzioni, la leale collaborazione denota il carattere cooperativo dei rapporti, logicamente necessario in un sistema mobile e, più ancora, non regolato – come, invece, nel passato – da un principio di gerarchia. La leale collaborazione è, quindi, una fra le modalità di concretizzazione della sussidiarietà¹²: è nella sede cooperativa, in esecuzione di procedure cooperative fissate dalla legge (statale), che la ponderazione degli interessi in gioco, in astratto profilata dal principio sussidiario, trova il suo piano di concretezza. Ivi, le valutazioni relative all'esigenza di esercizio unitario, da un lato, e all'adeguatezza (e, pertanto, sufficienza) di esercizio differenziato, dall'altro, trovano composizione¹³.

L'operare combinato dei due principi, allora, può essere letto come moda-

¹⁰ P. COLASANTE, A. IACOVIELLO, *Prassi e potenziali sviluppi dell'intergovernmental management nell'ordinamento italiano. Riflessi sul principio di leale collaborazione*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16.

¹¹ Fondamentalmente, in materia, è la sistemazione dell'istituto operata dalla Corte costituzionale a partire dalle assai note sentt. 303/2003 e 6/2004, sulle quali v., *ex multis*, A. MORRONE, *La Corte riscrive il Titolo V?*; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*; A. RUGGERI, *Il parallelismo «redivivo» e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa «concorrente», leale collaborazione e strict scrutiny*, tutti in *Forum dei Quad. cost.*, 2003.

¹² S. MANGIAMELLI, *Dove vanno le Regioni*, dicembre 2015, su www.issirfa.cnr.it.

¹³ Per tali considerazioni, R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 6/2001, 1213 ss.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in *Lavoro nelle pubb. amm.*, 1/2002, 7 ss.

lità operativo-procedurale¹⁴ della dialettica iscritta nell'art. 5 Cost.: la definizione dell'equilibrio fra esigenze di uniformità e differenziazione non è più, per certi aspetti, effettuata *a priori* dal Costituente tramite la presunzione di prevalenza dell'unità sull'autonomia e l'equazione della prima con la competenza statale, ma è rimessa ad una valutazione *a posteriori* e, pertanto, caso per caso¹⁵. E questo tipo di valutazioni è affidato alla collaborazione in grado di creare e dare coerenza alla *liaison* fra principi di Parte prima, disposizioni di Parte seconda, assetto vivente dei rapporti Stato-Regioni¹⁶.

In altri termini, non necessariamente le finalità unitarie – che sono, in fondo, le concrete manifestazioni dell'inciso dell'art. 5 Cost. che vuole la Repubblica “una e indivisibile” – vanno perseguite dallo Stato con strumenti unilaterali, ma anche da Stato e Regioni assieme, per mezzo di moduli cooperativi¹⁷. Un siffatto assetto di *inter-governmental relations* sarebbe, anzi, assai più confacente ad un rapporto fra unità e autonomia non conflittuale, non di limite a contro-limite, ma complementare e armonico¹⁸.

3. *Organi e tecniche della cooperazione di un regionalismo (tendenzialmente) simmetrico*

Il luogo istituzionale preposto al disimpegno delle procedure cooperative e al raccordo delle funzioni multi-livello è il cd. sistema conferenze, sistema organico “a tre punte” costituito dalla Conferenza Stato-Regioni, dalla Conferenza Stato-autonomie locali e dalla Conferenza Unificata che consiste nell'incontro delle prime due. Pur nella consapevolezza che più di d'uno siano i profili di criticità

¹⁴ Sulla caratura più procedurale che sostanziale dei due principi e sulla inestricabile connessione fra essi, v. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2002, 14; C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, 2-3/2011, 486.

¹⁵ Così R. BIFULCO, *op. cit.*, 143, che aggiunge: «la realizzazione del principio unitario ... non è più affidata unilateralmente alle leggi e all'amministrazione dello Stato ma è la conseguenza di necessarie interazioni tra più livelli di governo, retta dai principi di sussidiarietà e cooperazione».

¹⁶ Una tale interpretazione è, insomma, come si è sostenuto, in grado di riportare armonia e coerenza fra un mai riformato art. 5 Cost. e un Titolo V sensibilmente rivisto (R. BIFULCO, *op. cit.*, 145, 148).

¹⁷ Si rammenti, sul punto, che in più di un'occasione una legge statale disciplinante i principi in materia di LEP (senz'altro riconducibili nel novero degli strumenti unitari assieme alla chiamata in sussidiarietà e alle materie trasversali) ha richiesto l'intesa in Conferenza (Stato-Regioni o Unificata) sul regolamento governativo delegato chiamato a fissare, in concreto e nel dettaglio, le soglie che costituiscono i livelli essenziali a norma dell'art. 117 c. 2 lett. m) Cost.

¹⁸ Per una tale interpretazione del rapporto fra principio unitario ed autonomistico si rinvia a U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1995, 9 ss.; G. ROLLA, *L'evoluzione del principio unitario*, cit. Cfr., più di recente, le articolate riflessioni di C. BUZZACCHI, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie*, Milano, 2003.

rilevati dai commentatori che hanno studiato l'organo – specialmente riguardo alla sua effettiva funzionalità e alla attitudine a riequilibrare in concreto i rapporti Stato-Regioni – esso è, specialmente nella «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi»¹⁹, «la sede privilegiata del confronto e della negoziazione politica fra lo Stato e le Regioni, al fine di favorire il raccordo e la collaborazione fra l'uno e le altre»²⁰; l'unica sede istituzionale di incontro e dialogo inter-istituzionale, in grado di veicolare stabilmente e formalmente gli interessi regionali e locali al centro.

Alcune riflessioni che hanno studiato il concreto svolgersi dei rapporti multi-livello in Conferenza hanno rilevato, nella fase storica successiva all'entrata in vigore della revisione del 2001, la tendenza dei Presidenti regionali che ivi incontrano il Governo a fare “fronte comune” nei confronti dello stesso, quasi che essi si sentano parte di un vero e proprio “sistema delle autonomie” in grado di uniformare le pur inevitabilmente diverse posizioni²¹. Se l'idea di un fronte regionale che unitariamente si confronta (e si scontra) col Governo può apparire, se si vuole, un po' romantica – ciò che consiglia di discorrerne con prudenza e senso di realtà – è tuttavia d'uopo sottolineare due elementi che, in effetti, paiono deporre a sostegno della citata opinione: il primo, di contesto, riguarda la struttura prevalentemente simmetrica del nostro regionalismo, sì che su svariate questioni di comune interesse la disciplina comune del riparto di competenze e delle modalità di negoziazione ed esercizio delle stesse determini un naturale rilievo delle sedi della cooperazione multi-laterale; il secondo, relativo alle concrete modalità di funzionamento del raccordo multi-livello, attiene al ruolo che nella prassi delle relazioni inter-governative ha assunto la Conferenza dei Presidenti regionali, organo sorto dallo spontaneismo dei ccdd. governatori a Pomezia del 1981 e vieppiù consolidatosi e stabilizzatosi (specie dopo l'approvazione del regolamento interno nel 2005).

L'organo in questione – che, fra l'altro, si connota per una pregevole organizzazione interna dei lavori in commissioni competenti per materia, estranea, invece, alla Stato-Regioni – costituisce, secondo un'acuta opinione, un elemento indefettibile nello studio della prassi dei rapporti Stato-Regioni: poiché in tale forum si svolge il raccordo orizzontale infra-regionale preventivo al confronto col Governo in Stato-Regioni, esso rappresenta non solo un motore di efficienza

¹⁹ Corte Cost., 6/2004. Il concetto è ribadito a più riprese dal Giudice delle leggi: cfr. sentt. 383/2005, 401/2007, 13 278/2010, 7/2016.

²⁰ Corte Cost., 116/1994, considerato in diritto, 4.

²¹ La tesi è delineata, in più luoghi, da I. RUGGIU, di cui v., ad es., *La Conferenza Stato-Regioni nella XIII e XIV legislatura*, in *L'Espresso Regioni*, 1/2003, 195 ss. Tale senso di appartenenza al sistema regionale sarebbe, nella ricostruzione dell'A., in grado di superare, persino, tanto il fattore più propriamente territoriale legato agli interessi della singola Regione di provenienza, quanto quello partitico, attinente all'appartenenza dei governatori allo schieramento partitico di maggioranza od opposizione a livello nazionale.

per il successivo raccordo verticale, ma anche uno snodo fondamentale che consente alle Regioni di definire posizioni comuni, ricercare compromessi, attenuare divergenze e, quindi, di consolidare quello spirito di appartenenza al “sistema regionale” cui poco sopra si è fatto riferimento²².

E, in effetti, il sistema positivo di relazioni Stato-Regioni ha dimostrato qualche potenzialità in tal senso²³, ben lungi, però, dal potersi desumere un generalizzato conformarsi dei quotidiani rapporti centro-periferia alla pratica della contrattabilità delle competenze. Sul che molto hanno inciso le omissioni della novella del 2001²⁴, ma specialmente la mancata attivazione di un canale costituzionalmente fondato (sia di natura inter-governativa che parlamentare) di rappresentazione al centro degli interessi territoriali²⁵ e, di conseguenza, la tendenziale continuità col passato.

L'approfondimento, lo sviluppo e il consolidamento di un assetto flessibile dei rapporti multi-livello incentrato sui canoni mobili della sussidiarietà e della cooperazione è, dunque, possibile e, anzi, rappresenterebbe per molti aspetti il completamento della “riforma a metà” del 2001. Il che presuppone che le Regioni mantengano e rafforzino lo spirito di sistema che le avrebbe contraddistinte (soprattutto) dopo il 2001. Ma l'attivazione della clausola di differenziazione – come si proverà a mostrare nel paragrafo che segue – potrebbe determinare conseguenze di segno marcatamente opposto.

4. *Il possibile impatto dell'autonomia differenziata sull'assetto cooperativo delle relazioni multi-livello: due scenari*

A seconda che l'attivazione dell'autonomia differenziata sia, alla fine, limitata alle Regioni che, al momento in cui si scrive, sono ad uno stadio particolarmente avanzato dell'iter (Lombardia, Veneto, Emilia Romagna) o dilaghi coinvolgendo

²² L. FERRARO, *La Conferenza dei Presidenti delle Regioni tra la materia comunitaria e le altre novità di sistema*, in *Le Ist. del fed.*, 6/2007, 725 ss.; G. CAPRIO, *Una vera Conferenza delle Regioni per l'attuazione del federalismo*, 15 giugno 2008, su *astrid-online.it*; R. CARPINO, *Evoluzione del sistema conferenza*, in *Le Ist. del fed.*, 1/2006, 102-3.

²³ Il riferimento è sia alla prassi degli accordi conclusi in Conferenza che ha spinto il raccordo Stato-Regioni ben oltre i limiti testuali di cui all'art. 4 d.lgs. 281/1997, fra i quali particolare rilievo assumono quegli accordi che hanno rappresentato la base per l'adozione di provvedimenti normativi sia statali che regionali, ma anche alle intese di cui all'art. 8, c. 6, l. 131/2003, finalizzate, fra l'altro, all'armonizzazione delle legislazioni statale e regionali. Per un'approfondita analisi di entrambe le categorie di atti di raccordo sia consentito rinviare a L. DELL'ATTI, *Teoria e prassi del governo multi-livello*, Santacargelo di Romagna, 2019, 176 ss.

²⁴ La tesi è diffusa. A titolo esemplificativo R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale* – *Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 297 ss.

²⁵ A parte l'ipotesi dell'integrazione della Commissione bicamerale sulle questioni regionali tramite rappresentanti delle Regioni ipotizzata dall'art. 11 l. cost. 3/2001 e, tuttavia, mai attuata.

un più rilevante numero di Regioni, è possibile ipotizzare due diversi scenari²⁶.

Quanto al primo, va primariamente ricordato che la clausola di maggiore autonomia faceva ingresso nel testo costituzionale con la l. cost. 3/2001 la quale, frattanto, realizzava la riforma globale del regionalismo riguardando indifferentemente tutte le Regioni ordinarie²⁷, ampliandone lo spazio di autonomia. Si confermava, dunque, il carattere tendenzialmente uniforme e simmetrico del regionalismo, ma, ad un tempo si prevedeva che le Regioni ordinarie che ne avessero fatto richiesta avrebbero potuto – alle condizioni di cui al c. 3 del novellato art. 116 Cost. – specializzarsi.

Tale previsione rappresentava probabilmente una soluzione di compromesso fra l'esigenza della maggioranza dell'epoca di conservare l'assetto simmetrico del regionalismo e le istanze di una più spiccata valorizzazione della differenziazione proprie di taluni territori del settentrione d'Italia²⁸. Sotto questo aspetto, deve sottolinearsi come esista una diretta *liaison* fra le vicende che hanno, all'epoca, portato alla previsione della clausola di maggiore autonomia e quelle che, oggi, riguardano la sua attivazione: il movente fiscale, compendiabile nell'idea per cui il grosso del gettito fiscale prodotto all'interno del territorio regionale dovrebbe ivi permanervi allo scopo di finanziare le funzioni regionali, non è nuovo a certa retorica politica che da tempo connota il dibattito sull'autonomia finanziaria delle Regioni, con particolare riferimento a Lombardia e Veneto²⁹.

Tanto premesso, il dato comparato insegna che negli ordinamenti policen-

²⁶ È appena il caso di sottolineare che il processo di attivazione dell'art. 116 c. 3 Cost. è tutto *in fieri*; che, quindi, le riflessioni che seguono non si prestano ad avere valore risolutivo ma meramente prognostico, dal tenore, pertanto, probabilistico.

²⁷ E, per vero, in forza dell'art. 10 l. cost. 3/2001, anche quelle speciali.

²⁸ Fare di Lombardia e Veneto Regioni speciali dotate di un proprio statuto era, all'epoca, la proposta della Lega Nord. Cfr. S. MANGIAMELI, *Audizione presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali*, 29 Novembre 2017, su www.issirfa.cnr.it.

²⁹ La questione della maggiore autonomia fiscale ha avuto, infatti, un ruolo centrale nelle vicende che hanno portato Lombardia e Veneto a celebrare, nell'ottobre 2017, le due consultazioni referendarie volte ad interrogare le rispettive frazioni di elettorato in ordine all'opportunità di procedere con la richiesta al Governo di attivazione dell'art 116 c. 3 Cost. Come si è acutamente sottolineato, il tema del trattenimento del gettito fiscale nel territorio non avrebbe potuto fare oggetto della richiesta di differenziazione a norma della richiamata disposizione e, pertanto, *a fortiori*, neanche delle consultazioni regionali; ciò nondimeno, esso è stato di fatto riproposto in entrambi i quesiti referendari «con la scusa di potere-dovere coprire le spese delle nuove competenze», con finalità all'evidenza più politiche che giuridico-costituzionali (A. MORRONE, *Populismo referendario. La strada impervia della secessione all'italiana*, in *Federalismi.it*, 20/2017, 4). Sulla connessione fra le rivendicazioni della Lega della prim'ora, le odierne istanze dei "governatori del nord" in materia di autonomia differenziata, la centralità del movente fiscale ed il carattere non necessitato ma politicamente funzionale dei referendum in commento si consulti, se si vuole, il mio *Crisi economiche e Stato regionale. Considerazioni sul rapporto fra democrazia diretta e paradigma territoriale nell'ordinamento regionale italiano, anche alla luce di alcune esperienze europee*, in corso di pubblicazione sul prossimo numero di *Ianus – Diritto e finanza*.

trici asimmetrici tendono a prevalere moduli cooperativi bilaterali e informali³⁰, in ragione del fatto che il fattore differenziale interviene non solo a valle, all'esito dell'esercizio delle competenze autonome da parte degli enti sub-statali, ma anche a monte, attingendo competenze, esigenze territoriali e modello stesso di autonomia che connota ciascuna entità *lato sensu* regionale, ciò che richiede (o rende più utili) negoziazioni "a due" fra governo centrale e singolo governo autonomo interessato.

Se, quindi, la differenziazione dovesse riguardare esclusivamente Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, si avrebbe uno scenario in cui il Governo dovrebbe fronteggiare Regioni sottoposti a tre distinti regimi di autonomia: quello speciale, quello ordinario differenziato e quello ordinario non differenziato. La logica di compattezza del fronte regionale che si è visto rappresentare un elemento sufficientemente qualificante il sistema potrebbe franare, conseguendone, più nel dettaglio, la marginalizzazione del modello della cooperazione multilaterale in Conferenza in favore di moduli bilaterali del raccordo in cui le istituzioni centrali affrontano, volta a volta, i singoli esecutivi regionali e l'indebolimento delle Regioni non differenziate nei loro rapporti col Governo e con le Regioni differenziate³¹: le già «deboli istituzioni della leale cooperazione»³² rischierebbero, insomma, di divenire ulteriormente recessive dinanzi al prevalere di canali informali e bilaterali di negoziazione.

Quanto al secondo scenario, va ricordata anzi tutto la posizione assunta sul tema dell'autonomia differenziata dalla Conferenza dei Presidenti regionali, del cui rilievo nei termini del consolidamento del fronte regionale si è detto sopra. In un documento licenziato il 28 ottobre 2018³³, i Presidenti notano che «mentre nelle passate legislature si è pensato di rifondare "lo stato regionale e delle autonomie" ritoccando, anche in riduzione, gli spazi di autonomia legislativa delle Regioni, oggi l'approccio dovrà avere basi radicalmente diverse e mirare più a soluzioni specifiche sui temi del governo territoriale, garantendo comunque i principi di unitarietà, di solidarietà e di coesione sociale».

Nell'opinione dei Presidenti, dunque, «la richiesta di attribuire alle Regioni

³⁰ Per un'analisi comparata degli organi della cooperazione inter-governativa si rinvia a R. BIN, I. RUGGIU, *La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello Camera delle Regioni*, in *Le Ist. del fed.*, 6/2006, 903 ss.

³¹ *Contra*, v., ad es., A.M. RUSSO, *Il regionalismo italiano nel vortice autonomistico della differenziazione: l'asimmetria sperimentale tra integrazione e conflitti*, in *Le Ist. del fed.*, 2/2018, 387, che vede, invece, nella rottura della multi-lateralità di cui la differenziazione, se realizzata, sarebbe responsabile «una funzione "riabilitativa" dell'autonomia legislativa negoziale», attualmente fiaccata da «uso distorto ... del parametro della "leale collaborazione" in funzione di una partecipazione multilaterale, spesso passiva, delle Regioni alle decisioni pilotate dal centro».

³² R. BIN, *Le deboli istituzioni della leale cooperazione*, in *Giur. cost.*, 5/2002, 4184 ss.

³³ CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, *Le Regioni e le nuove sfide del 26 regionalismo*, 18 ottobre 2018, in www.regioni.it.

ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia secondo quanto previsto all'art. 116, III comma, della Costituzione, costituisce un'ulteriore tappa nell'ambito del processo di decentramento che, dopo aver registrato un rallentamento per effetto della crisi iniziata nel 2008 e della conseguente legislazione di emergenza, sta vivendo una nuova stagione che vede la centralità ed il ruolo propulsivo delle Regioni nel processo di definizione dei nuovi assetti istituzionali». L'impressione è che, fallito nelle urne referendarie del 4 dicembre 2016 l'ennesimo tentativo di revisione globale della Costituzione che attingeva nel profondo il Titolo V, «il regionalismo italiano ha cercato nuove prospettive»³⁴. È ipotizzabile, cioè, che nella consapevolezza che la novella del 2001 ha presentato più di una criticità e, in genere, continuità col passato, le Regioni abbiano ritenuto di doversi incaricare di dare avvio ad una sorta di riforma a Costituzione invariata³⁵, *de jure condito*, attivando un istituto presente nel sistema ma sinora rimasto quiescente.

La richiesta di maggiore autonomia proveniente da un numero più significativo di Regioni, diversificate sotto i piani economico, demografico e geografico³⁶, potrebbe rappresentare, insomma, il segnale della volontà del fronte regionale (più o meno) compatto di rimettere in discussione col Governo centrale il vigente assetto dei rapporti multi-livello e, dunque, di rinegoziare il contenuto del compromesso costituzionale fra ragioni dell'uniformità e della differenziazione esteticamente scolpito nell'art. 5 Cost., significando, quanto meno sotto tale aspetto, il mantenimento di una certa concordia infra-regionale e di uno spazio di contrattazione multi-laterale non rilasciata ai destini incerti e solitari della negoziazione bilaterale.

Ma, in ogni caso, la differenziazione, anche su larga scala, del regionalismo determinerebbe una globale torsione da un assetto cooperativo ad uno competitivo dei rapporti Stato-Regioni. Di fatti – si è sottolineato in dottrina – fra i due modelli relazionali esiste una sorta di gioco a somma zero nei termini di spazio di autonomia delle decisioni: l'aumento e la differenziazione Regione per Regione

³⁴ G. MAZZOLA, *Autonomia regionale: da sviluppare o da ridimensionare*, marzo 2018, su www.issirfa.cnr.it.

³⁵ Se lo chiede, ad es., L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 352: «dopo il fallimento della riforma Boschi Renzi, la necessità di riforme costituzionali e istituzionali si è orientata altrimenti Siamo in presenza di una nuova, più concreta e realistica stagione “costituente” delle Regioni? Siamo in presenza di una forma più dinamica di “partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze”», concludendo come sarebbe allo stato degli atti poco prudente fornire una risposta non approssimativa ai quesiti.

³⁶ Tant'è che molte Regioni hanno posto in essere iniziative volta a dare avvio all'iter di differenziazione, talune (Basilicata, Calabria, Puglia, Molise, Abruzzo) a livello solo preliminare, mentre i Consigli regionali di Campania, Liguria, Lazio, Marche, Piemonte, Toscana, Umbria hanno propriamente impegnato i rispettivi Presidenti ad avviare i relativi negoziati col Governo. Cfr. CINSEDO, *Autonomia differenziata. Dossier tecnico*, 01/11/ 2019, rinvenibile in www.regioni.it.

delle decisioni da assumere “in solitudine” causa lo speculare venir meno degli spazi di decisione condivisa fra Stato e Regioni nel loro insieme³⁷.

Non è, questo, un esito di per sé deprecabile, né tanto meno può fare oggetto di opinioni da parte di chi scrive. Ciò che si vuole sottolineare, se mai, è che il processo di attivazione dell'art. 116, c. 3 Cost., in entrambi gli scenari ipotizzati – ma senz'altro più visibilmente nel primo –, potrebbe ostacolare l'ulteriore sviluppo di un assetto integrato delle relazioni multi-livello incentrato sul combinato operare dei canoni flessibili della sussidiarietà e della cooperazione, in funzione di un modello nuovo in cui, per paradosso, la tensione centripeta – certo non ignota alla storia costituzionale dell'articolazione territoriale del potere in Italia – rischia di assumere un rinnovato vigore. Cosicché la possibilità di completamento in senso cooperativo *praeter Constitutionem* della revisione d'inizio millennio sarebbe, verosimilmente, da escludersi.

³⁷ O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Diritto e storia*, 15/2017.

Abstract

Sussidiarietà e leale collaborazione sono due principi nati nella prassi, poi dotati di fondamento costituzionale, il cui studio rappresenta un ottimale punto di osservazione per descrivere le evoluzioni oscillanti del regionalismo italiano. Il combinato operare dei due principi, infatti, poiché consente la gestione flessibile dei rapporti Stato-Regioni, ne facilita uno svolgersi cooperativo e non conflittuale assicurando il simultaneo rispetto dei principi di unità e autonomia di cui all'art. 5 Cost. Questo contributo analizza il possibile impatto dell'attivazione della clausola di maggiore autonomia (art. 116, c. 3 Cost.) sull'assetto delle relazioni inter-governative delineando due scenari a seconda che l'autonomia differenziata venga infine realizzata a) per le tre Regioni settentrionali già ad uno stadio avanzato del relativo iter (Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna), o b) per un ampio numero di Regioni – quasi tutte le Regioni hanno già avviato iniziative in tal senso. Dallo scenario sub a) deriverebbe la recessione dei moduli di cooperazione multi-laterale in ragione della necessità di gestire in via bi-laterale ed informale i rapporti centro-periferia; in quello sub b), le logiche della competizione, ancorché declinate su una dimensione più ampia, potrebbero creare una frattura nel fronte regionale unitario. In entrambi i casi, dunque, l'attivazione della clausola di maggiore autonomia potrebbe rappresentare un ostacolo all'evoluzione in senso collaborativo delle relazioni multi-livello.

The Effects of “Further Autonomy” on the Principles of Subsidiarity and Loyal Cooperation. Again a Non-formal Constitutional Reform of the Regionalism?

by Luca Dell'Atti

The principles of subsidiarity and loyal cooperation were born in praxis and then endowed with a constitutional foundation. Their study is an optimal observation point for describing the evolution of Italian regionalism. In fact the two principles –since they enable the State-Regions relations to be managed in a flexible manner– facilitate a cooperative development by ensuring the simultaneous respect of the principles of unity and autonomy as set out in Article 5 of the Constitution. We analyze the possible impact of the “further autonomy clause” (Art. 116, par. 3 of the Constitution) on the structure of inter-governmental relations (IGR), outlining two scenarios depending on whether the clause is finally implemented a) for the three northern Regions that are already at an advanced stage of the process (Lombardia, Veneto and Emilia Romagna), or b) for a large number of Regions –almost all of which have already started initia-

tives in this direction. Scenario a) would result in the recession of multi-lateral cooperation models due to the need to manage IGR bi-laterally and informally; in scenario b), the logic of competition, even declined on a broader scale, could break up the unitary regional front. In both cases, therefore, the activation of the clause could hinder the co-operative evolution of multi-level relations.

Il ruolo (imprescindibile) delle Camere per una corretta ed equa attuazione del regionalismo differenziato

di Andrea Napolitano

SOMMARIO: 1. Il processo di differenziazione: cenni. – 2. Il ruolo del Parlamento nel procedimento di differenziazione. – 3. La c.d. bozza Boccia. – 4. Verso una (auspicata) definitiva centralizzazione del Parlamento nell'iter di attribuzione di maggiori forme e condizioni di autonomia.

1. *Il processo di differenziazione: cenni*

Il dinamismo mostrato da alcune Regioni dopo il referendum costituzionale del 2016 ha riaperto l'attenzione su una disposizione, l'articolo 116 comma 3 Cost., considerata da alcuni uno strumento idoneo a “qualificare” appieno il sistema delle autonomie nell'ottica della loro massima valorizzazione, anche attraverso interventi diversificati a seconda delle regioni e, da altri, al contrario, come un modello capace di minacciare l'unità nazionale, così come tutelata dall'articolo 5 della Costituzione, attraverso una disarticolazione del territorio¹.

Nello specifico, infatti, ritenuta pacifica la circostanza secondo la quale l'articolo 116 comma 3 Cost. debba considerarsi “prescrizione cedevole” per espressa previsione costituzionale, in quanto modificabile con norme poste da atti fonte di diverso rango,² e che la stessa sia destinata esclusivamente alla specializzazione delle autonomie ordinarie³, si ricorda come Veneto, Emilia Romagna e Lombardia abbiano iniziato il percorso di differenziazione, scegliendo

¹ L'articolo 116 comma 3 Cost., elaborato quale “forma di apertura speciale alle forze che reclamavano maggiore federalismo” era rimasta inattuata non solo per una mancata riflessione di natura sistematica sugli effetti della c.d. clausola di asimmetria nell'ambito delle Regioni a Statuto ordinario, ma anche e soprattutto per il ruolo “autoritario” esercitato dallo Stato, motivato ad esercitare il proprio controllo in materie di legislazione concorrente e residuale delle Regioni. Cfr. S. MANGIAMELLI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna. Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Audizione del 29 novembre 2017*, in www.issisfa.cnr.it; Cfr. inoltre tra i tanti A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116 comma 3 della Costituzione*, in *Fed. Fisc.*, 2007, 1; D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116 comma 3 Cost. conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC.it*, 1, 2019, 27; A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul “regionalismo differenziato” e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, in *Federalismi.it*, 17, 2019, 10; A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Atti del Convegno “Regionalismo differenziato: opportunità e criticità”*, Milano, 8 ottobre 2019; P. BILANCIA, *Regionalismo differenziato: opportunità e criticità*, in *Atti del Convegno “Regionalismo differenziato: opportunità e criticità”*, Milano, 8 ottobre 2019.

² Cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116 comma 3 della Costituzione*, cit., 3.

³ Cfr. A. RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in *Giurcost.org*, 3, 2002.

percorsi differenti⁴ per arrivare alla sottoscrizione di primi accordi preliminari con il Governo, stipulati in data 28 febbraio 2018, considerati un «primo confronto, ispirato al principio di leale collaborazione»⁵ ed aventi ad oggetto i principi generali, la metodologia e le materie per l'attribuzione di maggiore autonomia nel rispetto dei principi costituzionali.

Come è noto agli stessi hanno fatto seguito le prime bozze di intesa, firmate il 25 febbraio 2019, di cui sono circolati soltanto testi concordati sulle disposizioni generali, ed, in seguito, quelle stipulate il 15 maggio 2019, che si sono caratterizzate per la definizione, allo stesso modo, delle richieste avanzate dalla Regioni proponenti ed accettate dai Ministeri competenti e di quelle rivendicazioni delle autonomie territoriali che sono state respinte dallo Stato.

Allo stesso modo, questi ultimi documenti si sono ulteriormente contraddistinti per il numero di materie rivendicate, aumentate rispetto a quelle previste negli accordi preliminari, e per la loro articolazione in sotto materie, competenze e funzioni⁶.

A ciò si aggiunge come, sulla base di quanto posto in essere da Emilia Romagna, Lombardia e Veneto, si sia registrata, nel corso degli ultimi mesi, una intensa attività anche da parte delle altre regioni a statuto ordinario che hanno iniziato l'iter previsto per la differenziazione, tanto da determinare l'istituzione, presso il Ministero per gli affari regionali, di tavoli tecnici tra rappresentanti del Governo e delle Regioni al fine di addivenire alla definizione di disposizioni generali per disciplinare i singoli processi di differenziazione.

2. *Il ruolo del Parlamento nel procedimento di differenziazione*

Tra «gli evidenti difetti di formulazione»⁷ che hanno caratterizzato la fase iniziale dell'iter di differenziazione da parte di Lombardia, Emilia Romagna e Veneto rientra, senza dubbio, la marginalizzazione del ruolo del Parlamento

⁴ Come è noto, infatti, a differenza della Lombardia e del Veneto, l'Emilia Romagna non è ricorsa all'istituto referendario, avendo avviato il lungo *iter* conclusosi (per ora) nella stipulazione delle bozze di intesa tra Regione e Governo, con l'approvazione di un Documento di indirizzo da parte della Giunta Regionale, arricchito dai contributi dei firmatari del c.d. Patto per il lavoro stipulato tra sindacato, imprese, enti locali, università ed associazioni. Per un'analisi più approfondita sia consentito il rinvio a A. NAPOLITANO *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, in *Federalismi.it*, 21, 2018.

⁵ Cfr. C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, 2007, 89.

⁶ Per un'analisi più approfondita si rinvia a F. PALLANTE, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna*, in *www.Federalismi.it*, 20, 2019.

⁷ Cfr. A. MORELLI *Art. 116*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II. Parte II – *Ordinamento della Repubblica (Artt. 55-139) e Disposizioni transitorie e finali*, a cura di F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, Bologna, 2018, 325 s., spec. 329.

all'interno del procedimento che, secondo alcuni autori, è strettamente collegata alla natura giuridica da assegnare alle intese stipulate tra Governo e Regioni⁸.

Come è noto, infatti, dall'analisi degli accordi preliminari stipulati il 28 febbraio 2018, risultava evidente che il metodo scelto per l'approvazione della legge ad autonomia negoziata fosse quello indicato dall'articolo 8 comma 3 Cost., che come è noto, regola le intese tra Stato e confessioni religiose diverse da quella cattolica.

Tale impostazione legittimava, quindi, in maniera espressa quella tesi secondo la quale al Parlamento doveva spettare l'adozione di una legge di approvazione in senso tecnico⁹ (non essendo prevista la facoltà di emendare il testo) derivandone da ciò che le Camere erano chiamate ad approvare o respingere un testo che sarebbe risultato, di fatto, come ampiamente evidenziato in dottrina, il frutto dell'accordo tra Governo e Regione.

Secondo questa idea, quindi, all'unico organo rappresentativo della sovranità popolare era affidato un ruolo di mero "ratificatore" delle volontà governative, non potendo intervenire in maniera attiva per addivenire ad una più convinta approvazione parlamentare.

Questa tesi è stata, come è noto, criticata dalla dottrina¹⁰ che ha sottolineato l'esigenza di assegnare alle Camere un ruolo di «baricentro costituzionale del procedimento di differenziazione»¹¹ per la sua funzione di «portatore dell'interesse nazionale nelle sue diverse articolazioni, politiche e territoriali»¹² al fine di legittimare, altresì, una differenziazione in termini cooperativi e non competitivi¹³.

Tale necessità può evincersi, inoltre, anche sulla base di quanto previsto dall'articolo 116 comma 3 Cost. in virtù del quale è possibile stabilire come l'inizio del procedimento debba essere considerato una *scelta politica*¹⁴ da parte del

⁸ Cfr. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 6, 2019, 24.; Cfr. A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul "regionalismo differenziato" e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, cit., 20.

⁹ Cfr. S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna. Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Audizione del 29 novembre 2017*, cit., 50.

¹⁰ Cfr. tra i tanti A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *www.dperonline.it*, 2, 2019, 30; A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *www.dperonline.it*, 2, 2019; A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul "regionalismo differenziato" e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, cit.; D. CASANOVA, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. regionalismo differenziato ex art. 116 terzo comma Cost. in Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 3, 2019, 20; A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Atti del Convegno "Regionalismo differenziato: opportunità e criticità"*, cit.

¹¹ Cfr. M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo "differenziato", tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale). Profili procedurali*, in *Federalismi.it*, 17, 2019, 29.

¹² Cfr. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 24.

¹³ Cfr. A. MORRONE, *Tendenze del federalismo in Europa dopo la crisi*, in *Le Regioni*, 2018, 10.

¹⁴ Cfr. N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospetti-*

Parlamento che «non è affatto costretto a muoversi a rime obbligate rispetto ad una opzione costituzionale predefinita di cui essa costituisca necessario sviluppo»¹⁵.

Dall'analisi della disposizione costituzionale, infatti, è possibile ricavare la struttura duale e complessa del procedimento che impone, quindi, il rispetto dei canoni di collaborazione, sussidiarietà, negoziazione e co-decisione caratterizzanti, sempre più, l'esercizio del potere legislativo proprio in riferimento ai rapporti con le autonomie territoriali.

Al tempo stesso, oltre a consigliare una compartecipazione parlamentare nella fase di approvazione delle condizioni di differenziazione, la natura bilaterale dello stesso procedimento suggerisce, oltremodo, di escludere una modificazione unilaterale di quanto previsto da Regioni e Governo nell'intesa sottoscritta, mediante la presentazione di emendamenti al disegno di legge di approvazione dell'intesa¹⁶.

Per questo motivo, quindi, risulta di straordinaria e fondamentale necessità la definizione di strumenti idonei a valorizzare il ruolo strategico delle due Camere nella fase di determinazione del contenuto delle intese al fine di evitare che, nella fase parlamentare di approvazione della legge ad autonomia negoziata, il Parlamento sia costretto a decidere tra la mera approvazione ed il rigetto.

Diversi sono, come è noto, gli aspetti che sono stati sottolineati dalla dottrina.

In primo luogo, si sono immaginati, in ambito parlamentare, processi di indirizzo e controllo preliminari alla stipulazione delle intese, con lo scopo di condizionarne i contenuti, attraverso l'utilizzo del modello dei pareri parlamentari sulle bozze di intesa o l'incardinamento di procedure consultive presso le competenti commissioni parlamentari¹⁷.

Al fine di rendere più incisivo il ruolo del Parlamento nel processo di differenziazione si è inoltre ipotizzata la definizione di intese per singole materie, salvi i casi di evidenti connessioni tra le stesse, idonee a permettere una valutazione delle Camere su ciascuna richiesta devolutiva e a rispettare il c.d. *principio di omogeneità dell'intesa*, caratterizzato da una esigenza di gradualità e di sperimentazione¹⁸. Sul punto si è avuto modo di sottolineare come tale circostanza consentirebbe, infatti, non solo un'analisi parlamentare più approfondita ma anche, e soprattutto, un maggior controllo sulla fase delle trattative tra Governo e Regione¹⁹.

ve alla luce della revisione del titolo V, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 57, che sottolinea che l'approvazione effettiva della legge statale «è lasciata alla libera dinamica delle forze politiche e parlamentari».

¹⁵ Cfr. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit. 9.

¹⁶ Cfr. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 23.

¹⁷ Cfr. A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul "regionalismo differenziato" e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, cit., 25.

¹⁸ Cfr. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 30.

¹⁹ Cfr. D. CASANOVA, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. regionalismo differenziato ex art. 116 terzo comma Cost.*, cit., 15.

Al riguardo, si è, inoltre, condivisibilmente evidenziato che, al fine di attribuire alle Camere un ruolo preminente, si potrebbe fare riferimento allo strumento delle deleghe legislative dal quale trarre «uno strumentario assai ricco inteso a garantire che il Parlamento non sia ridotto a sede “consultiva” o di mera ratifica»²⁰.

A prescindere dagli schemi che si intenderanno utilizzare sarebbe positivamente valutato un coinvolgimento delle Camere durante l'intero procedimento di differenziazione anche e soprattutto sulla base di un rapporto dialettico costruttivo con il Governo, capace di valorizzare il ruolo di entrambi gli organi costituzionali nella devoluzione di ulteriori competenze delle Regioni a Costituzione invariata.

La compartecipazione di tutti i soggetti coinvolti, basata sulla leale collaborazione istituzionale, potrebbe essere auspicabilmente cristallizzata a livello normativo al fine di neutralizzare, altresì, la previsione di possibili contenziosi costituzionali basati su contestazioni di natura procedimentale delle quali potrebbe essere investita la Corte Costituzionale²¹.

3. *La c.d. bozza Boccia*

Dall'ampio dibattito politico e scientifico in materia ne è derivato, come è noto un nuovo approccio alla materia caratterizzato dalla volontà di definire in maniera chiara, attraverso una legge attuativa di quanto previsto dall'articolo 116 comma 3 Cost. idonei a fare «chiarezza su procedure e limiti della differenziazione, sciogliendo così i maggiori nodi problematici della disposizione costituzionale»²², il ruolo delle Camere ed i principi, per l'attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia, ai quali attenersi nella fase di stipula delle intese per gli attuali ed i futuri processi di differenziazione.

Nello specifico, infatti, la c.d. bozza di legge quadro “Boccia”²³ (d'ora in poi bozza Boccia) prevede la partecipazione del Parlamento nella fase preliminare

²⁰Cfr. S. STAIANO, *Autonomia differenziata, La lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *www.dirittiregionali.it*, 19 novembre 2019, 7. Nello specifico, l'Autore fa riferimento al “doppio parere” da parte delle Commissioni parlamentari permanenti; all'apertura della sede parlamentare a interessi partecipanti esterni; all'integrazione nel lavoro delle Commissioni di organismi istituzionali e di tecnici sia in campo economico sia nel campo della produzione legislativa.

²¹ Cfr. A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul “regionalismo differenziato” e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, cit., 30.

²²Cfr. C. IANNELLO, *La piena sovranità del Parlamento nella determinazione dei contenuti e nei limiti dell'autonomia differenziata*, cit., 10.

²³ Per un'analisi più approfondita della bozza di legge quadro si rinvia a L. MAZZAROLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla “bozza di legge quadro” consegnata dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie del Governo Conto II, Francesco Boccia, ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116 comma 3 Cost.*, in *Federalismi.it*, 22, 2019.

l'approvazione dell'intesa, immaginando l'obbligo, per il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di trasmettere al Parlamento l'accordo sottoscritto con il Presidente della Regione interessata per l'espressione del parere da parte della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, della Commissione parlamentare per le questioni regionali e delle Commissioni parlamentari competenti per materia, chiamate ad esprimersi entro 60 giorni dalla trasmissione della bozza stessa²⁴.

Sulla base di quanto previsto il Governo sarebbe quindi chiamato a sottoporre al Parlamento l'intesa raggiunta con la Regione interessata a un vaglio parlamentare preliminare non vincolante che, comunque, nell'ipotesi in cui vi fosse una discordanza tra l'intesa finale e l'atto di indirizzo parlamentare, imporrebbe, comunque, un obbligo di motivazione in capo all'esecutivo.

Come è noto, inoltre, poichè dai c.d. atti di indirizzo derivano conseguenze sul piano prettamente politico, in caso di forte discordanza tra i due testi, le Camere potrebbero comunque decidere di non approvare la legge a maggioranza assoluta, costringendo, per questo motivo, il Governo ad avvicinarsi il più possibile alle indicazioni manifestate dal Parlamento.

A prescindere dalla definizione di atti di indirizzo da parte del Parlamento nella fase di determinazione dei contenuti dell'intesa sarebbe oltremodo auspicabile che il Governo si confrontasse con le Camere durante l'intero stato di avanzamento della trattativa con la Regione interessata.

Come è stato sottolineato, infatti, «se si riuscisse a creare una vera dialettica tra Parlamento e Governo, la capacità del primo di condizionare il secondo nella determinazione dei contenuti dell'intesa sarebbe sicuramente maggiore e potrebbe (forse) dirsi risolto il problema “dell'assenza” di centralità del Parlamento nella devoluzione di ulteriori competenze alle Regioni»²⁵.

In conclusione, per la parte che qui rileva, si ricorda altresì come nella bozza Boccia si sia inoltre previsto che lo Stato e la Regione sottopongano a verifica l'intesa al termine del decimo anno dall'entrata in vigore della legge ad autonomia negoziata stabilendo, allo stesso modo, come gli stessi organi possano comunque assumere, in qualsiasi momento, l'iniziativa per la revisione dell'intesa senza essere vincolati alla scadenza prevista dalla legge.

Tale ultima previsione deve essere, senza dubbio, favorevolmente giudicata in quanto considerata un importante strumento volto a contrastare l'irreversibilità che caratterizzerebbe la stessa legge ad autonomia negoziata²⁶.

²⁴ Cfr. L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC.it*, 3, 2019, 577.

²⁵ Cfr. D. CASANOVA, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. regionalismo differenziato ex art. 116 terzo comma Cost.*, cit., 20.

²⁶ Per un'analisi più approfondita della natura giuridica della legge ad autonomia negoziata sia consentito il rinvio a A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, cit.

4. *Verso una (auspicata) definitiva centralizzazione del Parlamento nell'iter di attribuzione di maggiori forme e condizioni di autonomia*

L'approvazione di una legge attuativa di quanto previsto dall'articolo 116 comma 3 Cost., nonostante le critiche e i dubbi sollevati in dottrina²⁷, può essere considerata uno strumento idoneo a definire aspetti di carattere generale e criteri oggettivi di valutazione delle richieste regionali²⁸, capaci di evitare che il riconoscimento di ulteriori forme e condizioni di autonomia debba essere il frutto della mera contrattazione *bilaterale* tra Governo e singole regioni²⁹.

Come condivisibilmente evidenziato da attenta dottrina, infatti, «anche a voler escludere l'esistenza di uno specifico obbligo costituzionale di una legge di attuazione resterebbe intatta la sua opportunità» poiché «proprio il maggior tasso di autonomia che attraverso il regionalismo differenziato viene iniettato nel sistema costituzionale richiede prestazioni in termini di unità»³⁰.

Allo stesso modo, per la parte che qui rileva, essa appare suscettibile di consentire il superamento della «marginalizzazione del ruolo del Parlamento»³¹ che ha caratterizzato tutta la «prima» fase del procedimento di differenziazione³².

²⁷ Cfr. tra i tanti L. MAZZAROLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla "bozza di legge quadro" consegnata dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie del Governo Conto II*, Francesco Boccia, ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116 comma 3 Cost., cit.

²⁸ L'assenza di vincoli e limiti alle richieste regionali renderebbe agevole il sopravvento di logiche individualistiche e di tipo competitivo capaci non solo di compromettere la natura «cooperativa e solidale dell'ordinamento repubblicano» ma di indebolire le stesse autonomie regionali nei rapporti con lo Stato. Cfr. A. PIRAINO, *Regionalismo differenziato: attuazione o cambiamento costituzionale?*, cit., 2. Secondo l'Autore la definizione di un sistema di limiti andrebbe «a garantire l'omogeneità istituzionale consentire l'armonizzazione della legislazione regionale».

²⁹ Cfr. sul punto G. C. DE MARTIN, *A voler prendere sul serio i principi costituzionali sulle Autonomie territoriali*, in *www.RivistaAIC.it*, 3, 2019, 3.

³⁰ Cfr. A. M. POGGI, *Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato (a margine del Convegno di Torino)*, in *www.dirittiregionali.it*, 2, 2019, 7. Secondo l'Autrice, inoltre, «è improcrastinabile porre il tema del limite».

³¹ L'espressione è rinvenibile nell' *Appello di trenta costituzionalisti (più altri ventisei) su Regionalismo differenziato, ruolo del parlamento e unità del Paese*, in *www.Federalismi.it*, 2019, 5. Il ruolo marginale del Parlamento nella fase di differenziazione rientra, inoltre, a pieno titolo, in quel processo di sempre maggiore del ruolo degli esecutivi che porta sempre più a processi di deparlamentarizzazione del processo decisionale rafforzato nelle ipotesi in cui il «sistema delle relazioni intergovernative si istituzionalizza ed assume un ruolo dirimente nella delimitazione degli ambiti funzionali di ciascuno». Cfr. G. CERRINA FERONI, *Gli strumenti di raccordo tra istituzioni statali e regionali nella prospettiva di riforma del Senato*, in G. CERRINA FERONI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Le Regioni dalla Costituente al nuovo Senato della Repubblica*, Napoli, 2016.

³² Cfr. A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, 8, 2019, 20. Sul punto l'Autore ha inoltre evidenziato come rendere marginale il ruolo del Parlamento porterebbe ad un vero e proprio capovolgimento dei poteri e del rapporto tra Parlamento e Governo. Nello specifico, infatti, «non è più quest'ultimo a costituire l'esecutivo del primo che lo mantiene in piedi in virtù del rapporto fiduciario ma il Parlamento

Come è stato evidenziato, infatti, nonostante la c.d. “clausola di asimmetria” non rappresenti “l’anticamera” di una possibile secessione ma, al contrario, un modello grazie al quale addivenire ad un regionalismo più consapevole e responsabile³³, è altresì fondamentale che l’attribuzione di maggiori autonomie alle autonomie territoriali che ne facciano richiesta non produca «un vulnus costituzionale del principio formale e sostanziale di eguaglianza in grado di mettere in discussione tutta una serie di diritti fondamentali dei cittadini mettendo in dubbio i principi di solidarietà, mutualità e cooperazioni tra istituzioni pubbliche»³⁴.

Risulta quindi imprescindibile rinvenire un «luogo di sintesi unitaria delle diverse istanze pluralistiche»³⁵, dove «cioè il centro è il punto di sintesi in quanto garante delle funzioni indivisibili del sistema e della sua unitarietà»³⁶, esigenza che può essere sicuramente ottemperata dal Parlamento, per «la posizione esclusiva che occupa nell’organizzazione costituzionale»³⁷ e perché considerato «il miglior garante dell’equilibrio fra unità ed autonomia imposto dall’art.5 in cui la differenziazione regionale deve trovare il suo posto» e «degli interessi nazionali, intensi come compositi e non come escludenti di quelli regionali e locali»³⁸.

Allo stesso modo la centralità della Camere deve altresì essere avvalorata dalla circostanza secondo la quale l’attivazione della c.d. clausola di differenziazione porterebbe ad una e propria deroga al riparto costituzionale delle competenze, ad un “mutamento ontologico dello status di una o più Regioni, con tutte le ricadute che ne derivano in riferimento alla necessità di garantire la salvaguardia dell’unità nazionale”³⁹.

che viene ridotto a sede delle decisioni che il Governo assume per comunicarle alle minoranze parlamentari in una prospettiva meramente informativa e non certo partecipativa».

³³ Cfr. S. MANGIAMIELI, *L’attuazione dell’articolo 116, terzo comma, della Costituzione con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna. Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Audizione del 29 novembre 2017*, cit, secondo il quale «l’asimmetria non costituisce l’anticamera di una richiesta di secessione, che avrebbe solo fondamenti di fatto e privi di riscontro costituzionale. Infatti l’asimmetria rappresenta solo un modo previsto dalla Costituzione per un regionalismo più consapevole e responsabile con effetti emulativi da parte delle Regioni, da cui i cittadini hanno tutto da guadagnare. Da ultimo resta aperta la valutazione del Parlamento nazionale al momento dell’approvazione della legge con la maggioranza assoluta, sul profilo dell’unità e indivisibilità della Repubblica di cui all’art. 5 della Costituzione che esula dai profili costituzionali dell’asimmetria, costituendo un principio di regime politico costituzionale».

³⁴ Cfr. A. Piraino, *Ancora sul regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento e unità e indivisibilità della Repubblica*, cit., 8.

³⁵ Cfr. M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento che c’è e il Parlamento che dovrebbe esserci: Riflessioni su autonomia differenziata e ruolo delle Camere*, in *www.dirittiregionali.it*, 11 gennaio 2020, 98.

³⁶ Cfr. D. TRABUCCO, *Referendum consultivo e regionalismo differenziato: verso un regime di semispecialità?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 33.

³⁷ Cfr. Corte Costituzionale 12 aprile 2002 n° 106, in *Giur. Cost.*, 2002, 866.

³⁸ Cfr. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell’esame parlamentare*, cit., 24

³⁹ Cfr. M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo “differenziato”, tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale). Profili procedurali*, cit. 38.

Al riguardo è stato condivisibilmente sottolineato come, «a fronte di un modello istituzionale che potrebbe non essere più caratterizzato dall'uniformità e dall'omogeneità territoriale ma dalla asimmetria tra Regioni a diverse velocità», risulti quanto mai necessario adeguare il ruolo della tradizionale rappresentanza parlamentare, messo in discussione da un forte ruolo degli esecutivi, attraverso l'utilizzo di «strumenti innovativi di intervento, in specie di quegli strumenti di controllo "a valle" del processo deliberativo tesi a controbilanciare la perdita di centralità parlamentare rispetto alla funzione legislativa»⁴⁰.

Dopo aver proceduto «sulla base della prassi con la quale si sono individuati giorno per giorno tasselli che hanno progressivamente composto un puzzle ancora incompleto»⁴¹, dalla presentazione della bozza Boccia può, fortunatamente, evincersi la volontà di attribuire la necessaria centralità al Parlamento nel procedimento, non solo attraverso la previa approvazione di una legge attuativa di quanto previsto dall'articolo 116 comma 3 Cost., con la quale definire i confini della negoziazione, ma anche, e soprattutto, con la previsione, una volta che l'intesa sia stata sottoscritta, di un intervento delle Commissioni parlamentari al fine di realizzare «una migliore contestualizzazione della differenziazione all'interno di un sistema territoriale ispirato dai principi dell'unità»⁴².

Al riguardo è stato sottolineato come «il preventivo coinvolgimento delle Camere permette di anticipare e sdrammatizzare la possibile contrapposizione tra Camere, Governo e Regione, lasciando, per un verso, alle trattative degli esecutivi margine sufficiente per recepire le indicazioni parlamentari e consentendo, per un altro, alle Camere di verificare se e come l'intesa tenga conto delle indicazioni provenienti dalle assemblee legislative e deliberando di conseguenza»⁴³.

Tali interventi, seppur rappresentativi di una apprezzabile *ratio* di riparlamentarizzazione del processo di differenziazione, sembrano però non del tutto convincenti nella misura in cui l'intervento delle Camere riuscirebbe ad orientare le scelte del governo solo da un punto di vista politico vista la non vincolatività dei pareri espressi dalle Commissioni sulle intese sottoscritte.

Allo stesso modo, consapevoli che in questa fase del regionalismo la soluzione da attuare non può che essere di tipo normativo, in considerazione del fatto che la procedura interesserebbe non solo il decentramento di «funzioni» ma anche di competenze legislative, risulta quindi necessario attribuire ai pareri dei Commissioni natura obbligatoria attraverso la (possibile) definizione di linee guida obbligatorie per il Governo che sarebbe, quindi, vincolato, almeno negli

⁴⁰Cfr. M. G. RODMONTE, *Il Parlamento che c'è e il Parlamento che dovrebbe esserci: Riflessioni su autonomia differenziata e ruolo delle Camere*, cit.

⁴¹Cfr. M. G. RODMONTE, *Il Parlamento che c'è e il Parlamento che dovrebbe esserci: Riflessioni su autonomia differenziata e ruolo delle Camere*, cit., 80.

⁴²Cfr. R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC.it*, 4, 2019, 265.

⁴³Cfr. R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, cit., 270.

obiettivi da raggiungere, al fine di conseguire un risultato conforme al dettato parlamentare e rivalorizzare (definitivamente) le sedi della rappresentanza politica nel processo di differenziazione.

Da ciò ne deriva, quindi, l'esigenza di fondare l'intero percorso di differenziazione sulla base di una proficua e leale collaborazione tra Parlamento, Governo e Regioni interessate grazie alla quale poter addivenire ad un regionalismo che da competitivo diventi cooperativo capace, altresì, di trasformare i numerosi aspetti viziosi, rinvenibili negli iter predisposti in questi ultimi mesi, in elementi virtuosi, ed impedire, allo stesso modo, che i lati svantaggiosi del regionalismo differenziato passino dall'essere fisiologici a patologici.

In conclusione, una più ampia "regionalizzazione" delle competenze potrebbe favorire, in considerazione delle enormi differenze sociali, economiche e demografiche fra i vari territori, una più funzionale allocazione delle risorse attraverso l'erogazione di beni e servizi pubblici da ritenersi più conformi alle esigenze della collettività locale.

Si tratta di un'impostazione che richiede, necessariamente, un intervento concreto in ambito nazionale capace di raccordare le diverse realtà territoriali e che tenga conto dell'attuale stato dell'Italia, caratterizzato da un sistema di internazionalizzazione dell'economia e dal processo di integrazione europea⁴⁴.

Nello specifico, infatti, il rilancio di una politica regionalista potrebbe costituire un importante strumento «per riorganizzare l'ordinamento nazionale e renderlo così competitivo nel processo di integrazione europea e nell'internazionalizzazione dei mercati»⁴⁵, derivandone da ciò che «la richiesta di maggiore autonomia da parte di alcune regioni non è da considerare solo un escamotage per avere servizi e politiche pubbliche che siano in grado di soddisfare le legittime aspettative delle loro comunità ma anche un modo per acquisire una maggiore potenzialità in quella che ormai non è più una competizione nazionale ma europea e, per qualche aspetto, addirittura globale»⁴⁶.

L'aspetto senza dubbio più rilevante è, infatti, quello rinvenibile nella necessità, da parte dello Stato di trovare l'equilibrio territoriale avvalendosi della collaborazione tra Stato e Regioni, migliorando ed intensificando interventi di perequazione territoriale e stimolando, al tempo stesso, la (possibile) crescita delle Regioni.

Come è stato evidenziato, in modo specifico, «non solo è possibile mantenere una unità sostanziale dell'ordinamento della Repubblica promuovendo le

⁴⁴ Per un'analisi più approfondita del ruolo delle Regioni in ambito europeo Cfr. J. LUTHER, *Costituzionalismo e regionalismo europeo*, in *Le Regioni*, 6, 2007, 933; A. PAPA (a cura di) *Le regioni nella multilevel governance europea*, Torino, 2016.

⁴⁵ Cfr. P. COSTANZO, *Le Regioni tra tendenze evolutive e prospettive future*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 8 febbraio 2019, 8.

⁴⁶ Cfr. A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, cit., 20.

autonomie territoriali, ma sarebbe possibile assicurare una crescita economica e sociale di tutto il Paese, consentendo alle Regioni del nord di realizzare in autonomia passi in avanti in termini di crescita e di competitività e alle Regioni del sud di uscire dalla condizione di aree meno favorite. Un regionalismo differenziato, infatti, comporta una maggiore responsabilità da parte di tutti i soggetti politici della Repubblica»⁴⁷.

⁴⁷ Cfr. S. MANGIAMELI, *I problemi della differenziazione e della omogeneità nello Stato regionale*, cit., 2.

Abstract

Il percorso del regionalismo differenziato che si è sviluppato negli ultimi mesi in Italia ha avuto, come è noto, quali protagonisti istituzionali le singole Regioni da un lato e, dall'altro, il Governo, circostanza che ha, di fatto, relegato il Parlamento ad un ruolo secondario.

Proprio il ruolo che si intende attribuire a quest'ultimo ha rappresentato uno degli aspetti maggiormente discussi in dottrina.

Il presente lavoro, muovendo dalla marginalizzazione delle Camere riscontrata nel percorso di differenziazione iniziato da Veneto, Lombardia ed Emilia, intende indagare la necessità di attribuire al Parlamento un ruolo centrale nel procedimento di approvazione della c.d. legge ad autonomia negoziata al fine di garantire la salvaguardia dell'unità nazionale ed effettuare una approfondita analisi dei possibili impatti sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale.

Allo stesso modo si cercherà di evidenziare l'opportunità di una legge "attuativa" della disposizione costituzionale, con la quale fissare, in maniera puntuale, principi e criteri da far rispettare alle Regioni che intendono iniziare il percorso per la differenziazione ma anche, e soprattutto, disciplinare un'ipotetica fase di monitoraggio e, in casi eccezionali, di riallocazione, a livello statale, di funzioni e risorse devolute in precedenza.

The (essential) role of the Parliament for a correct and equitable implementation of differentiated regionalism

by Andrea Napolitano

The path of differentiated regionalism that has developed in the recent months in Italy has had, as is well known, as institutional bodies, the individual Regions on the one hand and the Government on the other, a circumstance that has, in fact, relegated the Parliament to a secondary role.

Indeed, the role that is intended to be attributed to the latter has represented one of the most discussed aspects in the doctrine.

This work, starting from the marginalization of the Chambers, found in the differentiation process initiated by Veneto, Lombardy and Emilia, intends to investigate the need to give the Parliament a central role in the approval process of the so-called negotiated autonomy law in order to ensure the safeguarding of national unity and carry out an in-depth analysis of the possible impacts on

the essential levels of services, concerning civil and social rights that must be ensured throughout the national territory.

In the same way, this paper will try to highlight the opportunity of an “implementing” law of the constitutional provision, pursuant to which to set, in a timely manner, principles and criteria to be enforced by the Regions that intend to start the process of differentiation but also, and above all, regulate a hypothetical phase of monitoring and, in exceptional cases, of reallocation, at the state level, of functions and resources previously devolved.

“Non basta dire intesa”.
Ragionando sul principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni
nella prospettiva del regionalismo differenziato

di Claudia Bianca Ceffa

SOMMARIO: 1. Un passo avanti e due indietro nei correnti approdi del regionalismo differenziato italiano. – 2. I dubbi prospettati in ordine all’opportunità di richiamare l’art. 8, comma 3, Cost., per la procedimentalizzazione dell’art. 116, comma 3, Cost. – 3. L’ulteriore criticità rinvenibile nel momento generativo dell’intesa. – 4. Alcune riflessioni conclusive sui risvolti applicativi del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni nella logica del regionalismo differenziato.

1. *Un passo avanti e due indietro nei correnti approdi del regionalismo differenziato italiano*

Ad oltre due anni dalla realizzazione dei referendum consultivi indetti dalle Regioni Lombardia e Veneto nell’ottobre 2017, che hanno ufficialmente dato inizio ad una nuova stagione del regionalismo italiano e a pochi mesi dalla prematura cessazione dell’esperienza del Governo “giallo-verde” nell’agosto del 2019, pare, forse, giunto il momento di esprimere alcune considerazioni sulla strada finora percorsa da alcune Regioni italiane verso l’obiettivo della c.d. autonomia differenziata.

A differenza dei tentativi promossi da alcune realtà regionali in questa direzione durante il biennio 2006-2007¹, la corrente stagione di richieste volte al riconoscimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia è stata indubbiamente contrassegnata, almeno inizialmente, da un’atmosfera decisamente più distesa che ha condotto ad un fruttuoso confronto con il Governo.

Come noto, infatti, sul finire della XVII Legislatura, l’Esecutivo nazionale siglava con le tre Regioni capofila, oltre alle due precedentemente citate, anche la Regione Emilia-Romagna, altrettanti accordi preliminari contenenti l’impegno a proseguire nelle trattative per l’attivazione del regionalismo differenziato². Queste ultime procedevano in occasione dei negoziati condotti fino alla fine del 2018 con le delegazioni degli Esecutivi regionali interessati, per essere, infine, convogliate nel febbraio 2019 in un testo concordato, pubblicato sul sito del Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie, recante le disposizioni afferenti la parte generale dell’intesa ex art. 116, comma 3, Cost.

Se a questi risultati si aggiungono anche le varie versioni, divulgate informal-

¹ Si fa riferimento ai tentativi effettuati dalle Regioni Veneto, Piemonte e Lombardia; da segnalare nel 2003 anche il tentativo esperito dalla Regione Toscana.

² Si tratta dei pre-accordi sottoscritti in data 28 febbraio 2018.

mente da alcuni siti di documentazione giuridica³, delle bozze di intesa relative al merito delle richieste regionali sul versante delle funzioni legislative ed amministrative, non può negarsi l'indiscutibile passo in avanti compiuto dal regionalismo italiano, mai così vicino come in questo frangente storico all'attuazione, per la prima volta, della clausola di asimmetria dell'art. 116, comma 3, Cost., sinora confinata al ruolo di "cenerentola"⁴ della riforma costituzionale del 2001.

Nondimeno, i timori per la tenuta della coesione sociale nazionale che hanno accompagnato in misura crescente l'evolversi delle trattative, le incognite connesse alla novità della procedura, ma anche l'ombra della polemica sul c.d. "residuo fiscale" che, inizialmente, aveva connotato l'avvio del percorso del regionalismo differenziato in almeno due delle tre Regioni interessate⁵, hanno portato progressivamente ad un rallentamento del negoziato.

L'arresto dell'impulso verso una maggiore autonomia regionale è stato aggravato dalla crisi di Governo dell'agosto 2019, la quale, a seguito anche della formazione di un nuovo Esecutivo connotato da differenti priorità programmatiche, ha portato ad una paralisi complessiva della procedura di differenziazione, in particolare sul fronte del negoziato con le Regioni, con un conseguente doppio "passo indietro" nell'incedere del regionalismo differenziato.

Alla luce della rinnovata agenda di Governo, che pure contempla al punto 20 la necessità di proseguire nel "processo di autonomia differenziata giusta e cooperativa", pare ragionevole ritenere, quantomeno, ridimensionata la portata degli avanzamenti conseguiti nel 2019 durante le trattative con il precedente Esecutivo, che tanto avevano destato perplessità non solo per l'improprietà della disciplina ipotizzata per il finanziamento delle funzioni aggiuntive⁶ ma anche per i profili di segretezza con cui erano stati condotti i negoziati.

A sorreggere tale convinzione, in particolare, due fatti: da un lato, la rimozione dal sito del Dipartimento per gli Affari Regionali della documentazione concordata con le Regioni interessate, datata 25 febbraio 2019, e, dall'altro,

³ Segnatamente www.astridonline.it, www.Federalismi.it e www.roars.it.

⁴ Così F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 4/2017, 690.

⁵ La volontà di trattenerne sui propri territori una consistente porzione del gettito riscosso per un investimento ad esclusivo beneficio dei cittadini ivi residenti, espressa dalle Regioni Lombardia e Veneto, ha portato ad identificare la richiesta di maggiore autonomia non tanto come rivendicazione di una migliore allocazione delle funzioni, quanto, piuttosto, di un trattamento migliore delle popolazioni residenti nelle Regioni differenziate. Sul punto cfr. E. GROSSO, A. POGGI, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2/2018, 5.

⁶ Si fa riferimento alle implicazioni finanziarie riscontrabili nel portato attuativo dell'art. 5 dell'Accordo generale del 25 febbraio 2019: per un approfondimento sulle possibili conseguenze che tale disposizione avrebbe potuto produrre sulla tenuta del sistema di coesione nazionale, in particolare sotto il profilo del rispetto dei diritti sociali, sia consentito fare riferimento a C. B. CEFFA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei diritti sociali: profili di compatibilità costituzionale e potenziali benefici*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2019, 7 ss.

l'apertura di un nuovo dibattito sugli effetti del regionalismo differenziato, ben simboleggiata dall'elaborazione da parte del Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie, on. Boccia, di una bozza di legge quadro⁷ affinché gli effetti del processo di asimmetria non rischino di mettere nuovamente in dubbio il rispetto dei vincoli della solidarietà interregionale e del principio di unità della Repubblica consacrati negli artt. 119 e 5 Cost.

Il citato progetto di legge quadro, finalizzato ad una procedimentalizzazione costituzionalmente orientata dell'attribuzione dell'autonomia differenziata⁸, si interessa, infatti, all'art. 1 degli obiettivi e delle modalità di attuazione alle quali le intese fra lo Stato e le Regioni interessate dovranno conformarsi al fine di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni e gli obiettivi di servizio su tutto il territorio nazionale, mentre all'art. 2 dedica spazio alla sequenza procedurale che dovrà seguire l'avvenuta sottoscrizione dell'intesa con la Regione interessata⁹.

Al di là di ogni valutazione circa l'opportunità di scegliere uno strumento normativo non espressamente richiamato dall'art. 116, comma 3, Cost.¹⁰, la bozza di legge quadro omette di riservare una specifica attenzione nei confronti del primo dei due momenti di cui si compone la complessa procedura che l'articolo traccia, lasciando così intatto uno dei principali nodi problematici, oggetto di posizioni dottrinali diametralmente opposte.

Nessun elemento, infatti, viene fornito riguardo alle modalità, tempistiche o principi che dovrebbero presiedere ed orientare il momento generativo dell'in-

⁷ Contenente “*Principi per l'attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia e le modalità di definizione dei Lep e degli obiettivi servizio*”.

⁸ La presenza di una legge attuativa dell'art. 116, comma 3, Cost. è dai più ritenuta opportuna ma non prettamente necessaria, potendo qualificarsi la disposizione come immediatamente esecutiva: sul punto si rinvia ad esempio ad A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007, 154; A. ANZON DEMMING, *Quale regionalismo differenziato?*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1/2008, 57; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *www.dirittoestoria.it*, 15/2017, 8.

⁹ Nel testo dell'art. 1 della bozza di legge quadro, si può leggere che “Il Ministro per gli affari regionali e le autonomie trasmette al Parlamento l'Accordo sottoscritto con il Presidente della Regione interessata per l'espressione del parere da parte della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, della Commissione parlamentare per le questioni regionali e delle Commissioni parlamentari competenti per materia. Le Commissioni si esprimono entro 60 giorni dalla trasmissione e i relativi pareri sono trasmessi a Governo e a Regioni per le rispettive valutazioni (comma 2). Il Governo delibera sul disegno di legge che approva l'Intesa che attribuisce ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai fini della sua presentazione al Parlamento entro 30 giorni dalla sottoscrizione dell'intesa da parte del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro degli affari regionali e le autonomie delegato e del Presidente della Regione (comma 3).

¹⁰ In merito è stato, infatti, rilevato che “*la legge-quadro, come legge ordinaria, non potrebbe vincolare né nei contenuti né nelle forme la legge atipica di approvazione delle intese*”: cfr. S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *www.dirittiregionali.it*, 3/2019, 6.

tesa che deve necessariamente raggiungersi tra lo Stato e la Regione interessata affinché si addivenga alla devoluzione dell'autonomia negoziata.

Poiché si può ritenere che, proprio per la parentesi di attesa che si è momentaneamente aperta sulla corrente stagione del regionalismo differenziato, gli unici documenti ancora muniti di indicazioni orientative dotate di una certa consistenza¹¹, siano rappresentati dai tre pre-accordi sottoscritti dal Governo Gentiloni in data 28 febbraio 2018 – non a caso ricomparsi in sostituzione degli accordi del 25 febbraio 2019 sul sito del Dipartimento per gli Affari regionali – si tenterà di offrire un contributo alla riflessione intorno alla procedimentalizzazione legislativa dell'autonomia differenziata, in particolare sotto il profilo generativo dell'intesa, trascurato dalla recente bozza di legge quadro e per questo motivo ancora presumibilmente agganciato al richiamo dell'art. 8, comma 3, Cost. operato proprio da tali accordi preliminari.

Inoltre, pare opportuno riservare una specifica attenzione ad un principio sinora non sufficientemente valorizzato nell'attuale contesto dell'autonomia differenziata, rappresentato dalla leale collaborazione tra Stato e Regioni, al fine di offrire alcuni elementi di riflessione utili anche al segmento iniziale della procedura di differenziazione. Rapportato a tale principio infatti, il richiamo all'art. 8, comma 3, Cost. sembra a maggior ragione inadeguato a supportare la procedimentalizzazione della fase iniziale della clausola di asimmetria, rappresentata dall'intesa da concludersi tra lo Stato e la Regione, le cui regole procedurali dovrebbero, invece, rispondere maggiormente alla preminente logica perseguita dalla riforma del Titolo V della Costituzione, rappresentata ovvero dal desiderio di un rilancio del progetto regionalista italiano.

2. I dubbi prospettati in ordine all'opportunità di richiamare l'art. 8, comma 3, Cost., per la procedimentalizzazione dell'art. 116, comma 3, Cost.

L'adesione nei pre-accordi del 28 febbraio 2018, ai fini dell'operatività della clausola di asimmetria ex art. 116, comma 3, Cost., allo schema procedurale sedimentato in via di prassi¹² per la stipulazione e successiva traduzione in legge delle intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica ex art. 8, comma 3,

¹¹ La bozza di legge quadro riprende infatti alcuni elementi dei pre-accordi del 28 febbraio 2018, come ad esempio la previsione relativa al monitoraggio e possibilità di modifica dell'intesa (art. 1, comma 4, della bozza).

¹² Mancando norme specifiche per la stipulazione delle intese ed essendo molto ridotte quelle contenute nella legge n. 400/1988, il cui art. 2, terzo comma, lett. i) e j) sottopone alla deliberazione del Consiglio dei Ministri gli atti relativi alle procedure concernenti i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose, il relativo iter è attualmente disciplinato sulla base di una prassi consolidatasi nel tempo.

Cost.¹³ ha, come noto, ingenerato una serie di perplessità, tanto sul versante della diversità giuridica degli interlocutori coinvolti, quanto su quello della diversa *ratio* alla base dei due strumenti costituzionali.

Nonostante, infatti, le assonanze presenti nelle due disposizioni, riconducibili sul fronte testuale, al richiamo di un'intesa da approvarsi preliminarmente con il Governo e, sul piano funzionale, allo scopo di confezionare una disciplina, derogatoria rispetto a quella comune¹⁴, ritagliata su misura delle esigenze della confessione religiosa acattolica o della Regione a statuto ordinario, il confronto fra le stesse si è mostrato fin da subito poco persuasivo¹⁵.

Fra le questioni maggiormente dibattute in ordine alla possibilità di assimilare la procedura di differenziazione dell'art. 116, comma 3, Cost. a quella invalsa per la stipulazione delle intese religiose, una fra tutte ha ricevuto un'attenzione maggiore: si tratta di quella riguardante il ruolo da assegnarsi al Parlamento in sede di approvazione del progetto di legge di recepimento dell'intesa siglata fra il Governo e la Regione interessata, in particolare sotto il profilo della possibilità per l'Assemblea legislativa nazionale di apportare emendamenti al testo di legge¹⁶.

Su tale versante, infatti, il dibattito dottrinale è stato alimentato da posizioni nettamente divergenti, ora volte ad escludere, in ragione dell'analogia con il procedimento ex art. 8, comma 3, Cost., tale facoltà perché proveniente da un soggetto diverso da quelli costituzionalmente legittimati a raggiungere l'accordo¹⁷, ora tese, invece, a sostenere la necessità di un coinvolgimento pieno del

¹³ La previsione per cui “l'approvazione da parte delle Camere dell'intesa, che sarà sottoscritta ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, avverrà in conformità al procedimento, ormai consolidato in via di prassi, per l'approvazione delle intese fra lo Stato e le confessioni religiose, di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione” compare in modo identico nei tre pre-accordi.

¹⁴ Con riguardo alle Regioni ordinarie si fa riferimento al riparto di competenze tracciato dall'art. 117 Cost; in riferimento alle confessioni religiose si intende invece l'applicazione della c.d. legge sui culti ammessi, l. n. 1159/1929 e relativo regolamento di attuazione r.d. n. 289/1930.

¹⁵ G. D'ANGELO, *L'utile “fine del monopolio delle scienze ecclesiasticistiche. Prime riflessioni su diritto ecclesiastico e autonomia differenziata delle Regioni ordinarie*, in *www.statoe.chiese.it*, 10/2019, 5. Parla di “evidenti differenze che intercorrono fra i due tipi di intesa” anche F. BALSAMO, *Regionalismo differenziato e libertà religiosa*, in *www.Federalismi.it*, 18/2019, 4.

¹⁶ La novità della procedura stabilita nell'art. 116, comma 3, Cost., unitamente al silenzio in merito dei regolamenti parlamentari, ha aperto alla questione sulla disciplina tecnica da seguirsi in sede di esame della legge parlamentare di differenziazione: se da un lato, infatti, la mancanza della previsione di una procedura *ad hoc* potrebbe far ritenere applicabile *tout court* la disciplina ordinaria per l'esame in sede referente, dall'altro, i tratti di novità immessi dall'art. 116, comma 3, Cost. potrebbero far propendere per “un'inedita procedura di esame che ben potrebbe derogare ad alcune delle regole del procedimento legislativo ordinario”. Sul punto cfr. A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul “regionalismo differenziato” e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, in *www.Federalismi.it*, 17/2019, 3.

¹⁷ Fra i molti a sostenere che l'intesa stipulata con il Governo dovrebbe essere trasfusa

Parlamento, non limitato ad una semplice approvazione o meno della legge di differenziazione ma esteso anche ad un potere di modifica dei suoi contenuti.

L'inclinazione a sposare l'una o l'altra delle tesi menzionate è destinata a produrre immediati risvolti anche sul piano delle fonti del diritto, identificando l'atto costituzionalmente legittimato all'attribuzione delle condizioni di autonomia differenziata alternativamente nell'intesa, con la conseguenza che la legge di differenziazione rivestirebbe la qualifica di legge meramente formale, o nella legge di approvazione parlamentare, qualificata in tale caso come provvedimento di natura sostanziale abilitato ad innovare i contenuti dell'accordo preliminarmente negoziato.

Ad aver fatto maggiormente propendere per la seconda delle due tesi prospettate è stato il diverso fondamento costituzionale ricavabile dall'interpretazione sistematica delle disposizioni interessate.

A differenza della legge di recepimento dell'intesa ex art. 116, comma 3, Cost., costitutiva di una nuova e diversa configurazione dell'autonomia regionale concertata con l'ente interessato, la legge di approvazione dell'intesa con la confessione religiosa acattolica si ritiene pacificamente certificativa¹⁸ (*rectius* dichiarativa) di una condizione preesistente di autonomia della relativa formazione sociale, con la conseguente impossibilità per il Parlamento di apportare modifiche di carattere sostanziale al testo dell'intesa.

Coinvolgendo in un'interlocuzione democratica due ordinamenti originari ed autonomi, l'intesa sottoscritta ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost. deve, infatti, ritenersi in parte assimilabile alla stipulazione di un trattato internazionale, con l'ovvia conseguenza per cui l'intervento parlamentare di modifica dell'articolo presentato con il disegno di legge di iniziativa governativa si riterrebbe lesivo del principio costituzionale di distinzione degli ordini e, costituendo modifiche apportate *inaudita altera parte*, anche del principio di bilateralità necessaria¹⁹, indegabile nella materia dei rapporti Stato-confessioni.

senza alterazioni in un disegno di legge sul quale il Parlamento poi dovrebbe esprimere un mero assenso o rifiuto cfr. N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 57; S. MANGIAMELLI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Le Regioni*, 4/2017, 668; P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell'art. 116.3 Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2/2018, 167 e 168; G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, 10 ss.

¹⁸ A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul "regionalismo differenziato"*, cit., 4.

¹⁹ F. FRENI, *L'iter delle intese sui rapporti Stato-confessioni ristretto fra discrezionalità politica e insicurezza presunta*, in *www.statoeChiese.it*, 30/2018, 3.

3. *L'ulteriore criticità rinvenibile nel momento generativo dell'intesa*

Le ragioni sopra esposte hanno progressivamente consolidato all'interno del contesto accademico ed istituzionale italiano la convinzione circa l'inadeguatezza del richiamo al procedimento di approvazione legislativa dell'intesa con le confessioni religiose acattoliche a supporto della procedimentalizzazione della legge rinforzata sul regionalismo differenziato: tuttavia, deve rilevarsi un'ulteriore argomentazione a sostegno dell'inidoneità dell'analogia con l'art. 8, comma 3, Cost.

Il richiamo a tale disposizione non includerebbe, infatti, unicamente la procedura relativa alla traduzione legislativa dell'intesa, ma si estenderebbe fino a ricomprenderne anche la fase iniziale, relativa all'avvio delle trattative con il Governo, con la conseguenza che tale specifico segmento di procedura, come certificato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale con la sentenza n. 52/2016 che ne ha ravvisato la valenza di atto politico da parte dell'Esecutivo, non darebbe un diritto alle Regioni ordinarie all'apertura di un negoziato propeedeutico all'intesa²⁰, così come, proprio a seguito di quella pronuncia, tale diritto non è riconosciuto alle confessioni religiose acattoliche.

Alle origini della sentenza n. 52/2016 v'era stata la contestazione da parte del Governo, poi tradottasi in un conflitto di attribuzione risolto dalla Corte costituzionale a favore di quest'ultimo, della tesi sostenuta dalla Corte di Cassazione circa la doverosità dell'avvio delle trattative da parte dell'Esecutivo nazionale per la conclusione di un'intesa ex art. 8, comma 3, Cost.

In tale occasione il Governo aveva affermato, al contrario, la natura di atto politico dell'avvio dell'intesa prodromica all'inizio del procedimento legislativo finalizzato all'approvazione della legge regolativa dei rapporti tra Stato e confessione religiosa, sottolineando, inoltre, la propria discrezionalità, per l'appunto politica, nel non dare alcun successivo seguito all'accordo negoziato²¹.

Anche in ragione di tale argomentazione la Corte costituzionale accoglieva il ricorso governativo asserendo che “*non si comprende a che scopo imporre l'illusoria apertura di trattative di cui non si assume garantita giudizialmente la conclusione*”, sancendo dunque, *de facto*, un vero e proprio parallelismo logico fra l'inesistenza di un diritto all'avvio dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost. ed uno alla sua conclusione.

Al di là della discrepanza procedurale per cui, conclusa l'intesa ex art. 116,

²⁰ Per un commento alla sentenza che ha ritenuto non giustiziabile la pretesa all'avvio da parte del Governo delle trattative preordinate alla conclusione di un'intesa ex art. 8, comma 3, Cost., si rinvia, fra i molti, a R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in www.forumcostituzionale.it, 21 marzo 2016; A. PIN, *L'inevitabile carattere politico dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: brevi osservazioni a proposito della sentenza n. 52/2016*, in *Federalismi.it*, 7/2016.

²¹ R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri*, cit., 2.

comma 3, Cost., è opinione consolidata che sia in capo alla Regione il potere di iniziativa legislativa volto ad attivare l'iter per l'approvazione della legge, in quanto soggetto direttamente interessato all'esercizio di quelle "forme e condizioni particolari di autonomia"²², assegnare all'art. 8, comma 3, Cost. una precisa valenza di ordine procedurale nei confronti dell'attuazione della clausola di asimmetria rischia, quindi, di recare con sé gravose conseguenze sul piano dell'(in)esistenza di un diritto delle Regioni ad ottenere, se non un sicuro approdo negoziale²³, quanto meno l'inizio di un dialogo con il Governo centrale per un confronto sull'opportunità di una differenziazione competenziale.

L'esistenza di tale posizione soggettiva di cui sarebbero titolari le Regioni a statuto ordinario – peraltro, occorre segnalare, non pacifica a livello dottrinale²⁴ – risulterebbe infatti preclusa laddove si assumesse come certo il richiamo al modello applicativo di cui all'art. 8, comma 3, Cost., il quale non solo recherebbe con sé il bagaglio dell'esperienza sviluppata in via di prassi nella regolazione dei rapporti tra Stato e confessioni religiose ma anche quello, decisamente più gravido di conseguenze, del ricordato precedente giurisprudenziale.

Inoltre, la sussistenza di un diritto in capo alle Regioni all'avvio delle trattative propedeutiche alla stipulazione dell'intesa, pare confermata dall'unica disposizione direttamente attuativa dell'art. 116, comma 3, Cost.²⁵, la quale prevede che il Presidente del Consiglio dei Ministri ed il Ministro per gli Affari regionali abbiano un obbligo di attivazione per l'avvio dei negoziati entro il termine di 60 giorni dal ricevimento dell'invito rivolto loro dal Presidente della Giunta della Regione interessata.

La previsione per l'Esecutivo nazionale di un termine entro il quale sedersi al tavolo delle trattative con le Regioni interessate all'attivazione della clausola di autonomia differenziata, risulta, quindi, ispirata ad una concezione diametral-

²² Anche se, in linea astratta, si possono ipotizzare due distinte forme di iniziativa per la legge deputata ad incorporare l'intesa, regionale o governativa, nell'opinione dominante si ritiene che il procedimento legislativo atipico di cui all'art. 116, comma 3, Cost. si caratterizzi per alcuni elementi essenziali "individuati nell'iniziativa legislativa affidata, in via esclusiva, alla stessa Regione": cfr. M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, cit., 153; G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale*, cit., 20.

²³ Deve infatti precisarsi che il principio di leale collaborazione che permea anche l'art. 116, terzo comma, Cost. si traduce non in un'obbligazione di risultato, bensì in un vincolo di metodo; cfr. M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo "differenziato", tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale). Profili procedurali*, in *www.Federalismi.it*, 17/2019, 23.

²⁴ Fra coloro non concordi nel riconoscere l'esistenza di tale diritto in capo alle Regioni cfr. F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 e 2; R. DICKMANN, *Note in tema di legge di attribuzione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 5, 18; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019, 9.

²⁵ Introdotta dalla legge di stabilità del 2014 (art. 1, comma 571, legge 27 dicembre 2013, n. 14771).

mente opposta a quella consacrata dalla giurisprudenza costituzionale in riferimento all’attivazione delle trattative con le confessioni religiose, rispondendo, difatti, a quella logica della leale collaborazione tra Stato e Regioni che dovrebbe dominare nei rapporti tra enti territoriali di governo.

È, infatti, opportuno ricordare come il principio di leale collaborazione che permea molte delle disposizioni del rinnovato Titolo V in materia di rapporti intersoggettivi tra enti territoriali, fra cui deve annoverarsi certamente anche l’art. 116, comma 3, Cost., si traduca in quest’ultima disposizione e con riferimento all’intesa che deve intercorrere fra le parti²⁶, non in un’obbligazione di risultato, bensì in una di mezzi²⁷ che obbliga il Governo a porre tutte le premesse per un reale tentativo di attuazione delle aspirazioni costituzionalmente legittime verso un regionalismo asimmetrico.

Interpretata in questa prospettiva, l’intesa può, in effetti, essere qualificata come uno strumento espressivo del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni²⁸.

Alla luce delle considerazioni svolte pare, dunque, ragionevole riconoscere in capo al Governo l’obbligo di instaurare e di condurre un leale confronto istituzionale con le Regioni interessate alla differenziazione prevista dall’art. 116, comma 3, Cost., in assenza del quale tale facoltà espressamente conferita dalla Carta fondamentale alle autonomie territoriali resterebbe priva di effettivi strumenti di invero.

4. *Alcune riflessioni conclusive sui risvolti applicativi del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni nella logica del regionalismo differenziato*

Sulla base delle riflessioni condotte sembra, a maggior ragione, doversi disconoscere *in nuce* l’accostamento a fini procedimentali dell’art. 8, comma 3, Cost. all’art. 116, comma 3, Cost., dovendosi rigettare, con riferimento all’attivazione della clausola di asimmetria, ogni tentativo volto a negare un diritto delle Regioni a statuto ordinario all’avvio delle trattative con il Governo sulla base dell’inesistenza di una parallela pretesa alla conclusione positiva delle stesse.

Se è vero, infatti, che la mancanza di una normativa di attuazione dell’art. 116, comma 3, Cost. consente una certa discrezionalità politica nella gestione

²⁶ Sulla nozione di intesa nei rapporti tra Stato e Regioni, si rinvia *ex multis* ad A. D’ATENA, *Sulle pretese differenze tra intese «deboli» e pareri, nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3908 ss.

²⁷ M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo “differenziato”*, cit., 23.

²⁸ Così, M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo “differenziato”*, cit., 30; F. GALLARATI, *Il ruolo del Parlamento nell’attuazione del regionalismo differenziato tra Italia e Spagna*, in *DPCE online*, 1/2019, 82.

delle trattative, così come nella determinazione dei contenuti delle intese²⁹, deve però altrettanto correttamente negarsi la qualifica “politica” della decisione del Governo di avviare i relativi negoziati, svuotandosi altrimenti di significato quell’aspirazione costituzionalmente codificata delle Regioni alla differenziazione competenziale.

A supporto di questa tesi si stagliano, in aggiunta, le implicazioni giurisprudenziali derivanti proprio dal principio di leale collaborazione, in ragione del quale, a partire dalla sentenza n. 204/1993 della Corte costituzionale, il Governo, nell’ambito di atti potenzialmente idonei ad invadere la sfera di competenza delle Regioni³⁰, è tenuto a motivare il rifiuto dello strumento concertativo dell’intesa, andando a dichiarare “*i motivi, formali e sostanziali, che vengono a opporsi all’intesa o all’assenso*”³¹.

La leale collaborazione, introdotta come principio a partire dagli anni ‘80³² del secolo scorso dalla giurisprudenza costituzionale trova nell’art. 116, comma 3, Cost. una delle sue maggiori espressioni, esternandosi nell’ambito di un meccanismo di partecipazione delle Regioni a processi decisionali caratterizzati da un livello di cooperazione realmente significativo³³.

Il procedimento previsto per l’adozione della legge di differenziazione è, infatti, pervaso dal principio di leale collaborazione in entrambe le sue fasi, costituite dall’intesa e dall’approvazione parlamentare a maggioranza assoluta da parte di entrambe le Camere della legge che la deve recepire. Tanto nel primo quanto nel secondo momento, infatti, lo Stato non può procedere unilateralmente all’adozione della normativa, pur di sua competenza, nemmeno se all’esito di reiterate trattative insufficienti a condurre ad un accordo su un testo condiviso, non sussistendo nel caso di specie alcuna *impasse* istituzionale consequenziale al mancato raggiungimento dell’accordo, in assenza del quale continuerà, infatti, ad applicarsi la vigente disciplina in materia di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni.

La traduzione operativa della leale collaborazione all’interno del procedi-

²⁹ F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta*, cit., 4.

³⁰ Nel caso di specie la Consulta aveva risolto un conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Friuli Venezia Giulia nei confronti di sette provvedimenti adottati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento affari regionali con i quali il Governo aveva manifestato un’opposizione piena senza addurre alcuna motivazione (espressa con la formula del rifiuto dell’intesa) allo svolgimento di iniziative ed attività che la Regione aveva dichiarato di voler svolgere all’estero.

³¹ Punto 4 del considerato in diritto.

³² Per una ricognizione del citato principio si rinvia a A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in E. BETTINELLI – F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale, Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003*, Torino, 2004; C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, 2007.

³³ P. BILANCIA, *Verso un federalismo cooperativo?*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 73.

mento di differenziazione competenziale richiede, inoltre, un grado di coinvolgimento degli attori interessati dal processo (Regioni, Governo, Parlamento, autonomie locali) tale da rispettare non solo i rispettivi ruoli e prerogative costituzionali, ma anche, se non soprattutto, gli ulteriori criteri orientativi a presidio di questo peculiare ed innovativo meccanismo legislativo di attribuzione concertata di un'ulteriore autonomia, rappresentati dai canoni della sussidiarietà, negoziazione e co-decisione.

Quest'ultimo elemento non smentisce la tesi, in precedenza sposata, della possibilità riconosciuta al Parlamento di operare modifiche al testo del progetto di legge avente ad oggetto l'autonomia negoziata: in una simile, ed invero molto probabile, evenienza sarà infatti sufficiente sottoporre gli emendamenti apportati all'attenzione della Regione interessata affinché la stessa possa approvarli o meno.

Il principio di leale collaborazione tra Stato e autonomie territoriali calato nella logica del regionalismo differenziato deve, dunque, tradursi in una serie di accorgimenti che restituiscano il senso profondo dell'espressione utilizzata nell'art. 116, comma 3 Cost, “sulla base di intesa”.

Un rigoroso rispetto di tale dicitura richiede, infatti, da un lato e con riguardo alla prima delle due fasi di cui si compone la procedura, la predisposizione di ogni condizione che agevoli l'instaurazione dell'intesa e, dall'altro, con riguardo al momento dell'esame e dell'approvazione parlamentare del disegno di legge, il rispetto dei contenuti dell'intesa, le cui eventuali variazioni dovranno sempre essere riportate alla logica della co-decisione che rappresenta il cuore pulsante della collaborazione leale fra gli attori coinvolti.

Osservata da questa prospettiva la cooperazione fra Stato e Regioni, notoriamente contrassegnata da una certa debolezza³⁴, ha nella corrente stagione del regionalismo differenziato una straordinaria opportunità di rinnovarsi e di far, finalmente, acquisire nuova linfa vitale al sistema di relazioni tra centro e periferia.

³⁴ A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista Aic*, 3/2019, 123.

Abstract

L'articolo si propone di evidenziare un profilo, ancora poco esplorato, di inadeguatezza del richiamo dell'art. 8, comma 3, Cost. in relazione alla proceduralizzazione dell'approvazione legislativa dell'intesa fra Stato e Regioni, necessaria ai fini dell'attuazione del regionalismo differenziato. Tale disposizione porta, infatti, con sé il bagaglio della relativa giurisprudenza costituzionale che ha constatato la natura politica, quindi insindacabile, della decisione del Governo di avviare il confronto ai fini del raggiungimento di un'intesa con le confessioni acattoliche. Quest'ultima, invece, nell'ambito del regionalismo differenziato, dovrebbe inserirsi nel diverso assetto che ispira il Titolo V Cost., all'interno del quale i rapporti tra Stato e Regioni sono connotati dal principio di leale collaborazione.

“Agreement it's not enough”. Reasoning about the principle of loyal collaboration between the State and the Regions in the perspective of differentiated regionalism

by Claudia Bianca Ceffa

Abstract (eng): The article aims to highlight a profile, still unexplored, of the inadequacy of the reference to art. 8, paragraph 3, of the Constitution in relation to the proceduralization of the legislative approval of the agreement between the State and the Regions, necessary for the implementation of differentiated regionalism. This provision, in fact, brings with it the baggage of the related constitutional jurisprudence, which has established the political nature, therefore unquestionable, of the Government's decision to start discussions in order to reach an agreement with non-Catholic confessions. The latter, on the other hand, in the context of differentiated regionalism should fit into the different structure that inspires Title V of the Constitution, within which the relations between the State and the Regions are characterized by the principle of loyal collaboration.

Note sulla dimensione amministrativa del regionalismo differenziato

di Giuseppe Carlo Ricciardi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dimensione amministrativa del regionalismo (differenziato): «In principio sono le funzioni», non le materie. – 3. Il rapporto tra funzioni e risorse umane: tendenziale irreversibilità del procedimento verso l'autonomia differenziata ed esigenze di ristrutturazione del governo locale. – 4. Il rapporto tra funzioni e risorse finanziarie: principio di responsabilità ed autonomia “dalle risorse”. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Pochi temi animano il confronto tra opinioni faticosamente conciliabili come quelli rivolti a modificare, specialmente a Costituzione invariata, il riparto delle competenze tra Stato e Regioni. Tale frizione muove dalla latente tensione riscontrabile tra principio autonomistico e principio di unità ed indivisibilità della Repubblica, i quali riemergono ciclicamente in apparente contrapposizione l'uno rispetto all'altro, poiché vengono ad operare su piani differenti¹, con la conseguenza che all'aumentare della confusione ermeneutica tra i due distinti livelli, corrisponde una maggiore tensione dialettica tra i due principi².

Nell'alveo dei temi richiamati, recentemente uno spazio di rilievo è stato assunto dal regionalismo differenziato. La dottrina che ha sinora analizzato l'art. 116, comma 3, Cost., si è concentrata su svariati temi collegati con la finalità di dirimere profili interpretativi scarsamente illuminati dal dettato testuale³.

¹ In questi termini, G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Zanichelli, Bologna-Roma 1975, 277 ss., spec. 293.

² Non stupisce, dunque, il rilievo assunto dalla Corte costituzionale nell'attività di interpretazione del riparto di competenze legislative sotteso all'art. 117 Cost., il quale propende per in sistema normativo policentrico che inevitabilmente produce una tensione tra opposti interessi, dei quali si fanno portatori il legislatore nazionale e quelli regionali. A tal proposito v., ad es., G. VERDE, *Alcune considerazioni sulla potestà legislativa statale e regionale nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2002, 549 ss.

³ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al valore pretesamente vincolante dei preaccordi del 28 febbraio 2018, al perimetro delle richieste afferenti alla possibile differenziazione regionale, alla misura ed alle modalità di consultazione degli Enti locali, alla natura e alla funzione dell'atto di impulso regionale rispetto al percorso di differenziazione, alla titolarità di iniziativa legislativa in ordine alla futura legge di differenziazione, al rapporto tra intesa e legge di devoluzione dell'autonomia negoziata, al ruolo ed al possibile protagonismo del Parlamento, al regime di monitoraggio ed implementazione nel tempo dell'intesa eventualmente raggiunta tra Esecutivi regionali e nazionale ed ai molti altri profili di natura sostanziale e procedimentale che gli osservatori accademici ed istituzionali hanno ritenuto di approfondire nell'ottica richiamata. Sul punto, cfr. anzitutto i contributi raccolti nel numero monografico della Rivista *Le Regioni*, 4, 2017, a partire da G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, *ivi*, p.

Nel dibattito pubblico ed accademico pare emergere una certa tendenza a sottolineare criticità legate specialmente a profili di carattere tecnico-procedurale⁴, lasciando in disparte elementi di riflessione sul fronte applicativo gravidi di implicazioni per la buona riuscita del percorso giuridico-istituzionale che conduce all'eventuale ulteriore differenziazione regionale. Sulla base di questa premessa, dunque, si propongono alcuni spunti di riflessione tra loro connessi ed ascrivibili a quella che potremmo definire la *dimensione amministrativa* del regionalismo differenziato.

2. *La dimensione amministrativa del regionalismo (differenziato): «In principio sono le funzioni», non le materie*

Finora l'attenzione dei commentatori impegnati ad analizzare le dinamiche di questa nuova stagione del regionalismo italiano ha coinvolto tematiche in larga parte riconducibili alla dimensione costituzionalistica del regionalismo asimmetrico⁵.

Tuttavia, la stagione del c.d. “terzo trasferimento di funzioni” operato a partire dalla L. n. 59 del 1997, ci insegna che molte delle innovazioni sostanziali sottese ad ampia parte dei settori qualificanti l'intervento ed il dinamismo delle Regioni si sono evolute, anzitutto, sul piano amministrativo, come accaduto ad esempio con riferimento alla nascita dei sistemi sanitari regionali a Costituzione invariata, prima della riforma del Titolo V⁶. Del resto, l'intera storia del regionalismo italiano, dagli anni Settanta ad oggi, è imperniata sul concetto di “funzione amministrativa”, sia essa *trasferita* come accaduto con il primo ed il secondo trasferimento⁷ di funzioni, sia essa *delegata* dallo Stato alla Regione o, come modalità di esercizio in via ordinaria delle funzioni regionali, dalle Regioni

625 ss., cui si aggiungano gli interventi ai numerosi Convegni di Studi svoltisi negli ultimi due anni ed apparsi o in corso di pubblicazione su *questa Rivista*, nonché in *Astrid Rassegna*, *Federalismi.it*, *Le Istituzioni del Federalismo*, *Rivista AIC*, *Diritti Regionali*, *Dirittifondamentali.it*.

⁴ Cfr., ad es., il contributo di A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, in *Federalismi.it*, 21/2018.

⁵ Per una ricostruzione complessiva, cfr. il pregevole saggio di L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 4/2018.

⁶ Così A. VENTURI, *Prefazione. I “sentieri neri” del regionalismo asimmetrico*, in G.C. RICCIARDI (a cura di), *Il regionalismo asimmetrico. Appunti e spunti sui riflessi nei confronti delle autonomie territoriali e funzionali*, Quaderni della Fondazione Giandomenico Romagnosi, 2/2019, 4 ss.

⁷ Concretizzatosi con le Leggi delega 16 maggio 1970, n. 281 e 22 luglio 1975, n. 382 nonché con i decreti delegati consequenziali.

agli Enti infra-regionali⁸, oppure sia essa *conferita*⁹ ed eventualmente *riallocata*¹⁰, ai sensi dell'attuale art. 118 Cost.

Anche l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. non sfugge a tale dimensione, connotata da una sedimentata specializzazione regionale nell'esercizio di specifiche competenze – che prelude alle richieste di Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna – e da una costante ricerca di spazi di intervento maggiormente qualificati, svincolati dalla presunta inadeguatezza del centro a comprendere le esigenze dei territori.

La centralità del rilievo conferibile alle funzioni amministrative favorisce il richiamo ad una prima questione, vale a dire quella del numero e della centralità delle materie oggetto dell'intesa tra Stato e Regioni. Sul punto, richieste meglio ponderate e più circoscritte avrebbero agevolato svolgimenti del dibattito più sereni e distaccati¹¹; invece, le tre Regioni richiamate hanno chiesto ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in relazione ad un minimo di 15 materie (Emilia Romagna) tra quelle di cui all'art. 116, comma 3, Cost., sino ad un massimo di 23 ambiti materiali (per il Veneto, a fronte dei 20 che riguardano la Lombardia) – cioè tutti quelli potenzialmente oggetto dell'intesa – probabilmente con la finalità di raggiungere una soluzione di mezzo¹².

Riesce criticabile una scelta dai contenuti *omnibus*, come quella operata dalle tre Regioni richiedenti, anzitutto perché vi sono materie che probabilmente mal si attagliano ad una gestione a livello del governo regionale. Peraltro, la medesima riserva è enucleabile anche rispetto alle molte altre Regioni italiane che hanno adottato atti di indirizzo in tal senso, sospinte probabilmente più dalla volontà di adottare una politica di conservazione dello *status quo ante* rispetto all'allerta causata dall'orizzonte di una temibile «secessione dei ricchi»¹³, piuttosto che non in ragione di oggettive esigenze di ulteriore differenziazione. Richieste più circostanziate avrebbero probabilmente sotteso un'istruttoria regionale più approfondita, sia in relazione alle reali potenzialità del percorso di ulteriore differenziazione-

⁸ Cfr., per i profili di interesse, F.A. ROVERSI MONACO, *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Milano, 1970; U. POTOTSCHNIG, *La delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali*, in *Foro amm.*, 1971, 427 ss., ora in ID., *Scritti scelti*, Padova, 1999, 459 ss.

⁹ Si inizia a parlare di *conferimento* di funzioni, in particolare, con la Legge n. 59/1997 ed il conseguente D. Lgs. 112/1998, n. 112.

¹⁰ Cfr. ad es. F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Ist. Federalismo*, 2003, 843 ss.

¹¹ A tale aspetto si aggiunga quello dell'opacità dell'interlocuzione tra Regioni ed Esecutivo, come sottolinea L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 576.

¹² Cfr. il quadro sinottico proposto da F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, in *Federalismi.it*, 6/2019, 19 ss., il quale si riferisce agli accordi del 25 febbraio 2019.

¹³ È questo lo scenario che descrivono, ad es., G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2019; M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Napoli, 2019.

ne competenziale, sia con riferimento alle modalità di attuazione amministrativa connessa alle maggiori funzioni devolute nonché, da ultimo, alla sussistenza della capacità amministrativa propedeutica a far fronte alle diverse ulteriori materie e funzioni potenzialmente loro ascrivibili.

Infatti, come ammoniva Massimo Severo Giannini, «in principio sono le funzioni»¹⁴. Con tale assunto, il Maestro sottolineava il metodo da adottare a fronte di qualsiasi riorganizzazione della pubblica amministrazione: per tale ragione la questione non è estranea al regionalismo differenziato, anzi, risulta endogena allo stesso, dal momento che le ulteriori competenze sono necessariamente sempre seguite da rinnovate esigenze di strutturazione degli uffici e delle risorse umane, finanziarie e strumentali correlate all'esercizio dei nuovi compiti¹⁵. Il cuore del regionalismo differenziato – a prescindere dal dato letterale inferibile dalla Costituzione, che si richiama alle materie – può ricercarsi, dunque, nell'esercizio di “ulteriori” funzioni amministrative rivendicabili oppure in innovativi paradigmi¹⁶ di esercizio delle funzioni amministrative correlate alle materie di competenza concorrente, piuttosto che nella possibilità della Regione di legiferare nelle materie oggetto delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia.

Infatti, l'eventuale richiesta delle Regioni interessate di poter legiferare in settori afferenti a materie rientranti nella competenza concorrente avrebbe una particolare valenza se solo lo Stato avesse già predisposto – nei quasi venti anni dalla revisione del Titolo V della Costituzione – le normative di principio alle quali le Regioni avrebbero dovuto conformarsi; senonché, risulta che lo Stato non abbia quasi mai esercitato tale competenza legislativa¹⁷ a far data dalla Legge cost. n. 3 del 2001. Tale frangente ha limitato in concreto la potestà legislativa delle Regioni laddove (cioè in quasi tutti i casi) esistessero normative statuali antecedenti la riforma del Titolo V che potessero ritenersi comunque espressione dei principi fondamentali di derivazione statale, secondo l'interpretazione offerta dalla Consulta all'indomani del rinnovato assetto di competenze accolto nel Titolo V della Costituzione¹⁸. Le ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, dunque – se si escludono le materie di competenza esclusiva statale

¹⁴ M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1957, 11 ss.

¹⁵ Per una disamina dei legami che intercorrono tra azione amministrativa ed organizzazione, v. G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Giappichelli, Torino 2013, 11 ss. Peraltro, individuava una continuità tra organizzazione ed attività già M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 124 ss.

¹⁶ In merito alle declinazioni dell'autonomia organizzativa degli Enti, v. M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e di buona amministrazione*, Napoli, 1995.

¹⁷ Ribadisce tale aspetto, ad es., S. MANGIAMELI, *Il regionalismo differenziato e la salvaguardia degli interessi nazionali*, in GRUPPO PD SENATO (a cura di), *Il Regionalismo differenziato tra autonomia e solidarietà*, Tipografia del Senato della Repubblica, Roma, 2019, 9 ss.

¹⁸ *Ibidem*.

di cui alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s) per le quali il regionalismo differenziato potrebbe condurre ad un'oggettiva innovazione – dovrebbero per vero risolversi “soltanto” in innovativi paradigmi di esercizio delle funzioni amministrative correlate alle materie di competenza concorrente oppure sostanziarsi nell'esercizio *tout court* di nuove funzioni, senza che i confini della potestà legislativa regionale subiscano particolari ampliamenti.

Con tali premesse, non è difficile immaginare che il momento più gravoso – all'indomani del conferimento regolato dall'intesa – sarà quello della programmazione regionale rispetto alle politiche pubbliche in concreto dispiegabili ed alla correlativa redistribuzione funzionale, la quale si potrebbe realizzare secondo uno schema “a clessidra”, con ruolo centrale di coordinamento regionale ed articolazione decentrata sulle amministrazioni esponenziali dei territori, anche all'insegna del c.d. «municipalismo differenziato»¹⁹. Infatti, la prospettiva dell'asimmetria sembra preludere ad una valorizzazione del tessuto regionale del governo locale, dal momento che alcune funzioni oggetto di conferimento ai sensi dell'intesa tra Stato e Regioni potrebbero essere ridistribuite, a maggior ragione nelle Regioni connotate da uno spiccato policentrismo amministrativo e da parzialmente inesprese potenzialità di raccordo interno.

3. *Il rapporto tra funzioni e risorse umane: tendenziale irreversibilità del procedimento verso l'autonomia differenziata ed esigenze di ristrutturazione del governo locale*

Dal momento che l'organizzazione amministrativa segue le funzioni, vale anche per il caso in esame il principio per cui «[...] quelli del personale sono problemi seguaci, nel senso che debbono adattarsi al tipo di funzioni ed organizzazioni prescelti»²⁰, sicché gli istituti che presiedono alla mobilità del personale delle amministrazioni coinvolte nella riorganizzazione debbono conoscere una concreta attuazione soltanto in un momento successivo rispetto alla previa mappatura delle funzioni amministrative da esercitarsi ed alla riallocazione delle medesime secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui all'art. 118 Cost. Tale frangente rende il percorso di differenziazione piuttosto complesso.

Peraltro, anche a fronte di una possibile mitigazione dell'impatto connesso

¹⁹ Tale felice espressione, che mette in luce la desiderabilità di una diversa disciplina normativa destinata ai Comuni, secondo la capacità amministrativa di ciascun Ente ricorre in A. VENTURI, *Le funzioni ed i servizi di prossimità nella prospettiva del “municipalismo differenziato”*, in G.C. RICCIARDI-A. VENTURI (a cura di), *La riorganizzazione territoriale e funzionale dell'Area vasta*, Torino 2018, 235 ss., spec. 238 ss.

²⁰ Testualmente S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 287 ss., spec. 292.

al conferimento delle nuove funzioni per il tramite del sistema delle autonomie locali – nonché delle autonomie funzionali²¹, specialmente per quanto attiene alle Camere di Commercio ed alle Università o agli altri Enti analoghi, assimilabili o similari²² e dei soggetti privati che possono in via residuale esercitare potestà pubbliche ex art. 118, comma 4, Cost. – è presumibile che una parte di esse, verrà esercitata direttamente dalla Regione, seppur con le proprie articolazioni. Tale elemento, evidentemente, conferisce una potenziale nuova rigidità all'assetto scaturente dalla clausola di asimmetria, che necessita di soluzioni correttive²³.

Alla luce di quanto detto, anche se l'art. 116, comma 3, Cost. nulla dice circa la reversibilità o meno del percorso di differenziazione, ne deriva che esso è da ritenersi nei fatti difficilmente reversibile, o comunque reversibile a condizione di sopportare costi di transazione ingenti ai fini di un'eventuale riorganizzazione *a contrario* del procedimento devolutivo. Questo aspetto, nel dibattito pubblico, dovrebbe essere centrale e sposta ancora una volta l'attenzione sul quesito circa l'avvenuta (o meno) istruttoria regionale. Peraltro, giova rammentare che profilo afferente alla redistribuzione delle risorse umane è stato indagato dalla dottrina²⁴ anche con riferimento alla riforma territoriale promossa con la L. n. 56 del 2014 ed i successivi decreti di attuazione, all'esito della quale si è assistito al depauperamento funzionale ed organico delle Province e delle Città metropolitane: ed anche in quel caso uno degli aspetti maggiormente criticabile della riforma complessiva deriva senza dubbio dal fatto che si è tentato di riformare il governo locale prescindendo dalla priorità che dovevano rivestire le funzioni amministrative²⁵.

La prospettata ricostruzione a carattere funzionale riesce legittimata dal fatto che, non essendo stato esplicitato nell'art. 116, comma 3, Cost. un univoco riferimento letterale alle competenze legislative, nulla vieta che mediante l'intestazione delle materie di cui agli artt. 117, comma 3, Cost. e 117, comma 2, lett. l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), la Regione destinataria divenga titolare sia di competenze legislative che, soprattutto, amministrative: ciò avverrebbe secondo il modello del c.d. parallelismo delle funzioni che,

²¹ Sul punto, cfr. M. CAMMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid Rassegna*, 10, 2019, testo non definitivo, maggio 2019; E. MAURI, *Ruolo e funzioni delle Camere di Commercio nel percorso verso il regionalismo differenziato. Temi e proposte a margine delle istanze avanzate dalla Lombardia*, in G.C. RICCIARDI (a cura di), *op. cit.*, 17 ss.

²² Si pensi, ad es., al reticolo degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS).

²³ Si interroga sul tema delle funzioni amministrative anche R. CARIDÀ, *Notazioni sulla portata applicativa dell'art. 116 della Costituzione e funzioni amministrative*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019.

²⁴ E.N. FRAGALE, *Gli organici nel riassetto delle province: tra principio autonomistico ed equilibrio della finanza pubblica*, in *Federalismi.it*, 5/2016, 1 ss.

²⁵ Secondo l'insegnamento proveniente anche da F. MERLONI, *Semplificare il governo locale? Partiamo dalle funzioni*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Le autonomie della Repubblica: la realizzazione completata*, Milano, 2013, 87 ss.

in tal caso, troverebbe applicazione esclusivamente rispetto agli ambiti materiali costituenti il titolo della “specialità ponderata” delle Regioni richiedenti. Peraltro, anche ammettendo che l’art. 116, comma 3, Cost. non costituisca una clausola speciale sia nel merito che nella procedura ma debba, al contrario, considerarsi *tout court* alternativo rispetto all’art. 118 Cost., giova osservare come quest’ultimo non sia mai stato applicato come invece poteva (*rectius* doveva) accadere: non si vede, dunque, per quale ragione non si debba sfruttare la disposizione di cui all’art. 116, comma 3, Cost. ai fini di promuovere, seppur con ritardo, una più ampia attuazione dell’intero Titolo V.

La nuova spinta verso l’applicazione dell’art. 116, comma 3, Cost. sottende un’ultima riflessione sulle potenzialità connesse alla valorizzazione del governo locale.

Segnatamente, alcune funzioni potrebbero essere utilmente riallocate dal livello regionale a quello infraregionale²⁶, dal momento che la Regione dovrebbe anzitutto essere un Ente di programmazione ed indirizzo²⁷: l’auspicabile differenziazione, potrebbe ricercarsi nei paradigmi amministrativi di esercizio delle funzioni, valorizzando la possibilità di ascrivere particolari competenze ad altri livelli di governo territoriali rispetto alle Regioni, giungendo a considerare anche il ruolo epicentrico delle cosiddette Città medie. Una soluzione fortemente improntata alla valorizzazione delle autonomie infraregionali, secondo le rispettive vocazioni organizzativo-gestionali, altro non sarebbe che un’applicazione del principio di differenziazione ed avrebbe il pregio di disinnescare i timori di eccessiva rigidità del percorso devolutivo-funzionale, ascrivendo alla dimensione sovracomunale (Città metropolitane e Province) ed intercomunale (forme associative intercomunali, eventuali Zone omogenee istituibili *pro futuro* e Comuni) il ruolo di “deflusso” compensativo dei carichi di lavoro connessi all’esercizio di nuove funzioni o al diverso esercizio di funzioni già intestate al livello di governo regionale. A ciò si aggiunga la possibilità di valorizzare, come si anticipava, anche l’universo delle autonomie funzionali e dei soggetti privati esercenti pubbliche potestà, laddove una maggiore responsabilizzazione dei richiamati soggetti funzionali operanti a livello di area vasta si rivelasse sostenibile alla luce di una previa analisi di fattibilità e ricognizione delle funzioni amministrative astrattamente conferibili²⁸.

In questo senso, i percorsi avviati da Emilia Romagna, Lombardia e Veneto

²⁶ Propongono un approccio simile nel metodo C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in *Federalismi.it*, 18/2018; M. DE DONNO-P. MESSINA, *Regionalismo differenziato e ordinamento locale: le richieste di Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia. Quale idea di autonomia regionale?*, in *Ist. Federalismo*, 2018, 471 ss.

²⁷ Vale la pena richiamare la sempre attuale definizione di Regioni quali «enti ad amministrazione indiretta necessaria» offerta da M.S. GIANNINI, *Il decentramento amministrativo nel quadro dell’ordinamento regionale*, in AA.VV., *Atti del III Convegno di studi giuridici sulla Regione*, Milano, 1962, 186.

²⁸ Su questa opzione v., ancora, M. CAMMELLI, *op. cit.*, 23 ss.

potrebbero costituire dei laboratori di studio sia in relazione al regionalismo differenziato ed alla sua possibile estensione (a geometria variabile) ad altre realtà regionali, sia rispetto alla riforma territoriale inaugurata con la Legge n. 56 del 2014 ed “interrotta” dall’esito negativo del referendum costituzionale del dicembre 2016.

4. *Il rapporto tra funzioni e risorse finanziarie: principio di responsabilità ed autonomia “dalle risorse”*

Il vizio genetico dell’esperienza tesa al riconoscimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia a favore delle Regioni richiedenti nasce dalla polemica legata alla massimizzazione del c.d. “residuo fiscale”, che ha alterato da subito il dibattito pubblico conducendo ad una forte contrapposizione e, soprattutto, alla distorsione della ragion d’essere delle richieste di differenziazione. Anche da questo punto di vista, quindi, la scelta regionale appare criticabile.

Molti commentatori hanno osservato che le prospettive dispiegate dal concorso tra i criteri della spesa storica e, successivamente, dei fabbisogni standard nei termini previsti dall’art. 5 dell’ultima bozza di intesa, oltre a celare un atteggiamento opportunistico delle Regioni, tradirebbero il postulato dell’art. 119 Cost. e le esigenze di perequazione ivi accolte. Tale critica appare senz’altro condivisibile nei termini teleologici secondo i quali viene generalmente mossa, intesi a preservare il principio di solidarietà che accomuna gli Enti territoriali regionali. Tuttavia essa, da un lato, omette di considerare la non sempre lineare dimensione operativa della perequazione; dall’altro, conduce a preferire, tra i molteplici strumenti disponibili ai fini del concreto finanziamento delle risorse, quello del trasferimento dallo Stato alle Regioni, benché ve ne siano altri forse più congrui dal punto di vista strutturale; da ultimo, non considera adeguatamente il fondamentale principio di responsabilità.

Quanto al primo aspetto occorre ribadire che il fondo perequativo di cui all’art. 119, comma 4, Cost. non risulta sia mai stato istituito con apposita legge dello Stato, sicché la perequazione avviene secondo modalità opache, tra le pieghe del bilancio pubblico centrale, senza che sia garantita la trasparenza tanto dei volumi economico-finanziari accantonati a tal fine, quanto dei soggetti beneficiari delle politiche perequative. Ne deriva che non è dato sapere quali siano i territori che risulterebbero effettivamente colpiti dalla diminuzione delle risorse.

Ciò non significa che una riduzione del contingente di risorse non sia dimostrabile, tutt’altro: semplicemente, un’attuazione ben costruita dell’art. 116, comma 3, Cost. esigerebbe, anzitutto, che le Regioni a competenza rafforzata contribuiscano al sistema redistributivo nazionale ma anche che siano stabiliti

i lep, i fabbisogni standard²⁹ e, con essi, il fondo perequativo di cui all'art. 119, comma 4, Cost. In ogni caso, permane l'elemento normativo non superabile per cui l'art. 116, comma 3, Cost. non può esser attuato in modo tale da contrastare la Costituzione, specialmente per quanto attiene proprio all'art. 119 Cost.

Quanto alla scelta del meccanismo di finanziamento delle maggiori funzioni assunte dalle Regioni a titolo dell'intesa con lo Stato, molti osservatori riterrebbero desiderabile un sistema di finanziamento basato su trasferimenti statali, affinché lo Stato possa adeguare le risorse a corredo dell'asimmetria secondo le contingenze economico-finanziarie. Tuttavia, se si incentra l'attuazione del regionalismo differenziato sulla riallocazione delle funzioni amministrative, allora la riorganizzazione funzionale ad esso sottesa richiede condizioni giuridiche ed economiche ben definite *ex ante*, in modo da evitare distorsioni e disfunzioni nella fase di attuazione dell'intesa. Occorre cioè scongiurare la possibilità che si abbatta sulle Regioni richiedenti una situazione simile a quella che hanno conosciuto le Province italiane all'indomani della c.d. "riforma Delrio", all'esito della quale gli Enti intermedi sono stati ridotti a lavorare in assenza dei trasferimenti statali minimamente sufficienti a presidiare le funzioni fondamentali contemplate dalla medesima fonte normativa³⁰.

Alla luce di tale esigenza di predeterminazione delle risorse in correlazione alle funzioni amministrative da esercitare, lo strumento della compartecipazione al gettito prodotto costituisce forse l'opzione più equa per l'intero sistema delle autonomie territoriali, in sé applicativa anche del *principio di congrua e adeguata corrispondenza* tra funzioni e risorse³¹, che dovrebbe assumere la qualificazione di principio non negoziabile³² in una logica di piena attuazione dell'art. 119 Cost. e della L. n. 42/2009.

Da ultimo, merita un accenno il rilievo del principio di responsabilità, di recente ribadito da autorevole dottrina³³. Se adeguatamente valorizzato, l'attua-

²⁹ E. BALBONI, *Per scongiurare la "secessione dei ricchi" basterebbe la buona amministrazione*, in *Forum quad. cost.*, 2/2019, 28 febbraio 2019.

³⁰ Cfr. F. OSCULATI, *Centralismo senza bussola. Spese ed entrate delle Città metropolitane e degli enti di area vasta. Il caso di Pavia*, Quaderni della Fondazione Giandomenico Romagnosi, 2/2017.

³¹ Cfr., ad es., Corte cost. 9 giugno 2015, n. 188, su cui v. G. D'AURIA, *Nuove province e città metropolitane: funzioni amministrative e (in)adeguatezza delle risorse finanziarie*, in *Foro it.*, 2016, I, 3723 ss.; G. BOGGERO, *Una sentenza manipolativa di bilancio: la Corte "soccorre" le Province piemontesi*, in *Giur. cost.*, 2015, 1461 ss. Successivamente, v. Corte cost. 21 gennaio 2016, n. 9, e Corte cost. 29 gennaio 2016, n. 10, su cui v. almeno P. GIANGASPERO, *L'incostituzionalità del bilancio piemontese per la "insufficienza" dei trasferimenti alle Province*, in *Le Regioni*, 2016, 553 ss.

³² Tale qualificazione è giustificata ad avviso di chi scrive, nella prospettiva della necessaria attuazione dell'art. 119 Cost. Tuttavia, v. *contra* A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica al tempo della crisi*, in *Giur. cost.*, 2016, 1541 ss.

³³ M. BERTOLISSI, *Intervento di ambito costituzionale e finanziario*, tenuto al Convegno «L'autonomia differenziata negli enti locali», Mantova 19 giugno 2019. Come rammenta l'autore, esso rinviene nell'art. 53 Cost. le proprie basi costituzionali.

zione del principio esigerebbe risorse certe e programmabili per tutte le funzioni ed implicherebbe non tanto la garanzia di risorse aggiuntive rispetto a quelle attualmente a disposizione delle Regioni richiedenti, quanto esclusivamente la certa disponibilità nel tempo di quelle necessarie ad esercitare con continuità i compiti amministrativi oggetto dell'asimmetria. Esso presuppone, anzitutto, la capacità dello Stato di organizzare con norme opportunamente congeniate un bilancio di più ampio respiro temporale – tale da trascendere la dimensione annuale e coprire una programmazione economica pluriennale – ed il coraggio di disciplinare i prelievi autonomi locali³⁴ in attuazione dell'art. 119 Cost., nonché, in seconda battuta, la tensione verso un vero e proprio cambio di paradigma in termini di coordinamento tra livelli di governo, tale da imporre un più alto standard di responsabilizzazione delle amministrazioni coinvolte, sia statali che regionali.

In attuazione del principio di responsabilità, l'autonomia differenziata per le Regioni ordinarie dovrebbe, soprattutto, prescindere dalla richiesta di risorse aggiuntive rispetto a quelle strettamente necessarie all'esercizio delle correlative funzioni, sicché le Regioni richiedenti dovrebbero dimostrare di essere in grado di amministrare meglio con le medesime risorse di cui dispone lo Stato fintanto che mantiene la titolarità della funzione. In tal senso, l'autonomia differenziata non intaccherebbe le dinamiche delle perequazione ed aspirerebbe all'inveramento dell'effettivo nucleo dell'autonomia, fondato sulla capacità di dimostrare in concreto di poter amministrare secondo principi di maggiore efficienza a parità di risorse, realizzando cioè un'autonomia svincolata “dalle risorse”.

5. Conclusioni

Le proposte accennate implicano uno sforzo notevole, come tutte le riorganizzazioni di un certo rilievo, ma avrebbero il pregio di rilanciare un regionalismo in sofferenza. Ciò che emerge dal quadro rassegnato è il fatto che probabilmente persiste un problema, anzitutto culturale, che rinviene le proprie radici nel timore verso l'autonomia.

In verità la Costituzione subordina l'art. 116, comma 3, Cost. agli altri parametri costituzionali rilevanti, tra i quali si stagliano il dovere solidaristico di cui all'art. 2 Cost., il principio uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e le disposizioni di cui agli artt. 114 Cost., 118 Cost. e 119 Cost.: si tratta di elementi più che sufficienti a scongiurare qualsiasi deriva discriminatoria ed egoistica dell'istituto.

Il concetto di autonomia attinge a piene mani a quello di differenziazione³⁵,

³⁴ F. OSCULATI, *Le autonomie speciali: diversificazione e decentramento*, in *Astrid Rassegna*, 11/2017, 9.

³⁵ Come ricorda R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?* in AA.VV., *Scritti in onore di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 45 ss., non può esistere autonomia senza differenziazione. Ciò si ricava, altresì, in E.

sicché non esiste autonomia nell'obliterazione della differenziazione e nella promozione dell'uniformità. Allo stesso tempo, l'esperienza insegna come l'uniformità delle competenze delle Regioni non garantisca di per sé parità di prestazioni, risultati e *performance* – risiedendo il discrimine nelle modalità di esercizio di quelle funzioni e nei paradigmi organizzativi in concreto adottati – mentre, d'altro canto, può affermarsi che non ogni differenziazione, se ben amministrata, debba necessariamente condurre a forme di disuguaglianza o discriminazione³⁶.

Da un punto di vista dogmatico, l'autonomia non si svolge mai in contrasto con i diritti delle persone e le prerogative degli Enti costitutivi della Repubblica, ed anzi ne amplifica esponenzialmente le potenzialità territoriali consentendo di valorizzare differenze che si ricompongono in modo armonico nel quadro dell'unità nazionale, a beneficio anche dei territori più disagiati (e delle correlative comunità)³⁷. Ne deriva che la rivalutazione delle differenze connaturate alle autonomie della Repubblica sottende la loro promozione – a prescindere dallo strumento adottato, che ben può essere quello del regionalismo differenziato alle condizioni suesposte – ed equivale a consolidarle nella prospettiva di cementificare l'unità nazionale, riaffermando il principio di indivisibilità.

CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004, 36. Rileva, inoltre, A. MORELLI, *Obbligatorietà delle forme associative dei Comuni e visione congiunturale delle autonomie locali*, in *Le Regioni*, 2/2019, 523 ss., spec. 530, come il rapporto sussistente tra autonomia e differenziazione sia dinamico e fondativo della possibilità di riallocazione delle funzioni secondo geometrie variabili.

³⁶ E. BALBONI, *L'attuazione del regionalismo differenziato: la differenziazione non implica di per sé disuguaglianza*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 447; ID., *Per scongiurare la "secessione dei ricchi" basterebbe la buona amministrazione*, cit.

³⁷ Cfr. G. BERTI, *op. cit.*, 288, laddove l'Autore afferma che: «L'affermazione dell'autonomia va quindi di pari passo con lo svolgimento in senso positive della libertà, la quale viene acquistata dall'individuo passando per un gruppo sociale e quindi per la partecipazione al potere pubblico. [...] conferire autonomia alle regioni, alla province e ai comuni, altro non vuol dire che individuare degli strati comunitari, nei quali le comunità che si identificano per tradizione o per storia o per convenienza raggiungono un giusto livello di autogoverno o di autoamministrazione».

Abstract

L'articolo prende in considerazione la dimensione amministrativo-funzionale sottesa al regionalismo differenziato. La riflessione sulle funzioni conduce a conseguenze rilevanti sia rispetto alle istituzioni del governo locale, sia in ordine al trasferimento delle risorse umane e finanziarie correlate all'esercizio delle funzioni. Sul tema occorre un ripensamento alla luce dell'argomento decisivo legato alla co-essenzialità tra i concetti di autonomia e differenziazione, avente riflessi anche sull'organizzazione delle amministrazioni accolta nella nostra Costituzione.

Remarks on the administrative dimension of differentiated regionalism

by Giuseppe Carlo Ricciardi

The article takes into account the administrative and functional dimension of the differentiated regionalism. The functional-centred vision leads to relevant implications with respect to the local government institutions and the deployment of human and financial resources related to the exercise of the administrative tasks. On this topic it is necessary a rethinking in the light of the decisive argument linked to the co-essentiality between the concepts of autonomy and differentiation, having repercussions also on the organization of administrations accepted in our Constitution.

Autonomia regionale differenziata: un'occasione per ripensare l'area vasta

di Matteo Pressi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I rapporti tra Regioni ed Enti locali. L'eterna tentazione del “centralismo regionale”. – 3. Il (possibile) conferimento di “nuove” funzioni amministrative alle Province e alle Città metropolitane. – 3.1. Gli effetti ostativi della “riforma Delrio”. – 4. Il necessario superamento dell'assetto attuale di Province e Città metropolitane.

Il presente contributo si propone di evidenziare il rapporto esistente tra il procedimento di attribuzione alle Regioni di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», ex art. 116, comma 3, Cost., e l'attuale assetto istituzionale degli Enti di area vasta. In particolare, il contributo intende sottolineare come, ad oggi, l'assetto delle Province e delle Città metropolitane, così come definito dalla “riforma Delrio”, risulti inidoneo a sostenere le ricadute che il regionalismo differenziato è destinato a produrre sugli Enti di area vasta, delineandone i nodi particolarmente critici.

1. Premessa

L'art. 116, comma 3, Cost. prevede la possibilità di attribuire alle Regioni a statuto ordinario ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere *h*), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, *n*) e *s*).

L'iniziativa spetta alle Regioni, le quali, nel dare attuazione alle disposizioni della citata norma costituzionale, sono espressamente tenute al coinvolgimento degli Enti locali ricompresi all'interno del proprio territorio. Spetta infine alle Camere approvare, a maggioranza assoluta dei propri componenti, un'apposita legge ricognitiva dell'intesa raggiunta tra lo Stato e la Regione interessata¹.

Come noto, l'attuale formulazione dell'art. 116 Cost. si deve all'approvazione della l. cost. n. 3/2001. Invero, la discussione parlamentare relativa alla possibilità di introdurre alcune modifiche al titolo V, parte II della Costituzione era stata avviata ben prima, ed entrata poi nel vivo con l'istituzione della cd. “Commissione bicamerale”.

I lavori di detta Commissione offrono lo spunto per l'elaborazione di alcuni disegni di legge costituzionale di iniziativa governativa e parlamentare. In particolare, nel corso della XIII Legislatura, il Governo D'Alema presentò alle

¹ Sulla natura della legge ricognitiva dell'intesa Stato-Regione, v. D. GRANARA, *Il principio autonomistico nella Costituzione*, Torino, 2019, 116-126.

Camere il d.d.l. costituzionale n. 5830, contenente, all'art. 19, una versione *in nuce* dell'attuale art. 116 Cost., privo però di qualsivoglia riferimento al ruolo degli Enti locali all'interno del processo di realizzazione del regionalismo differenziato.

Infatti, il testo, così come proposto dal Governo, prevedeva unicamente la necessità di sottoporre a *referendum*, rivolto ai soli cittadini della Regione interessata, la legge "rinforzata" attributiva delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia.

Il vigente art. 116 Cost., invece, non contiene alcun riferimento al menzionato *referendum*, ma impone che lungo il dispiegarsi del procedimento attributivo di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni, siano sentiti gli Enti locali². Si tratta di una previsione di indubbia rilevanza, volta ad assegnare alle Autonomie locali un ruolo di primo piano nel quadro della realizzazione del cd. regionalismo asimmetrico.

Sin da subito, però, si è rilevato come la norma, soprattutto laddove si limita a prevedere genericamente che siano «sentiti gli Enti locali» senza altro aggiungere, si presenta come «non del tutto chiara»³, lasciando alle Regioni un ampio margine di discrezionalità nello scegliere le forme di coinvolgimento ritenute più confacenti al fine di raggiungere lo scopo di rappresentare le istanze locali⁴.

Limitando lo sguardo alle sole tre Regioni del Veneto, Lombardia ed Emilia – Romagna, le prime ad aver attivato la procedura di cui all'art. 116, comma 3, Cost., emergono due approcci differenti al tema⁵.

² Si può ritenere che il Legislatore costituzionale abbia inteso riconoscere il rapporto di succedaneità che intercorre tra la consultazione referendaria ed il coinvolgimento degli Enti locali. In tal senso, v. ISTITUTO REGIONALE DI RICERCA DELLA LOMBARDIA, *L'art. 116 c. 3, Cost. e il ruolo del Consiglio delle autonomie locali*, Milano, 2009, 103, il quale ritiene che «quella stessa espressione utilizzata dall'art. 116 Cost. ("sentiti gli Enti locali") vada riferita a un parere reso [...] dagli Enti locali (piuttosto che dalle rispettive popolazioni) in quanto soggetti rappresentativi delle stesse comunità locali, ma idonei ad esprimere una volontà unitaria riferibile alle popolazioni medesime».

³ L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000, 36. Sul punto v. anche, M. BERTOLISSI, *Autonomia. Ragioni e prospettive di una riforma necessaria*, Venezia, 2019, 27. Secondo l'A. «Se ne desume che la facoltà [di attivare il procedimento di cui all'art. 116, comma 3, Cost.] è di ogni Regione, presa singolarmente; che il dialogo avverrà tra la medesima e lo Stato; che è indispensabile l'intesa, vale a dire l'accordo positivo su un testo dato; che le Camere sono chiamate ad approvare l'intesa Stato-Regione con una legge rinforzata e atipica. Taluno ha lamentato il fatto che il lessico è scarno e che si sarebbe dovuto provvedere con norme esplicative di dettaglio, il che – come rivela l'esperienza – avrebbe sicuramente appesantito un *iter*, rivelatosi in concreto più semplice del previsto, se guidato dal buon senso. A conferma di una circostanza caratterizzata da un'evidenza lapalissiana: meno si regola e meglio è».

⁴ A. CARIOLA, F. LEOTTA, *Commento all'art. 116*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2016, 2193.

⁵ Come noto, ad oggi, il procedimento di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. non risulta disciplinato da alcuna legge dello Stato. Invero, nel recente passato, si registrò un tentativo in tal senso. Il riferimento è allo schema di disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 21 dicembre 2007, il quale, all'art. 2, prevedeva che «L'atto di iniziativa della Regione, deliberato con

Da un lato la Regione del Veneto, la quale, essendo all'epoca sprovvista di un proprio C.A.L.⁶, con Decreto Presidenziale n. 175/2017, ha istituito *ex novo* la "Consulta del Veneto per l'autonomia", quale «organismo composto dalle rappresentanze regionali delle Autonomie locali» avente il compito di «supportare la delegazione trattante regionale che, nominata con successivo provvedimento del Presidente della Giunta regionale, condurrà il negoziato con lo Stato ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione».

Dall'altro, le Regioni Lombardia ed Emilia – Romagna, le quali, già dotatesi di un proprio C.A.L., hanno ritenuto di individuare proprio in quest'ultimo la sede privilegiata per operare la necessaria composizione tra istanze regionali e locali riferibili al processo di attuazione dell'art. 116 Cost.⁷

Al di là delle scelte operate dalle singole Regioni, ciò che rileva è il significato della opzione esercitata dal Legislatore costituzionale, il quale, ha esplicitamente richiesto il coinvolgimento degli Enti locali nell'attuazione del regionalismo differenziato⁸, attribuendo a tale coinvolgimento il valore di riserva procedimentale esterna⁹ ai fini dell'approvazione della legge ricognitiva dell'intesa tra Stato e Regione.

Infatti, è facilmente immaginabile che gli effetti di tale processo siano destinati a riverberarsi non solo sulle singole Regioni ma anche sugli Enti locali, circostanza che ne impone la consultazione. Volendo utilizzare un gioco di parole, è possibile affermare che fin dal momento genetico non ci può essere autonomia regionale differenziata senza Autonomie locali¹⁰.

le modalità e le forme stabilite dalla Regione medesima, è presentato al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro per gli affari regionali da lui delegato, previa acquisizione del parere del Consiglio delle autonomie locali, di cui all'articolo 123, ultimo comma, della Costituzione, ove istituito dallo statuto regionale o, in caso di mancata istituzione, previa consultazione degli enti locali secondo modalità e forme determinate dallo statuto medesimo o da apposita legge regionale [...]. L'atto di iniziativa è corredato dal parere espresso dal Consiglio delle autonomie locali o da una relazione concernente l'avviso formulato dagli enti locali consultati secondo le diverse forme e modalità di cui al presente comma».

⁶ Il C.A.L. del Veneto è stato istituito con l.r. 25 settembre 2017, n. 31 ed i relativi membri sono stati nominati il 28 novembre 2018.

⁷ Cfr. E. BALBONI, L. BRUNETTI, *op. cit.*

⁸ Sulla esatta collocazione della fase di partecipazione degli Enti locali nell'ambito del procedimento di cui all'art. 116, comma 3, Cost., v. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, n. 1/2007. Secondo l'A. «Occorre chiedersi, però, se il collegamento formale tra l'iniziativa della regione e il procedimento di consultazione degli enti locali, nonché l'espresso riferimento a un concreto interesse regionale non imponga una soluzione: quella che colloca la partecipazione delle autonomie locali nella fase precedente la stipula dell'intesa con il governo. Questa via sembra coerente con l'idea, sottesa alla *ratio legis*, della regione come comunità territoriale unitaria, nella quale l'ente regione e gli enti locali manifestano insieme di avere interesse ad acquisire nuove forme di autonomia».

⁹ D. GRANARA, *Op. cit.*, 118.

¹⁰ Così A. VENTURI, in G. C. RICCIARDI (a cura di), *Il regionalismo asimmetrico. Appunti e spunti sui riflessi nei confronti delle autonomie territoriali e funzionali*, Fondazione Giandomenico Romagnosi, 2019.

2. *I rapporti tra Regioni ed Enti locali. L'eterna tentazione del "centralismo regionale"*

Nonostante il tenore della previsione costituzionale, occorre sottolineare come le Autonomie locali rappresentino il grande assente nell'ampio dibattito sviluppatosi attorno ai temi del regionalismo differenziato, il quale ha privilegiato gli aspetti maggiormente legati alle risorse ed alle materie da trasferire alle Regioni tralasciando qualsiasi ragionamento sul ruolo da assegnare a Comuni, Città metropolitane e Province. Tale ragionamento appare non ulteriormente procrastinabile, soprattutto se si considera l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. come un'occasione per stimolare «un nuovo e importante processo di decentramento amministrativo»¹¹ che non può che investire anche gli Enti locali.

L'autonomia regionale differenziata potrebbe quindi rappresentare una nuova tappa di un processo avviato oramai tre decenni addietro, il cui snodo fondamentale è rappresentato dall'entrata in vigore della l. 142/90, norma che per prima ha posto «le condizioni di base necessarie per dare concreta attuazione a quel modello di Stato delle autonomie consacrato nell'art. 5 Cost., fondato sull'assetto pluralistico dell'amministrazione»¹².

Nel contesto della l. 142/1990 si delineava un modello di autonomia imperniato sulla identificazione della Regione quale «centro propulsore e di coordinamento dell'intero sistema delle autonomie locali»¹³ in una posizione di snodo tra queste e lo Stato, così come testimoniato dall'art. 3, comma 1, della legge, ai sensi del quale «[...] ferme restando le funzioni che attengono ad esigenze di carattere unitario nei rispettivi territori, le regioni organizzano l'esercizio delle funzioni amministrative a livello locale attraverso i comuni e le province»¹⁴.

Con l'introduzione di detta disposizione, il Legislatore ha chiaramente operato una scelta di campo «a favore della consacrazione della Regione come elemento di riferimento delle Autonomie locali nel territorio e nella realtà sociale regionale»¹⁵, in vista della creazione di un quanto mai auspicabile sistema regionale delle Autonomie locali¹⁶.

L'esperienza fin qui maturata configura una parziale deviazione rispetto al percorso immaginato dal Legislatore, molto spesso ostacolato dall'emersione,

¹¹ M. DEDONNO, P. MESSINA, *Regionalismo differenziato e ordinamento locale: le richieste di Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia. Quale idea di autonomia regionale?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2018.

¹² M. T. SERRA, *Il sistema autonomistico locale nell'ordinamento regionale*, Milano, 1999, 108.

¹³ Corte cost., 15 luglio 1991 n. 343, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 2718 e ss., con nota di L. VANDELLI.

¹⁴ Oggi trasposto nell'art. 4 del D.lgs. n. 267/2000, cd. «Testo Unico degli Enti locali».

¹⁵ M. T. SERRA, *Op. cit.*, 148.

¹⁶ Sulla problematicità dei rapporti Regioni-Enti locali nella costruzione di un sistema integrato delle autonomie, v. A. CORPACI, *Sistema amministrativo regionale ed enti locali*, in *Le Regioni*, n. 200, 509 ss.

anche in tempi recenti, di «inclinazioni centralistiche»¹⁷ da parte delle Regioni, del tutto incompatibili con le esigenze dell'autonomia.

Se la volontà è quella di non ripetere gli errori del passato, risulta chiaro come il potenziale accrescimento delle competenze innescato dall'art. 116 Cost. non debba tradursi in un irrobustimento del solo livello regionale, né tantomeno dar forma ad una concentrazione di tutte le funzioni – specialmente di amministrazione attiva – in capo alla Regione¹⁸. Se così fosse, esso si tradurrebbe davvero nella definitiva amministrativizzazione delle Regioni, l'ennesima occasione persa per riconoscere quel ruolo di ente di legislazione, di programmazione e coordinamento che deve essere loro proprio¹⁹.

Tuttavia, circoscrivendo l'analisi ai soli Enti di area vasta, gli esempi recenti non appaiono incoraggianti. Il riferimento è al processo di riordino delle funzioni delle Province attuato all'indomani dell'entrata in vigore della cd. "riforma Delrio".

Come noto, la l. 56/2014 ha spogliato gli Enti intermedi di numerose funzioni amministrative, rimettendo, in molti casi, al Legislatore regionale il compito di riallocare le funzioni un tempo appartenenti alle Province e divenute, a seguito della riforma, "non fondamentali"²⁰. Come osservato in dottrina, l'attuazione di questa norma ha prefigurato, per le Regioni, «un primo esercizio di una maggiore delega a scala territoriale delle funzioni di governo delle Autonomie»²¹, ponendole innanzi alla responsabilità di scegliere tra due modelli tra loro alternativi: l'uno ispirato ad un criterio di accentramento regionale delle funzioni, l'altro approntato al coinvolgimento degli Enti locali mediante la (ri)valorizzazione di Province e delle neocostituite Città metropolitane.

Dall'analisi delle leggi emanate dalle Regioni Veneto ed Emilia-Romagna risulta chiaramente la preferenza per il primo modello a vocazione centralista, diversamente dalla Lombardia, la quale ha sostanzialmente riprodotto la situazione precedente all'entrata in vigore della "legge Delrio", restituendo alle Province (ed alla Città metropolitana di Milano), con propria legge regionale, pressoché tutte le funzioni che la l. 56/2014 aveva sottratto loro.²²

¹⁷ L. PALADIN, *Venticinque anni dopo*, in *Le Regioni*, 1998, 5 ss.

¹⁸ In questo senso il documento "Ricostruire l'assetto amministrativo dei territori" pubblicato dall'UPI il 27 giugno 2018 e il documento congiunto ANCI-UPI "Il punto di vista delle autonomie locali sul regionalismo differenziato" pubblicato il 5 luglio 2018.

¹⁹ Cfr. M. DE DONNO, P. MESSINA, *op. cit.*

²⁰ L'art. 1, comma 85, l. 56/2014 individua le funzioni fondamentali delle Province, essenzialmente: pianificazione territoriale, trasporti pubblici, viabilità provinciale, ambiente ed edilizia scolastica.

²¹ P. LATTARULO, *Decentramento e differenziazione. Come rafforzare i territori e le istituzioni che li rappresentano*, in *Osservatorio regionale sul federalismo IRPET*, n. 6/2019.

²² L'affermazione è suffragata dall'analisi dei dati inerenti alla spesa per il personale di Province e Regioni nel biennio 2015-2016. Si noti che in tale intervallo di tempo, i costi sostenuti dalle Regioni Veneto ed Emilia-Romagna sono aumentati rispettivamente di 12 e 29 mln €, a fronte di una contrazione su scala provinciale pari ad € 19 mln (Veneto) e 51 mln (Emilia-Romagna). La Regione Lombardia

Particolarmente interessante è il caso della Toscana, altra Regione interessata all'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, che ha comportato il necessario intervento della Corte costituzionale²³ al fine di dichiarare l'illegittimità della l.r. n. 22/2015 di riordino delle funzioni provinciali, nella parte in cui prevedeva l'avocazione da parte della Regione di funzioni amministrative in materia ambientale riconducibili a quel nucleo minimo e incomprimibile di funzioni che la stessa "riforma Delrio", così come il codice dell'ambiente, avevano inteso definire come proprie delle Province.

In altre parole, visti anche gli effetti prodotti dalla l. n. 56/2014, è possibile scorgere una rinnovata tendenza delle Regioni a non limitarsi al ruolo di enti di programmazione e coordinamento, assumendo le vesti di enti di amministrazione diretta, a discapito, principalmente, delle Province e delle Città metropolitane.

3. *Il (possibile) conferimento di "nuove" funzioni amministrative alle Province e alle Città metropolitane*

L'autonomia regionale differenziata potrebbe quindi rappresentare l'occasione per un vero rilancio di Province e Città metropolitane, guardandosi però da un duplice pericolo.

Il primo, è rappresentato dalla (possibile) definitiva realizzazione del "centralismo regionale" attraverso il trasferimento di competenze dallo Stato alle Regioni senza un successivo ed ulteriore processo di decentramento in favore delle Autonomie locali. Il secondo, invece, può consistere nel conferimento – *sic et simpliciter* – di nuove funzioni amministrative agli Enti locali senza preoccuparsi di adeguarne le strutture, operazione che si rivelerebbe in contrasto, *in primis*, con il dettato costituzionale di cui all'art. 118, comma 1, Cost.

Infatti, secondo quanto prescritto dal comma 1, dell'art. 118, «Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza», circostanza che presuppone una valutazione in ordine alla «idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni»²⁴ conferite.

ha trasferito alle Province ed alla Città metropolitana di Milano le funzioni in materia di viabilità, difesa del suolo, gestione dei rifiuti e mercato del lavoro. Per un'analisi puntuale delle singole leggi regionali di riordino delle funzioni provinciali adottate dalla Regioni ordinarie si rimanda a P. LATTARULO, *Op. cit.*

²³ Corte cost., 28 maggio 2019, n. 129, in *Federalismi*, 11/2019. Sul punto, v. C. TUBERTINI, *I limiti al riordino delle funzioni amministrative provinciali: la "stretta via" tra funzioni fondamentali ed altre competenze riservate allo Stato*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2019.

²⁴ La nozione di adeguatezza è rinvenibile all'art. 4, comma 3, lett. g), della l. n. 59/1997.

Guardando al lungo elenco di materie sulle quali le Regioni del Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna intendono acquisire ulteriore autonomia, è facile notare come molte di esse risultino compatibili, sul piano amministrativo, con uno svolgimento su scala dimensionale provinciale²⁵.

È il caso, ad esempio, delle funzioni in campo ambientale e di governo del territorio, già ad oggi allocate in parte presso le Province e le Città metropolitane, e delle funzioni inerenti all'istruzione²⁶ ed alla tutela e valorizzazione dei beni culturali²⁷, ad oggi gestite su scala provinciale da uffici periferici facenti capo ai rispettivi Ministeri.

O ancora, si pensi al caso specifico della Regione del Veneto, la quale, con Deliberazione del Consiglio regionale n. 155 del 15 novembre 2017, ha esplicitamente richiesto, in attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. che «le attribuzioni dell'amministrazione dello Stato in materia di istruzione, esercitate sia direttamente dagli organi centrali e periferici dello Stato sia per il tramite di enti ed istituti pubblici a carattere nazionale o regionale» siano esercitate «nell'ambito del territorio regionale, dalla Regione del Veneto»²⁸, con contestuale trasferimento alla Regione delle risorse umane assegnate all'Ufficio scolastico regionale, comprese le sue articolazioni a livello provinciale.

Analogamente, viene richiesto il trasferimento alla Regione del Veneto delle funzioni amministrative attualmente esercitate dalle Soprintendenze Archeologiche, belle arti e paesaggio di Venezia, Padova e Verona²⁹ al fine di «assicurare la massima efficacia alle azioni di conservazione e valorizzazione dei beni immobili e mobili di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico di cui agli

Come sottolineato da M. RENNA, in M. RENNA, F. SAIITA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 285, «l'art. 118 Cost., così come non definisce il principio di sussidiarietà verticale, non definisce nemmeno quello di adeguatezza, pur statuendone la vigenza e l'operatività». Sul punto, v. anche F. MERLONI, *Le funzioni sovracommunali tra Provincia e Regione*, in *Istituzioni del Federalismo*, supplemento n. 5/2006.

²⁵ Invero, va segnalato come la “riforma Delrio” abbia tentato, invano, di ridefinire la presenza territoriale dello Stato, incoraggiando un progressivo abbandono dell'utilizzo del modello dimensionale provinciale per l'organizzazione periferica delle pubbliche amministrazioni statali ed in tal senso dispone l'art. 1, comma 147 della l. 56/2014. Tale previsione, ripresa anche all'interno del progetto di riforma della P.A. proposto dal Governo Letta, è rimasta sostanzialmente inattuata.

²⁶ Con particolare riferimento all'istruzione professionale e alla possibilità di programmare la rete scolastica regionale.

²⁷ Mediante, da un lato, la richiesta di passaggio della competenza legislativa esclusiva statale a quella concorrente della titolarità normativa relativa alla loro tutela, e, dall'altro, attraverso il mutamento della competenza concorrente in competenza residuale (esclusiva) regionale in merito alla loro valorizzazione.

²⁸ Art. 5, all. A, Deliberazione del Consiglio Regionale del Veneto n. 155/2017.

²⁹ Così come individuate dal D.M. n. 44/2016 del MIBACT. Sul punto, v. G. SCIULLO, *Il completamento della riforma organizzativa del Mibact Direzione generale “unica” e soprintendenze “uniche”*, in *AEDON – Rivista di arti e diritto online*, n. 1/2016.

articoli 10 e 11 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 “Codice dei beni culturali e del paesaggio”, presenti sul territorio regionale»³⁰.

Qualora il percorso delineato dalla Regione del Veneto trovasse compimento, l'Amministrazione regionale si troverebbe, ancora una volta, innanzi alla necessità di optare tra due modelli organizzativi tra loro antitetici. Il primo contemplerebbe il mantenimento, leggesi accentramento, in capo alla Regione delle nuove funzioni amministrative, mentre il secondo prevedrebbe il conferimento di dette funzioni alle Province ed alla Città metropolitana di Venezia, mediante l'approvazione di una apposita legge regionale.

La seconda opzione appare di gran lunga preferibile, non solo in base al principio costituzionale di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1, Cost., ma anche con riferimento alle specifiche caratteristiche delle funzioni amministrative di cui trattasi, già oggi prevalentemente organizzate su base dimensionale provinciale ed astrattamente riconducibili al novero delle funzioni esercitate dagli Enti di area vasta per volontà della “legge Delrio” o sulla base di un conferimento regionale. Si pensi, infatti, alla forte attività di coordinamento già ad oggi esistente tra Province-Città metropolitane e Uffici scolastici provinciali, con le prime chiamate a provvedere alla gestione degli edifici scolastici, ed i secondi chiamati a programmare l'offerta formativa sulla base degli spazi esistenti. O ancora, si pensi alle funzioni in campo urbanistico-ambientale delle Province, chiamate dalla l.r. del Veneto n. 11/2004 a vagliare, di concerto con le Soprintendenze, le istanze di autorizzazione paesaggistica ai fini edificatori.

4. *Gli effetti ostativi della “riforma Delrio”*

Se da un lato è indubitabile la facoltà delle Regioni di conferire, mediante legge regionale, alcune funzioni amministrative agli Enti locali, dall'altro non si può esimersi dal ribadire come detto conferimento possa avvenire solamente nel rispetto del principio di adeguatezza, inteso come idoneità organizzativa delle amministrazioni riceventi, in questo caso le Province e le Città metropolitane, a garantire l'esercizio delle funzioni secondo i canoni dell'efficienza e dell'efficacia³¹.

Tuttavia, la realtà odierna delle Province (e delle Città metropolitane) risulta fortemente influenzata dagli effetti prodotti dalla “riforma Delrio”, la quale è intervenuta sull'assetto dell'ente intermedio mutandone radicalmente l'identità³².

³⁰ Art. 30, all. A, Deliberazione del Consiglio Regionale del Veneto n. 155/2017.

³¹ Cfr. F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2003.

³² Invero, si tratta di un processo iniziato alcuni anni prima. Si pensi al tentativo di accorpamento di alcune Province intrapreso dal Governo Monti con il d.l. 201/2011 cd. “Salva Italia”, poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta con la sentenza n. 220/2013. Sul punto, v. S. MANGIAMELI, *La vicenda delle Province*, in *www.issirfa.cnr.it*, maggio 2016.

La riforma ha toccato due aspetti fondamentali e caratterizzanti delle Province come conosciute in precedenza: la loro natura di enti a finalità generali ed il loro carattere direttamente rappresentativo.

Quanto al primo aspetto, il Parlamento, certamente mosso dall'intento di "svuotare" le funzioni di tali enti in modo da anticiparne, sul piano sostanziale, la soppressione (da inquadrarsi nel successivo progetto di riforma costituzionale cd. "Renzi – Boschi", poi naufragato), ha ritenuto di procedere ridefinendo in senso restrittivo il loro perimetro di operatività, individuando un elenco piuttosto scarso di funzioni fondamentali appartenenti alle "nuove" Province, riconducibili a pochi macro-ambiti: pianificazione urbanistica, trasporto pubblico locale, ambiente, viabilità provinciale ed edilizia scolastica di secondo grado.³³

Quanto al secondo dei due aspetti sopra richiamati, ovverosia il carattere direttamente rappresentativo delle Province, la l. 56/2014 ha reciso il legame tra cittadini-elettori ed organi di governo delle amministrazioni provinciali introducendo un sistema di cd. "elezione indiretta", limitando la composizione del corpo elettorale ai soli Sindaci e Consiglieri comunali dei Comuni ricompresi nel territorio provinciale³⁴.

Sul versante delle risorse, va segnalata una forte contrazione dei trasferimenti in favore delle Amministrazioni provinciali, con una riduzione pari a circa 2 miliardi e 766 milioni € nel solo biennio 2012-2014³⁵. Di conseguenza, nel quinquennio 2013-2018, la capacità di spesa delle Province si è contratta del 38%, passando dai 10 miliardi e 250 milioni € del 2013, agli appena 6 miliardi e 400 milioni € del 2018.³⁶ In tempi più recenti, negli anni 2019 e 2020, si è registrata una lieve inversione di tendenza, concretizzatasi con l'erogazione alle Province ed alle Città metropolitane di trasferimenti aggiuntivi per investimenti in manutenzioni nei campi della viabilità e dell'edilizia scolastica. Tuttavia, si tratta in larga misura di risorse straordinarie e non strutturali. A ciò si aggiunga la riduzione di quasi il 50% degli organici, con oltre 16.000 dipendenti provinciali ricollocati presso altre pubbliche amministrazioni o prepensionati³⁷.

³³ Cfr. E. FURNO, *Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali*, in *Federalismi*, 1/2015; G. F. FERRARI (a cura di), *Nuove province e città metropolitane: atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo: Milano, Dipartimento di studi giuridici dell'Università Bocconi, 15 aprile 2016*, Torino, 2016, 3-15.

³⁴ F. STRADERINI, P. CARETTI, P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2011, 142-149.

³⁵ Fonte: UPI, documento programmatico "Ricostruire l'assetto amministrativo dei territori", presentato a Roma il 18 luglio 2019. Secondo l'UPI, i tagli ai trasferimenti in favore delle Province nel periodo 2012-2014 ammonterebbero a 2 miliardi e 766 milioni di euro, così ripartiti: 1 miliardo e 250 milioni € ad opera del d.l. 95/12 cd. "spending review", 516 milioni e 700 mila € ad opera del d.l. 66/14 cd. "Competitività", 1 miliardo € ad opera della l. 190/2014 cd. "legge di stabilità". Sul punto, vedasi anche C. COTTARELLI, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Milano, 2015.

³⁶ Disaggregando il dato e analizzando la sola spesa per investimenti la riduzione diventa ancora più marcata. Infatti, nel 2013 le spese in conto capitale delle Province ammontavano a circa 2 miliardi e 732 mln €, ridottisi ad appena 779 mln € nel 2018. Fonte: UPI.

³⁷ Fonte: PCDM, Dipartimento per la Funzione pubblica.

Tutto ciò ha prodotto pesanti conseguenze sugli equilibri finanziari delle Province e sulla loro capacità di erogare servizi, circostanza che, a partire dal 2015, ha condotto ben 37 Amministrazioni provinciali (su 89) alle soglie del pre-dissesto³⁸ ed alla approvazione, da parte della Corte dei conti, di 14 piani pluriennali di riequilibrio finanziario.

Sulla base delle considerazioni fin qui esposte, appare chiaro come le Province e le Città metropolitane risultino ad oggi strutturalmente inadeguate all'esercizio di nuove ed ulteriori funzioni amministrative che dovessero essere conferite loro in applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost., non solamente per ragioni economico-finanziarie ma anche di assetto istituzionale, stante la natura di Enti non direttamente elettivi³⁹, circostanza che mal si concilia con l'idea di un Ente locale dotato di numerose funzioni amministrative (e delle relative risorse finanziarie), incidenti sulla vita quotidiana della collettività amministrata.

5. *Il necessario superamento dell'assetto attuale di Province e Città metropolitane*

Alla luce di quanto esposto, si può concludere che esiste una sostanziale incompatibilità tra i contenuti della “riforma Delrio” ed il disegno autonomista portato avanti, tra le altre, dalle Regioni del Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna. Infatti, non si può immaginare di attuare una nuova fase del processo di decentramento amministrativo mantenendo le Province e le Città metropolitane in uno stato di forte precarietà economico-finanziaria, organizzativa ed istituzionale.

Il regionalismo differenziato rappresenta quindi l'occasione (insperata) per riflettere, cinque anni dopo l'entrata in vigore della “riforma Delrio”, sulle prospettive di rilancio dell'area vasta nell'ottica della realizzazione di un vero sistema regionale delle autonomie locali.

³⁸ Fonte: servizio studi CGIL – Funzione pubblica.

³⁹ Sul punto vedasi, tra gli altri, G. MELONI, *Il nuovo ruolo delle Province come “Case dei Comuni”*, in www.accademiaautonomia.it. Secondo l'A., «se volessimo tornare ad interrogarci sul valore più intrinseco e proprio dell'autonomia, secondo gli insegnamenti dei Maestri, dovremmo riconoscere e convenire che l'autonomia, per quel carattere proprio riconosciuto dall'art. 5 della Costituzione alle comunità locali, prima che agli enti, non può che sostanziarsi in primo luogo in una autonomia politica, di indirizzo politico-amministrativo, capace di concorrere, secondo i più significativi contributi della dottrina autonomistica, alla stessa determinazione dell'indirizzo politico nazionale, non riconducibile più al solo indirizzo governativo. Autonomia e politicalità, un binomio inscindibile. In tal senso, le province al pari dei comuni, in quanto enti autonomi garantiti costituzionalmente, non possono che partecipare necessariamente del carattere della politicalità, quale capacità di ricondurre gli interessi della generalità a sintesi, attraverso l'assunzione di un indirizzo idoneo a tradursi in scelte appunto di valenza politica. Il che sembrerebbe escludere che possa considerarsi come pienamente rispondente al disegno costituzionale una provincia rappresentativa delle sole istituzioni locali e caratterizzata quale ente di secondo grado».

In questo senso, alcune Regioni hanno avanzato delle proposte, le quali appaiono generiche e non del tutto convincenti. È il caso dell'Emilia-Romagna, la quale, con risoluzione dell'Assemblea legislativa n. 5321/2017 ha formalmente richiesto al Governo il «riconoscimento di competenze amministrative e legislative differenziate ai fini dell'accrescimento in capo alla Regione dei poteri di definizione del sistema istituzionale interno alla Regione Emilia-Romagna, al fine di consentire la realizzazione di innovativi modelli di *governance* istituzionale».

La medesima istanza è stata ribadita anche dal Consiglio regionale della Lombardia con la risoluzione n. 97/2017, tesa a richiedere il «riconoscimento di competenze legislative e amministrative per la definizione del sistema istituzionale interno alla Lombardia».

Tali riferimenti, nonostante l'evidente indeterminatezza della nozione di «sistema istituzionale interno alla Regione», appaiono in qualche modo alludere alla possibilità di attribuire alle Regioni ulteriori poteri in materia di ordinamento degli Enti locali, e quindi anche in materia di ordinamento delle Province e delle Città metropolitane.

Tuttavia, come sottolineato in dottrina, si tratta di richieste del tutto irrituali, che si pongono, almeno formalmente, ben al di là dei limiti materiali previsti dall'art. 116, comma 3, Cost. arrivando a richiamare la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di legislazione elettorale e di disciplina degli organi di governo di Comuni, Province e Città metropolitane *ex* art. 117, comma 2, lett. *p*) della Costituzione⁴⁰.

Occorre quindi ribadire che è compito dello Stato procedere ad una profonda riscrittura delle norme sull'ordinamento delle Province e delle Città metropolitane, valorizzando il ruolo che, anche in base al dettato costituzionale, ad esse compete nel sistema delle autonomie.

Così facendo si potrà ricostruire l'assetto amministrativo dell'area vasta, intesa come trave solida, idonea a sostenere, assieme a Regione e Comuni, il peso delle nuove responsabilità derivanti dalla realizzazione del regionalismo differenziato.

⁴⁰ Cfr. M. DE DONNO, P. MESSINA, *op. cit.*

Abstract

Lo scritto analizza il tipo di relazione esistente fra la procedura di attribuzione alle Regioni di “forme ulteriori di autonomia” ai sensi dell’art. 116 c. 3 Cost. e l’attuale struttura istituzionale di Enti di area vasta. In particolare, l’articolo mostra, analizzando gli aspetti particolarmente critici, che Province e Città metropolitane, come riformate dalla “riforma Delrio” non possono sostenere gli effetti che il regionalismo differenziato è destinato a produrre sugli Enti di area vasta.

Differentiated regional autonomy:
an opportunity to rethink the vast-area

by Matteo Pressi

This paper aims to highlight the relationship existing between the procedure of attribution to the Regions of «further forms and particular conditions of autonomy», pursuant to art. 116, paragraph 3, of the Constitution, and the current institutional structure of vast-area entities. In particular, the article intends to underline how, to date, the structure of the Provinces and Metropolitan Cities, as defined by the “Delrio reform”, is unsuitable for sustaining the repercussions that differentiated regionalism is destined to produce on vast-area entities, outlining the particularly critical issues.

Note minime sulla disciplina della Regione siciliana sul procedimento amministrativo

di Gaetano Armao

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. Il ruolo recessivo delle Regioni nella disciplina del procedimento amministrativo. – 3 La legge siciliana n. 7 del 2019 nell'alveo delle competenze regionali sul procedimento amministrativo e le misure di contrasto alla crisi economica determinata dalla pandemia da COVID-19.

1. Una breve premessa

La legge n. 241 del 1990 aveva concepito un sistema regolativo del procedimento amministrativo e del diritto di accesso di tipo duale, nel quale alla disciplina statale di principi si affiancava quella regionale (art. 29)¹, di guisa che alle regioni ed agli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, spettava regolare le materie disciplinate da tale legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa come definite dai principi stabiliti dalla stessa.

La legge che, com'è noto, ha visto la luce dopo un complesso iter legislativo², era essenzialmente una legge di principi che conteneva non una compiuta

¹ In merito, nell'ampia dottrina si vedano G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 305 ss., spec. 308; R. DE NICCOLIS, *La legge generale sul procedimento amministrativo e la legislazione regionale: alla ricerca del procedimento amministrativo nella Costituzione*, in *Foro amm-TAR*, 2004, 1609 ss; G. BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, in *Dir. amm.*, 2006, 23 ss.; M. CORRADINO, *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo: una chiave di lettura di diritto comunitario*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2006; G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010, 3; G. FALCON, *La legge sul procedimento amministrativo e i caratteri del "federalismo" italiano*, in *le Regioni*, 2010, 1227 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

² Il testo è stato elaborato dalla "Commissione Nigro", invero una sottocommissione nell'ambito della Commissione, presieduta da Massimo Severo Giannini, "Per la delegificazione e per la semplificazione dei rapporti fra Stato e cittadini", istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1983. La Commissione nell'ambito della elaborazione di un testo "Per la revisione della disciplina dei procedimenti amministrativi", elaborò due distinti schemi di legge, il primo recante "Disposizioni dirette a migliorare i rapporti tra amministrazione e cittadini nello svolgimento dell'attività amministrativa" che si proponeva di contribuire alla «semplificazione» e «democratizzazione» del procedimento, mentre l'altro concerneva "Diritto di accesso ai documenti amministrativi". Come noto i testi furono poi unificati nel d.d.l. d'iniziativa governativa. I lavori della Commissione sono riportati nel volume a cura di F. TRIMARCHI, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno Messina – Taormina 25-26 febbraio 1988*, Milano, 1990, sulla Commissione v. anche R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 3, 667

regolazione dell'attività amministrativa di diritto pubblico³, bensì la disciplina generale del procedimento e del diritto di accesso ai documenti amministrativi, cioè del momento della formazione del potere, essendo in essa assente la disciplina della validità, dell'efficacia, dell'autotutela.

La riforma dell'azione amministrativa varata con la legge del 1990, in questo richiamando autorevoli critiche⁴, ha positivizzato gli approdi della giurisprudenza amministrativa e l'elaborazione della dottrina nella declinazione dei principi sull'amministrazione in fase post-costituzionale⁵ esprimendo una diversa concezione rispetto al passato delle relazioni tra collettività e pubblico potere.

Una legge primariamente rivolta alle amministrazioni ed ai cittadini, che alla sua entrata in vigore imponeva obblighi alle prime ed offriva garanzie ai diritti dei secondi e soltanto in parte rivolta ai giudici, dettando regole che essi avrebbero dovuto applicare nelle controversie⁶.

La legge 241, promulgata prima della riforma costituzionale del 2001, è rimasta sostanzialmente immutata nelle linee fondamentali sino alla l. 11 febbraio 2005, n. 15 con la quale è stato introdotto il Capo IV-bis (*"Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso"*)⁷. La novella se per un verso amplia la disciplina contenuta nella legge 241, dall'altro, ed in termini giustapposti rispetto alla disciplina del 1990, sposta il centro di gravità dal procedimento al provvedimento amministrativo⁸.

La legge generale sull'azione amministrativa ha progressivamente esteso il proprio ambito di intervento non solo sul piano soggettivo, andando ben oltre la platea di amministrazioni pubbliche originariamente assoggettate⁹, ma soprattutto

ss., il testo, divenuto disegno di legge, è stato ampiamente modificato ed integrato dal Parlamento, in merito v. P.M. VIPIANA PERPETUA, *Il procedimento amministrativo nella legge n. 241 del 1990 riformata dalla legge n. 69 del 2009*, Padova, 2010, 3 ss.

³ P.M. VIPIANA, *Il modo di formazione della legge 241 del 1990 in tema di procedimento amministrativo*, in *Annali Genova*, 1991/2, nn. 1/2, 342 ss.

⁴ In particolare vanno ricordate le considerazioni critiche in ordine all'opportunità di intervenire legislativamente a disciplinare il procedimento amministrativo di M.S. GIANNINI e di A. Sandulli, ricordate da A. SANDULLI, *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2006, 686 ss.

⁵ Così, nell'ampia dottrina, A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 82.

⁶ Così efficacemente L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, in *Astrid on line*, 4.

⁷ A. MASSERA, *La riforma della l. 241/1990 e le prospettive aperte*, in *Astrid on line*.

⁸ In tal senso si veda per tutti B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2005, 469 ss.

⁹ Come noto vi è, *ab origine*, una differenza di ambito soggettivo di applicazione tra la disciplina del procedimento e quella dell'accesso ai documenti amministrativi, nel cui solco si è sviluppata la progressiva estensione della platea degli organismi pubblici e privati assoggettati alle previsioni della legge 241 del 1990 e s.m.i. per l'illustrazione di tali questioni si veda, da ultimo, M. TIMO,

to sul piano materiale incidendo significativamente sugli spazi di esercizio della potestà legislativa regionale, per certi versi spingendola in ambiti che potrebbero apparire interstiziali e residuali.

In altre parole, si sono progressivamente accresciute le fattispecie che per esigenze unitarie dell'esercizio armonizzato dell'azione amministrativa postulano regole comuni su tutto il territorio nazionale, ed infatti, oltre a quelle di cui al comma 2-*bis* dell'art. 29 della l. n. 241 del 1990 e s.m.i., attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *m*), della Costituzione¹⁰ di esclusiva competenza statale ai sensi del successivo comma 2-*ter*, giova ricordarlo, gli istituti di semplificazione, come “*la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, la segnalazione certificata di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi*”, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata, i casi ulteriori nei quali tali disposizioni non si applicano¹¹.

Le molteplici riforme che si sono succedute nel tempo hanno poi sempre più ristretto gli spazi di intervento del legislatore regionale, come meglio si avrà modo di precisare più avanti.

Nelle brevi considerazioni che seguono, nel richiamare talune previsioni della legge siciliana 21 maggio 2019, n. 7¹², che ha sostituito la l. r. 30 aprile 1991, n. 10 contenete norme sul procedimento amministrativo¹³, materia che rientra

Considerazioni sull'ambito di applicazione della legge 241/1990, anche alla luce della “riforma Madia”, in Amministrazionecammino.it, 11/2017.

¹⁰ La giurisprudenza costituzionale ha poi offerto interpretazione ampia dell'espressione “prestazioni” di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost. Giova al riguardo richiamare quanto statuito dalla sent. n. 164 del 2012 nella quale il a Giudice delle leggi ha chiaramente affermato che “*l'attività amministrativa può assurgere alla qualifica di “prestazione”, della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale*” (p. 8 del cons. dir.), superando una nozione di “prestazione” a lungo intesa in senso restrittivo con riguardo prevalentemente (se non esclusivamente) alle prestazioni sociali.

¹¹ Cfr. A. CELOTTO, *L'ansia riformatrice, il Gattopardo e il nuovo art. 29 della legge 241 del 1990, come modificata dalla legge n. 69 del 2009*, in *Giustamm.it*, 2009.

¹² Recante “*Disposizioni per i procedimenti amministrativi e la funzionalità dell'azione amministrativa*”, i lavori preparatori si vedano in *Il procedimento amministrativo in Sicilia, la Legge Regionale 7/2019*, in *Giurdanella.it*, 5/2019.

¹³ Sulla disciplina siciliana in materia di procedimento amministrativo si vedano, tra gli altri, G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991, 33-36; G. PALMERI, *Considerazioni circa le competenze regionali in tema di applicazione della l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 1991, 75 e ss.; M. MAZZAMUTO, *Discipline sul procedimento amministrativo. Le innovazioni della Regione siciliana (l.r. 10/1991)*, ivi, 1993, 113 e ss.; N. GULLO, *La semplificazione amministrativa nell'ordinamento regionale siciliano: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, ivi, 1998, 509 e ss.; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e diritto di informazione del cittadino nei riguardi delle amministrazioni regionali*, in F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 131 e ss.; M. IMMORDINO, *Le funzioni amministrative. Il procedimento amministrativo*, in A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione siciliana*, Torino, 2012, 234 e ss., sia consentito rinviare altresì ai miei contributi, *Potestà regolamentare ed attuazione della legge sul procedimento amministrativo nella Regione siciliana*, in *le Regioni*, 1993,

nella competenza esclusiva della Regione (art. 14, lett. *p*, dello Statuto, “ordinamento degli uffici e degli enti regionali”)¹⁴, si cercherà di verificare come siano stati utilizzati i residui spazi offerti al legislatore regionale per introdurre elementi innovativi nella disciplina del procedimento amministrativo, giustificando, quindi, un sistema di regolazione che per essere efficiente, e quindi rendere competitivo il contesto regionale di riferimento, deve poter compendiare, al meglio, disciplina statale e regionale. La prospettiva è, va precisato, quella delineata da Antonio Romano Tassone, che configura la legge n. 241/90 non già quale compendio di disposizioni che dettano comportamenti standard “da adottare sempre e comunque con poche o nessuna variante”, ma piuttosto come “un elenco di “risultati” che devono essere garantiti al cittadino nel suo rapporto con l’amministrazione-autorità, risultati che, tuttavia, sono raggiungibili anche attraverso moduli comportamentali diversi da quelli contemplati dalla legge (a questo punto: solo in via esemplificativa, o, se si vuole, come indicazione indiretta del “livello” che deve esser garantito dalla normazione delle autonomie)”¹⁵.

2. Il ruolo recessivo delle Regioni nella disciplina del procedimento amministrativo

In una nota intervista pubblicata alla fine degli anni ‘80 Massimo Severo Giannini, a quasi un decennio dalla riforma amministrativa disegnata da Ministro della funzione pubblica¹⁶ nel primo e nel secondo governo Cossiga, ne offrì un’esemplare definizione: “entrata nei libri di testo ma non negli uffici”.

Invero, quello di restare sulla carta è il rischio della gran parte delle riforme amministrative, soprattutto di quelle più innovative ed incisive¹⁷. Il problema sul quale si scontrano e spesso si infrangono i tentativi di riforma è quello di innalzare il livello della qualità delle prestazioni delle amministrazioni pubbliche ed origina dalla pretesa di governare il processo di modernizzazione confrontandosi con la resistenza al cambiamento degli assetti interni consolidati¹⁸, ma ancor più degli apparati¹⁹.

161 e ss. e *Open Government in Italy and in the Sicilian Region*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, I, 2017, 59 e ss.

¹⁴ Al riguardo per più approfondite considerazioni si veda ancora M. IMMORDINO, *op.ult. cit.*, 235.

¹⁵ A. ROMANO TASSONE, *Legge n.241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto, M.A. Sandulli*, in *Federalismi.it*, 5/2006.

¹⁶ Il riferimento è al “Rapporto sui principali problemi dell’Amministrazione dello Stato”, presentato al Parlamento il 16 novembre 1979 dal Ministro della Funzione pubblica Massimo Severo Giannini. Per un suo inquadramento nel contesto dell’evoluzione amministrativa italiana e del dibattito sulla storia amministrativa del Novecento, v. G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, 1996, 501 ss. e più recentemente ID., *L’evoluzione recente e i problemi aperti dell’amministrazione italiana*, in *eticapa.it*, 8/2017.

¹⁷ Si veda per tutti sul punto B. G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L’innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2017, 89 e ss.

¹⁸ Cfr. A. NATALINI, *Capacity Building. Come far passare le riforme degli altri*, Roma, 2010, 12.

¹⁹ Icastica risulta in tal senso la sintesi di F. SALVIA, *Prefazione*, al mio lavoro *La privatizzazione delle imprese pubbliche in Sicilia: la difficile transizione*, Palermo, 2008, 3.

E così la vera sfida non diventa tanto quella di scrivere un progetto con l'apporto di politici, studiosi, associazioni di categoria, portatori di interessi o di approvare una riforma a livello legislativo, ma quello di far “*passare la riforma*”²⁰ nel tessuto dell'amministrazione, nella cultura degli apparati che debbono applicarla, nella consapevolezza di coloro che possono invocarne gli istituti di garanzia e tutela.

A tre decenni dall'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo²¹ ed il diritto di accesso, la disciplina è stata sottoposta a molteplici e non sempre univoche modifiche, con il citato d.l. n. 76 del 2020, conv. con mod. dalla l. n. 120 del 2020.

Ma quel che qui interessa sottolineare è che la lunga e variegata evoluzione, durata trent'anni, ha esteso non solo testualmente, ma soprattutto quantitativamente e qualitativamente l'originaria disciplina dell'azione amministrativa del 1990, in guisa da incidere sulle competenze legislative regionali che pur essa richiama all'art. 29.

Sicché, non appare peregrino porsi la domanda, di fronte alla forte dilatazione regolativa di una legge che avrebbe dovuto restare “*sul procedimento amministrativo*” e non “*del procedimento amministrativo*”²², se sia ancora attuale (ed in che misura) l'esercizio della potestà legislativa regionale.

Dopo quell'originario intervento sono intervenute una serie nuove leggi che con un ritmo quasi annuale hanno inciso sul testo della normativa in esame.

Non è questa la sede per una completa ricostruzione di tutti i variegati²³ e non sempre coerenti interventi di modificazione, integrazione ed abrogazione che hanno riguardato le disposizioni della legge n. 241 del 1990, interventi dai quali traspone un percorso evolutivo che se da taluni è considerato “*univoco e inarrestabile*”²⁴, da altri foriero di “*deformazioni*” che hanno modificato l'originario impianto²⁵, che

²⁰ Il rinvio è d'obbligo al fondamentale lavoro A. O. HIRSCHMAN, *Come far passare le riforme*, Bologna 1990, che con il suo approccio gradualista sostiene che per gestire il dilemma della politica delle riforme occorre non cadere nella trappola dell'eccessivo realismo e rinunciare a proporsi i necessari cambiamenti, sempre possibili e, nello stesso tempo, non illudersi che il cambiamento possa intervenire solo perché progettato o finanziato, senza essere effettivamente percepito come “vivente” dalla realtà in cui è calato.

²¹ Sul tema si vedano i classici M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, 1429 e ss. e anche A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 57 e ss.

²² Cons. Stato, Ad. Plen., 7 giugno 1999, n. 14, per alcune rilevanti riflessioni sul punto v. G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 587 e ss.

²³ Per un completa disamina delle quali si vedano per tutti M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e Regole dell'Azione Amministrativa*, cit. e C. CONTESSA, R. GRECO (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla legge n. 241/1990)*, Piacenza, 2020.

²⁴ In tal senso, testualmente, M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi.it*, 17/2019, 3

²⁵ M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2/2016, 347 e ss. secondo la quale la disciplina generale sul procedimento amministrativo

certainemente perpetua la tecnica degli interventi estemporanei incentrati sul “*taglia e cuci*” legislativo²⁶, e che va riconosciuto quale sicuro epifenomeno²⁷ di quella che Luciano Vandelli ha definito icasticamente “*psicopatologia delle riforme quotidiane*”²⁸, quanto di rilevarne l’incidenza sull’autonomia legislativa regionale in materia.

Peraltro, le analisi comparate delle legislazioni regionali in materia, ne hanno, da un lato, evidenziato una sostanziale armonia, pur se con qualche normativa più propensa a promuovere spazi di autonomia, rispetto al quadro di riferimento statale²⁹, dall’altro hanno posto in luce come le stesse non si discostino molto dal regime sancito a livello statale³⁰.

Sul rapporto tra legislazione statale e regionale in materia di disciplina del procedimento amministrativo è intervenuta di recente, ancorché nei confronti dell’ordinamento delle Regioni ordinarie, la Corte costituzionale con le sentenze n. 246 del 2018 e n. 9 del 2019, confermando gli orientamenti consolidati in merito³¹.

e l’accesso, in quanto prodotto normativo della concezione dottrinale nel suo impianto originario, dovuto alla Commissione Nigro, si poneva: “*come testo strategico, inteso a far penetrare, attraverso l’uso giurisprudenziale dei principi dalla medesima adottati, anche il punto di vista dei cittadini nella disciplina dell’azione amministrativa, senza avere l’ambizione di dettare una disciplina conclusa e autosufficiente*”, ma è divenuta adesso risultato, più che di un percorso di manutenzione, per certi versi inevitabile nella tipologia della normativa, di un “*costante processo di riscrittura che ha impedito la creazione di uno vero e proprio statuto del cittadino nei riguardi della pubblica amministrazione e che non riesce neppure a soddisfare una basilare esigenza di certezza della disciplina vigente*”.

²⁶ Così M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Il diritto dell’economia*, 2/2020, il quale opportunamente sottolinea come l’inserimento estemporaneo di modifiche a leggi e norme vigenti: “*non solo non semplifica, ma anzi complica e rallenta*” ed in tal senso un esempio emblematico si rinviene nella conferenza di servizi, “*oggetto di una frenetica e spesso inutile attività emendativa, che ne ha chiaramente minato l’effettività. Se è talmente necessario modificarne di continuo la disciplina, allora sembra palese che l’istituto non funziona: tanto vale, allora, eliminarlo o riformarlo in radice. E invece il legislatore procede da anni a togliere e aggiungere pezzi di disciplina*”. Quando addirittura non si giunge, come nel caos dell’art. 13 della l. 120/2020, a sospendere la conferenza dei servizi ordinaria fino al 31 dicembre 2021, consentendo sino a quella data alle amministrazioni di sostituirla con quella semplificata, “*nonché di introdurre una sorta di “modificazione a tempo” di parte dell’art. 14-bis, legge 241/1990, prevedendo norme specifiche con validità sempre fissata fino al 31 dicembre 2021. Una novità che non può che generare incertezze e confusioni e che, pertanto, non sembra davvero meritevole di essere salutata con favore*”.

²⁷ M.A. SANDULLI, “*Principi e regole dell’azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*”, in *Federalismi.it*, 23/2017, 3.

²⁸ *Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Bologna, 2006.

²⁹ Si veda per tutti R. CARIDÀ, *Autonomie regionali e attività amministrativa tra esigenze di trasparenza, obiettivi di semplificazione e diritti procedurali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5, e M. DE GIORGI, *La semplificazione amministrativa tra esigenze di uniformità ed effettività delle politiche. Alla ricerca di un coordinamento stabile tra Stato e Regioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2011, 501 ss.

³⁰ Una completa panoramica delle diverse legislazioni regionali si può consultare in www.italiasemplice.gov.it/documentazione/rassegna-legislazione-regionale/

³¹ Le sentenze sono pubblicate su *le Regioni*, 2019 con nota A. I. ARENA, *Autonomia delle regioni e disciplina del procedimento amministrativo (Nota alle sentenze n. 246 del 2018 e n. 9 del 2019 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2019, 282 e ss; e A. SIMONATI, *Semplificazione dell’attività amministrativa e*

Si tratta di due pronunce che prendono una decisa posizione sull'incidenza della sfera materiale di competenza legislativa esclusiva dello Stato riconducibile alla determinazione dei livelli essenziali scaturente dall'art. 117, secondo comma, lettera *m*), di guisa che, alla stregua della disposizione richiamata deve essere assicurata la garanzia di condizioni eguali nel godimento dei diritti civili e sociali sul territorio nazionale, con possibilità di differenziazione soltanto *in melius* da parte delle Regioni (per esempio, comprimendo termini di durata dei procedimenti o sopprimendone talune fasi).

Lungi dal costituire una “*semplificazione ulteriore*” della disciplina del procedimento amministrativo rispetto alle prescrizioni statali³², le norme censurate (le prime della Regione Abruzzo, le seconde della Regione Lombardia), al contrario, ne hanno determinato un aggravamento, in spregio ad uno dei principi più innovativi della stessa disciplina statale del 1990³³ ed incidendo negativamente sulla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, la cui garanzia va assicurata a livello nazionale ed in specifica antinomia rispetto alla disciplina statale sancita dai decreti attuativi della delega di cui alla legge 7 agosto 2015, n. 124³⁴.

3. *La legge siciliana n. 7 del 2019 nell'alveo delle competenze regionali sul procedimento amministrativo e le misure di contrasto alla crisi economica determinata dalla pandemia da COVID-19*

La richiamata legge regionale 21 maggio 2019, n. 7 ha offerto all'ordinamento siciliano una nuova disciplina del procedimento amministrativo e dell'accesso ai documenti amministrativi, riordinando il quadro normativo e consentendo il recepimento, come si vedrà anche in forma dinamica, delle principali riforme intervenute sulla disciplina dell'azione della pubblica amministrazione³⁵.

Va tuttavia ricordato che nel medesimo ordinamento regionale, con l'obiet-

livelli essenziali delle prestazioni: la Consulta e il regionalismo “temperato”, ivi, 292 e ss. ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

³² Secondo la sentenza n. 246 del 2018, nel solco di quanto previsto dall'art. 29, comma 2-quater, della legge n. 241 del 1990, la Regione può intervenire in materia di procedimento amministrativo per renderlo più semplice («così, per esempio, fermo restando il rispetto delle attribuzioni statali in altre materie, potrebbe ridurre i termini assegnati all'amministrazione per provvedere o eliminare singoli passaggi procedurali»), mentre deve considerarsi precluso introdurre «un modello procedimentale completamente nuovo e incompatibile con quello definito a livello statale, giacché un intervento di questo tipo [...] per un verso sarebbe di assai difficile, se non impossibile, raffronto con quello statale al fine di apprezzarne la maggiore o minore semplificazione, e per altro verso finirebbe per complicare le attività connesse allo svolgimento di un'impresa, imponendo ai suoi destinatari l'onere aggiuntivo della non facile individuazione della normativa in concreto applicabile» (p. 3.3 del cons. dir.).

³³ Sul quale v. per tutti M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 493 e ss.

³⁴ Sulla quale ancora B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, cit., 99 e ss.

³⁵ Sulla quale basti per tutti richiamare la valutazione che ne fa uno dei Maestri del diritto amministrativo siciliano, il prof. Salvatore Raimondi, che l'ha definita “*una bella legge*”.

tivo di introdurre specifiche misure di (ulteriore) semplificazione per contrastare gli effetti derivanti dalle restrizioni imposte dalla pandemia da COVID-19³⁶, è successivamente intervenuta la legge regionale 7 luglio 2020, n. 13³⁷ con l'obiettivo di accelerare i procedimenti amministrativi (intervenendo con alcune limitate modifiche alla legge regionale del 2019 in materia di conferenze di servizi) e la realizzazione di interventi infrastrutturali urgenti, dettando disposizioni sulla dichiarazione dello stato di crisi e di emergenza nel territorio regionale. Quest'ultima novella legislativa regionale ha peraltro incrociato le molteplici modifiche alla legge n. 241 del 1990 (ancora una volta) sancite dal legislatore, nell'ambito delle misure di semplificazione volte al contrasto degli effetti economici della pandemia da COVID-19³⁸, dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con mod. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120³⁹ che ha introdotto alcune misure di tipo acce-

³⁶ Sul tema, nell'ormai molto articolata dottrina, si vedano S LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it*, 13.3.2020; F. FRANCIOSI, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, *ivi*; L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla "stratificazione" delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, *ivi*; L. A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacere d'altri; ed in generale i contributi all'Osservatorio Emergenza Covid-19, pubblicati da *Federalismi.it*; A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, 1/2020; A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2020, 385 ss.; G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *le Regioni*, n. 3/2020, 453 ss.; P. GINGASPERO, *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza COVID 19, tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, in *Quad. Amm.*, 3/2020, 6 ss.

³⁷ Recante "Disposizioni per l'accelerazione dei procedimenti amministrativi e per la realizzazione di interventi infrastrutturali urgenti" su alcune delle misure introdotte dalla normativa P. MAGLIONE, *Prime considerazioni sul d.d.l. "sburocratizzazione" per la Regione siciliana*, in www.ildirittoamministrativo.it/Prime-considerazioni-sul-dal-sburocratizzazione-per-la-Regione-siciliana-Maglione/ed637

³⁸ Sulle quali si vedano per una prima analisi: M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, 282 ss. e M. A. SANDULLI, *La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in www.giustiziainsieme.it.

³⁹ Recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale". Sul quale v. tra, i primi commenti, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e Regole dell'Azione Amministrativa*, Milano 2020, *passim* ed A. SANDULLI, *Semplificare per ripartire: Luci e ombre del "DL semplificazioni"*, in [https://sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/files/policy%20brief%202020_sandulli_def%20\(002\)_1_0.pdf](https://sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/files/policy%20brief%202020_sandulli_def%20(002)_1_0.pdf) il quale evidenzia che la modifica di maggior rilievo sulla disciplina del procedimento amministrativo attiene ai termini di conclusione del procedimento, che sono sospesi (e non interrotti, come era prima previsto) dal cd. *preavviso di rigetto* (art. 10-bis), sicché, una volta conclusa la sospensione, il decorso del tempo non riparte dall'inizio, ma dal punto al quale la procedura era giunta. La novella stabilisce inoltre un sostanziale congelamento delle risultanze istruttorie ed un'irretrattabilità dell'attività amministrativa svolta. Ne discende che nell'ipotesi nella quale il provvedimento negativo sia annullato in giudizio, l'amministrazione non potrà addurre motivi ostativi già emersi in sede di istruttoria procedimentale. Infine, il preavviso di rigetto non è più compreso tra le ipotesi di vizi formali non invalidanti, per cui l'omissione di tale preavviso determina sempre l'illegittimità del provvedimento finale. Sul decreto in argomento si vedano, altresì, i contributi di e, più in generale, V. CERULLI

leratorio alle previsioni in materia di svolgimento del procedimento amministrativo ed un regime speciale per le conferenze di servizi sino al 31 dicembre 2021⁴⁰.

Tali disposizioni, come meglio si potrà illustrare nel prosieguo di queste considerazioni, sono direttamente applicabili nell'ordinamento regionale siciliano in virtù del rinvio operato dall'art. 36, secondo comma, della normativa in esame.

Ne emerge un quadro composito, ma certamente migliorato sul piano della sistematicità pur se non privo di zone d'ombra sul piano applicativo che, tuttavia, proprio l'evoluzione del rapporto tra legislazione statale e regionale in materia, induce a chiederci se serve ancora una disciplina regionale sul procedimento amministrativo.

La novella regionale in esame costituisce una profonda svolta nella disciplina regionale siciliana dell'azione amministrativa – al di là del virtuoso procedimento che ne ha condotto all'approvazione⁴¹ – non solo per le innovazioni che reca, per aver chiuso una lunga e controversa vicenda di recepimenti (più tardivi che tempestivi) della legislazione statale⁴² che si inserivano, e non sempre in forma

IRELLI, *Editoriale. La responsabilità del giurista pubblico. Spunti critici*, in *Federalismi.it*, 30/2020; G. VESPERINI, *Al decreto semplificazioni manca la semplicità*, in *Lavoce.info*, 8.9.2020; A. MASSARI, *La conversione del decreto semplificazioni e le questioni aperte*, in *Appalti e Contratti*, 9/2020; T. TESSARO, *Del Decreto-Legge n. 76/2020 (c.d. Semplificazioni) convertito in Legge n. 120/2020: ovvero dei "disegni di legge per riparare ossicini fratturati o supposti tali"*, in *Comuni d'Italia*, n. 9-10/2020; A. MITROTTI, *Gli effetti delle modifiche sulla disciplina dell'attività consultiva nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Ambienteditto.it*, 11/2020; M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2020.

⁴⁰ La scelta di intervenire con decreto-legge su una disciplina quale quella sul procedimento amministrativo desta molteplici perplessità, ancorché vada ricondotta alla specialissima condizione di emergenza sanitaria ed economica nella quale si colloca la normativa c.d. anti-COVID-19 del 2020. Vanno quindi condivise le considerazioni critiche di A. MITROTTI, *Gli effetti delle modifiche sulla disciplina dell'attività consultiva nella legge sul procedimento amministrativo*, cit., sull'uso del decreto-legge: fonte da considerare inidonea e comunque non opportuna alla modifica di discipline di settore, come la legge n. 241 del 1990 e s.m.i. che postulerebbe "ponderazione e riflessione sistematica" quali "essenziali elementi" a monte di una, ragionata, disciplina di riforma stridono, di per sé, e mal si attagliano con "casi straordinari di necessità e d'urgenza" quali tipici presupposti costituzionali della decretazione d'urgenza.

⁴¹ Il testo presentato dal Governo regionale è stato elaborato da studiosi di diritto amministrativo, coordinati dal prof. Riccardo Ursi dell'Università di Palermo, i quali hanno, tra l'altro, fornito il loro apporto nelle audizioni presso la prima Commissione "Affari istituzionali" dell'Assemblea regionale siciliana, con un iter molto breve che ha condotto all'approvazione all'unanimità da parte del Parlamento siciliano.

⁴² La normativa regionale in esame completa, infatti, il recepimento delle previsioni del legislatore statale, in particolare della legge n. 124 del 2015 e s.m.i. e dei relativi decreti attuativi, come del *Codice dell'Amministrazione Digitale*, d.lgs 82 del 2005 e s.m.i., le disposizioni a compendio della normativa sulla prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (l. 6 novembre 2012, n. 190), a partire dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante il riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza

coerente e sistematica, nell'ormai obsoleta legge n. 10 del 1991 della quale, tra l'altro, sancisce l'integrale abrogazione (art. 35 primo comma)⁴³.

Mentre viene sostanzialmente confermato l'ambito soggettivo di applicazione⁴⁴, diversamente da quanto avvenuto nel 1991, quando il legislatore regionale ritenne di darsi una propria disciplina sull'azione amministrativa, ma in realtà mutuando, tranne qualche modesta differenza (peraltro rimasta priva di qualsiasi concreta attuazione) la struttura della disciplina generale sul procedimento amministrativo e l'accesso ai documenti amministrativi sancita a livello statale con la fondamentale legge del 1990; con questa disciplina il legislatore avverte la necessità di dotare la normativa di una clausola di adeguamento automatico alle modifiche intervenute nella legislazione statale successivamente alla sua approvazione (art. 36).

Peraltro, l'approccio originario seguito dal legislatore regionale siciliano, declinato attraverso una disciplina parallela a quella statale vincolata soltanto dalle previsioni normative fondamentali, si riconnetteva all'originaria previsione dell'art. 29, secondo comma, della l. n. 241 del 1990 – rubricato “*Ambito di applicazione della legge*” – che prevedeva “*Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono ad adeguare i rispettivi ordinamenti alle norme fondamentali contenute nelle legge medesima*”.

e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni e le altre riforme legislative intervenute, dando al contempo un assetto più intellegibile alla normativa regionale.

⁴³ Il secondo comma di tale disposizione, invece, fa salvi i regolamenti attuativi emanati in applicazione della normativa del 1991 i quali tuttavia, in virtù della previsioni della normativa in argomento dovranno essere progressivamente sottoposti a sostituzione anche in virtù di quanto sancito dall'art. 2, commi 3 e 4 della l.r., n. 7 del 2019 per l'individuazione dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza. In particolare, l'art. 2 della citata legge, recante “*tempi di conclusione del procedimento*” stabilisce al terzo comma che con decreto del Presidente della Regione su proposta dell'Assessore regionale competente, le amministrazioni regionali individuino termini, non superiori a sessanta giorni, entro i quali deve essere nei casi in cui, tenuto conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento, siano indispensabili termini maggiori di quelli indicati nel precedente comma per la conclusione del procedimento, gli stessi sono individuati con decreto del Presidente della Regione, su proposta dell'Assessore regionale competente di concerto con l'Assessore regionale per le autonomie locali e la funzione pubblica, stabilendo, altresì, che i termini previsti non possono comunque superare i centocinquanta giorni.

⁴⁴ La novella siciliana si applica, giusta le previsioni dell'art. 1, all'attività amministrativa della Regione, degli enti, istituti e aziende dipendenti dalla Regione e/o comunque sottoposti a controllo, tutela o vigilanza della medesima, oltre che degli enti locali territoriali e/o istituzionali nonché degli enti, istituti e aziende da questi dipendenti o comunque sottoposti a controllo, tutela o vigilanza. Le disposizioni della presente legge si applicano, inoltre, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa, previsti all'art. 1 della legge.

Giova ricordare che tale disposizione nel rispetto del criterio di competenza, statuiva la natura di principi generali dell'ordinamento giuridico in capo alle "materie disciplinate" da tale legge, vincolando nell'*an* (ma non nel *quomodo*) la conformazione della potestà legislativa regionale al relativo rispetto, di guisa che questa non poteva ritenersi, nel sistema delle fonti giuridiche, quale mera legge di dettaglio, ma piuttosto, contestualmente, legge di dettaglio e legge contenente principi generali dell'ordinamento giuridico in materia di azione amministrativa. Conseguentemente, il legislatore regionale e l'interprete sarebbero stati chiamati ad evincerne, oltre alla disposizioni puntuali, anche principi generali del diritto, quali: la certezza del procedimento, il principio della pubblicità, la trasparenza, il diritto all'informazione amministrativa⁴⁵.

L'art. 19 della legge n. 15 del 2005, nel quadro del nuovo assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni delineato dalla riforma costituzionale del 2001, muta sostanzialmente la prospettiva modificando il secondo comma dell'art. 29 della legge generale sull'azione amministrativa e prevedendo che: "Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge"⁴⁶.

Ed infatti, intervenuta la revisione del Titolo V della Costituzione e del sistema delle fonti e della loro allocazione a livello statale, regionale e locale, non potevano più trovare applicazione le previgenti normative "volte ad assicurare la operatività di discipline nazionali di natura materialiter 'organica' a livello regionale e locale"⁴⁷.

Mentre l'art. 10 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile»,

⁴⁵ Così S. GAMBINO, *Il diritto di accesso Profili costituzionali e amministrativi (alla luce del novellato Titolo V Cost. e della legge n. 15 del 2005)*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 5/2016, 829-830, 837.

⁴⁶ Sulle modifiche apportate all'art. 29 della l. n.241 del 1990 dall'art. 19 della l. n. 15 del 2005: G.E. GALLO, *La riforma sulla legge dell'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della Costituzione*, in *Giustamm.it*, 1/2005, 82 ss.; G. COLAVITTI, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 21.1.2005; F. CARINGELLA, *L'accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in *La riforma del procedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 382 ss.; M. CIAMMOLA, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge n. 15 del 2005: natura, soggetti legittimati ed ambito applicativo*, in www.giustamm.it 2005; A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge 241 del 1990 e competenze regionali: un nodo di "Gordio"*, in *Federalismi.it*, 8.9.2005; A. ROMANO TASSONE, *Legge n.241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto, M.A. Sandulli*, cit.; G. BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, cit., M. CORRADINO, *I principi di garanzia alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo: una chiave di lettura di diritto comunitario*, cit.; P. LAZZARA, *La disciplina del procedimento amministrativo nel riparto delle competenze Stato-Regione*, in *Dir. amm.*, 2007, 105 ss.

⁴⁷ Cfr. S. GAMBINO, *Il diritto di accesso. La nuova disciplina legislativa (Legge n. 15 del 2005) alla luce della revisione costituzionale del Titolo V*, in *Federalismi.it.*, 5 maggio 2005, 12-13.

oltre ad estendere l'ambito soggettivo di applicazione della normativa, ha introdotto i commi 2 *bis-quinquies*⁴⁸ ai sensi dei quali viene estesa ulteriormente l'applicabilità della legge n. 241, ancorandola direttamente all'articolo 117, comma 2, lettera *m*) della Costituzione⁴⁹, il quale comprende tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato la “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*”⁵⁰.

Va poi ricordato che il comma 2-*ter* è stato ulteriormente modificato dall'art. 49, comma 4, legge n. 122 del 2010, e, successivamente, dall'art. 3, comma 1, lettera *f*), d.lgs. n. 126 del 2016)⁵¹, nella prospettiva della crescente «*dimensione*

⁴⁸ «2-*bis*. *Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti.*

2-*ter*. *Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano.*

2-*quater*. *Le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-*bis* e 2-*ter*, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela.*

2-*quinquies*. *Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione alle disposizioni del presente articolo, secondo i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione».*

⁴⁹ Sul vasto tema, tra gli altri, E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 1105 ss.; C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 881 ss.; G. P. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il lavoro nelle pubb. amm.*, 2002, 25 ss.; L. CUOCOLO, *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *Il dir. dell'econ.*, 2003, 2-3, 389 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 3/2002, 345 e ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008, 39 ss.; e più recentemente P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4/2018; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino 2018; E. CATELANI, *La tutela dei diritti sociali fra Europa, Stato e Autonomie locali. I rischi della differenziazione*, in *Federalismi.it*, 5/2018; A. MORELLI, *Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10/2018; E. DI CARPEGNA BRIVIO, *L'applicazione del regionalismo differenziato per la sperimentazione delle politiche pubbliche*, in *Diritti regionali*, 3/2019, sia consentito altresì richiamare il mio contributo *La degradazione dei diritti sociali, l'aggravamento del divario Nord-Sud e le prospettive del regionalismo differenziato*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2020, 133 e ss.

⁵⁰ Al riguardo si vedano E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1479 ss., e R. DIPACE, *L'ambito di applicazione della legge n. 241 del 1990 s.m.i. (artt. 1, comma 1-ter, 23 e 29)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 88 ss.

⁵¹ «*Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi, salva la possibilità*

economica” del diritto amministrativo e della semplificazione prioritariamente orientata all’accelerazione dei procedimenti amministrativi⁵².

In sostanza il legislatore ha inteso progressivamente vincolare, per quanto ci interessa, l’esercizio della potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo circoscrivendone significativamente l’ambito di intervento. Mentre, per quanto concerne la disciplina della trasparenza, giova ricordare, sempre in attuazione del medesimo orientamento, l’art. 1 terzo comma, del d.lgs. n. 33 del 2013 a norma del quale: «*le disposizioni del presente decreto, nonché le norme di attuazione adottate ai sensi dell’articolo 48, integrano l’individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell’amministrazione statale, regionale e locale, di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione*”.

Sembra infine opportuno ricordare che, da ultimo, anche il citato “*decreto semplificazioni*” del 2020 è intervenuto con una nuova modifica dell’art. 29 della l. n. 241 del 1990, in particolare, integrando il comma 2 *bis* che adesso contempla tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera *m*), anche le previsioni sulla misurazione dei “*tempi effettivi di conclusione dei procedimenti*”⁵³.

La sempre maggiore incisività della normativa statale su quella regionale in materia, peraltro connessa all’utilizzo della clausola di cui al citato art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost., con l’obiettivo (sempre più malcelato) di espan-

di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano”.

⁵² Sul tema, in dottrina, tra i contributi più recenti: M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 985 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.it*, 5/2016; G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *Gazzetta Amministrativa*, n. 1/2017, 1 ss.; D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2017, 779 ss. ID., *L’efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *www.Federalismi.it*, n. 18/2018; S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell’economia*, Pisa, 2018, 65-68; L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, 1/2019, 19; G. F. FERRARI, *I costi del non fare*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, n. 1/2020, 148 ss.; M. CLARICH, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all’economia*, *ivi*, 169 ss.

⁵³ Sulla semplificazione la letteratura è ormai sterminata, sul piano della ricostruzione dogmatica si veda P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 533 e ss., mentre una ricostruzione degli istituti, anteriormente alle novità introdotte nel 2020, si rinviene in Aspen Institute Italia, *Le riforme della pubblica amministrazione nella XVII Legislatura*, Roma, 2018, 62 e ss. Per quanto concerne le dinamiche di informatizzazione della p.a. A. G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Dir. dell’economia*, 3/2019, 87 e ss. ai cui rimandi dottrinali si rinvia.

dere progressivamente la competenza legislativa statale⁵⁴, ha invero incrociato la tendenza del legislatore regionale ad operare il rinvio dinamico alla normativa statale in guisa da rendere omogenea e sincronica l'applicazione dei due livelli di regolazione della disciplina dell'azione amministrativa e dell'accesso.

Come ricordato, se l'attività amministrativa va qualificata come «prestazione» della quale lo Stato può fissare i «livelli essenziali» a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici e, in generale, di soggetti privati⁵⁵, le Regioni possono intervenire se ed in quanto apportano elementi migliorativi che rafforzino semplificazioni e partecipazioni al procedimento.

E tale relazione competenziale va letta non solo in termini statici, ma anche dinamici, ossia sensibili al divenire della legislazione statale.

Ed in effetti, la formula del c.d. «rinvio dinamico»⁵⁶, precipuamente prescelta dal legislatore siciliano e che trova prima applicazione già con l'entrata in vigore delle norme di snellimento delle procedure e di sburocraizzazione inserite nel c.d. «decreto semplificazioni» del 2020, prima richiamato, pone al riparo la disciplina regionale dalla necessità di adattamenti normativi il cui ritardo può determinare l'insorgere di questioni interpretative e disfunzioni applicative che consente di superare, fornendo un quadro più definito, declinato anche attraverso il ricorso alle circolari interpretative.

L'art. 2, comma ottavo, della l.r. n.7 del 2019 prevede che l'omessa o la ritardata emanazione del provvedimento amministrativo entro i termini prescritti sono valutate al fine «della responsabilità amministrativo-contabile, dirigenziale e disciplinare nonché al fine dell'attribuzione della retribuzione di risultato». Mentre l'art. 8, terzo comma dispone che: «il mancato rispetto dei termini connessi all'emanazione di un atto previsto da legge regionale, se non sussistono giustificati motivi connessi all'impossibilità oggettiva della sua emanazione, costituisce elemento di valutazione della responsabilità

⁵⁴ Ed infatti, da almeno un decennio, se ne è dedotto che il titolo competenziale statale, scaturito dall'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali abbia ormai assunto «una portata totalizzante», così G. TARLI BARBIERI, *La sentenza 322/2009 della Corte costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?*, in *le Regioni*, 2010, 839.

⁵⁵ Giova ricordare al riguardo la sentenza della Corte Cost. n. 207 del 2012 che ha qualificato l'attività amministrativa come «prestazione» della quale lo Stato può fissare i «livelli essenziali» a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici e, in generale, di soggetti privati, la si veda in *Giurcost.org/decisioni/2012/0207s-12.html*, con nota critica di M. MALO.

⁵⁶ Sulla tecnica del rinvio nella normazione siciliana A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione siciliana*, cit., 145 ss.; R. PAGANO, *Introduzione alla legistica (l'arte di preparare le leggi)*, Milano, 2004, 159 e ss. ai cui riferimenti dottrinari si rinvia, mentre una rassegna della giurisprudenza in materia, seppur sino al 2005, si rinviene in AA.VV., *Rinvio statico o dinamico?*, *Ricerca a cura dell'unità FIRB dell'Università di Genova*, in www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm#_ftn72, ma si veda già Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, Sez. consultiva, 14 novembre 1995, n. 402/95, in *Nuove autonomie*, 1996, 289 (ivi si trovano pubblicati anche gli altri dure pareri citati), con mia nota, *Norme fondamentali di riforma economico-sociale e disciplina del pubblico impiego delle Regioni ad autonomia differenziata*, ivi, 295 ss.

dirigenziale”, oltre che eventuale causa di responsabilità per danno all’immagine dell’amministrazione della retribuzione di risultato collegato alla *performance* individuale dei dirigenti.

Anche per quanto concerne gli apporti consultivi rileva la responsabilità in esame, ed infatti a norma dell’art. 23, comma ottavo, l’omessa comunicazione, entro i termini prescritti del parere richiesto da parte dell’organo consultivo “*costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*”⁵⁷.

In linea con la tendenza ad estendere la responsabilità dirigenziale – alla quale anche il legislatore siciliano ha dimostrato di non resistere – la nuova disciplina del procedimento amministrativo nella Regione siciliana detta specifiche disposizioni inerenti le condotte che, con riguardo alla “*osservanza dei termini e delle norme sui procedimenti amministrativi*”, possono dar luogo a specifiche ipotesi di responsabilità dirigenziale⁵⁸.

Si tratta di una novità significativa non solo perché correla la disciplina dell’attività dell’amministrazione in termini più stringenti e puntuali⁵⁹ alla responsabilità del dirigente, ma soprattutto perché rimarca ancor di più l’obiettivo della funzione del dirigente che è proprio quello di assicurare, in concreto, la “*buona amministrazione*”⁶⁰.

In disparte, una specifica considerazione merita la predisposizione del testo di coordinato in materia di azione amministrativa regionale prevista dall’art. 37 della legge regionale n. 7 del 2019 che è rimasta priva di applicazione per avvenuto decorso del termine. Invero, non sembra che al decorso termine in questione possa riconoscersi una valenza decadenziale, dovendosi riconoscere al Governo regionale ed al Presidente della Regione comunque, di fronte ad un’autorizzazione legislativa, il potere di redigere testi coordinati, ovviamente non novativi, della legislazione vigente.

Ma l’esigenza che ha indotto il legislatore ad introdurre un’apposita previsione deve adesso ritenersi viepiù attuale non solo a seguito dell’entrata in

⁵⁷ Sul tema della funzione consultiva nella nuova disciplina statale sull’azione amministrativa come modificata dalla novella del 2020 si veda da ultimo A. MITROTTI, *Gli effetti delle modifiche sulla disciplina dell’attività consultiva nella legge sul procedimento amministrativo*, cit.

⁵⁸ In merito si veda per tutti C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Napoli, 2018, 225 e ss.

⁵⁹ Sembra utile segnalare al riguardo l’art. 7 della normativa regionale del 2019 che specifica l’obbligo dell’esame degli atti di competenza secondo l’ordine cronologico, con la possibilità di attribuire la priorità ad alcuni procedimenti in casi tassativamente indicati (per esempio in caso di valutazione di iniziative nell’ambito dei Programmi cofinanziati dai Fondi strutturali e di investimento europei).

⁶⁰ In dottrina v. D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in *Astrid*, 14.3.2008, S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf> e M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *www.ius-publicum.com*, 2011, 14.

vigore della l. r. n. 13 del 2020, ma anche delle molteplici modifiche apportate alla legislazione statale, e che trovano diretta immediata applicazione nell'ordinamento regionale siciliano in virtù – appare opportuno precisarlo – del richiamato rinvio dinamico operato dall'art. 36, secondo comma, della normativa in esame.

Giova ribadire che l'esigenza di superare il rapporto statico tra legislazione regionale e statale in materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso, delineato dalla normativa del 1991, aveva trovato già riscontro nel 2011 con l'art.7, secondo comma, della l.r. 5 aprile 2011, n. 5, norma che aveva già operato un rinvio dinamico alla disciplina statale sull'accesso, anche attuativa, superando quanto specificamente previsto dagli artt. 25 e ss. della l. r. 10 del 1991 e s.m.i. e dal decreto del Presidente della Regione, 16 giugno 1998, n. 12.

In questo senso sono di palmare evidenza le refluenze negative che in una Regione dove si scontano i riflessi della condizione di insularità ed i più pesanti effetti del divario economico-sociale può determinare un'amministrazione inefficiente ed, al contrario, come la pubblica amministrazione regionale e locale, se efficiente, possa divenire elemento di vantaggio competitivo del sistema economico e strumento essenziale per la crescita⁶¹.

Compito di una legislazione regionale sull'azione amministrativa, come si definisce quella siciliana, è quindi quella di declinare il sintagma del giusto procedimento⁶², inteso come modalità sostanziale del farsi del procedimento

⁶¹ Di rilievo la recente ricerca condotta da THE EUROPEAN HOUSE AMBROSETTI, *La P.A. (Pubblica Amministrazione) da peso aggiunto a potenziale aiuto alla crescita del Paese*, in www.ambrosetti.eu/wp-content/uploads/ricerca-PA-2.pdf, 5, dalla quale emerge che la gestione dei rapporti con la pubblica amministrazione determina un costo per le imprese pari annuo a 57,2 miliardi (32,6 per sole piccole), equivalente allo stipendio annuale medio di 1,9 milioni di lavoratori al 3,3% del Pil. Ma se si allineasse l'efficienza della burocrazia italiana a quella media di Francia, Spagna, Germania e Gran Bretagna, in 5 anni si genererebbero 146 miliardi di Pil in più.

In generale sul rapporto tra giuristi ed economisti nelle riforme amministrative si veda ancora B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, cit., 92 e ss., mentre per un'interessante analisi delle politiche di riforma amministrativa, anche di tipo comparato, v. F. DI MASCO, A. NATALINI, *Oltre il New Public Management*, Roma, 2018.

⁶² La letteratura sul principio del giusto procedimento è estremamente densa, senza pretesa alcuna di completezza si vedano F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Giuciar-di*, Padova, 1975, 796 ss.; G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI – A. ORSI BATTAGLINI – D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, 805 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 1829 ss.; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in www.giustamm.it, 6, 2007; F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sent. n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm.*, 2008, 269 ss.; L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, 277 ss. M. COCCONI, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *le Regioni*, 2010, 1021 ss.; A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in M.RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 509 e ss.; S.A. FREGO LUPPI, *Il contributo al tema del giusto procedimento*, in *Amministrare*, 2018, 257 ss.

stesso, accogliendo modelli di valore ad esso esterni⁶³, rendendo responsabile, dialogante, verificabile un percorso decisionale incentrato sul canone della buona fede⁶⁴ – adesso positivizzato anche nel corpo della l. n. 241 del 1990 (art. 2-*bis*) – sul “*dovere di buona amministrazione*”⁶⁵ il cui riferimento centrale è la correttezza, la qualità e l’efficienza del servizio amministrativo al cittadino⁶⁶, altrimenti solipsistico ed autoreferenziale, foriero di inefficienza, corruzione e contenziosi. Aggiungendo in tal guisa, alle tre “E” dell’efficacia, dell’efficienza e dell’economicità anche quella “*dell’etica del servizio*”, per ricorrere alla felice sintesi concettuale di cui siamo debitori ad uno degli ultimi scritti di Giorgio Pastori⁶⁷.

A questo riguardo le previsioni della l.r. 7 del 2019 appaiono pienamente coerenti con i principi declinati dalla giurisprudenza costituzionale poiché, se per un verso introducono misure di rafforzamento delle semplificazioni (durata del procedimento: art. 2, commi secondo e terzo) e della responsabilità dell’apparato burocratico (art. 8), dall’altro, ampliano le garanzie partecipative (introducendo il diritto di audizione, art. 12, primo comma, lett. *c*).

Rifuggendo dal modello che aveva ispirato la l.r. n.10 del 1991 con la mera riproposizione della legislazione statale vigente e marginali quanto ininfluenti inserzioni, si pensi alla forma di ricorso in opposizione previsto dall’art. 28, sesto comma, rimasto sostanzialmente inapplicato⁶⁸, e adottando un sistema statico

⁶³ Così testualmente A. ZITO, *op. ult. cit.*, 509.

⁶⁴ Sulla cui applicazione al diritto amministrativo si vedano per tutti le riflessioni, per certi versi pionieristiche, di F. MANGANARO, *Principio di buona fede ed attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

⁶⁵ Il riferimento è allo studio, ormai risalente, ma preconizzante scenari futuri dello studioso dell’Università di Palermo, G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953. Secondo il quale il dovere di buona amministrazione costituisce la sintesi di imparzialità e buon andamento imposto dalla Costituzione (129). Dovere che “*nell’esercizio di una funzione in genere, non si pone tanto come dovere etico o come mera aspirazione deontologica, quanto come dovere attuale e squisitamente giuridico*” (87) e ciò nel prisma dell’art. 97 Cost. in quanto “*quando si sostiene la necessità di una buona amministrazione non si vuole far riferimento ad un criterio medio, né precisare che, nello svolgimento di una funzione di qualsiasi natura essa sia, il relativo titolare deve uniformarsi ad un prototipo di buon amministratore ad agire come questo si comporterebbe normalmente, ma si vuole sostenere che quello deve, attraverso la sua attività perseguire i fini che della funzione formano oggetto ed ancora che ciò deve realizzarsi in maniera quanto più e quanto è meglio possibile in quanto soltanto mediante una buona amministrazione si può ottenere il soddisfacimento del fine insito nella funzione, la tutela cioè di un particolare interesse*” (62).

⁶⁶ Per un’esaustiva ricostruzione delle stagioni dell’efficienza nell’ordinamento italiano si rinvia a R. URSI, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, con prefazione di G. Pastori.

⁶⁷ Cfr. *Prefazione*, 19, al volume di R. URSI, citato alla precedente nota.

⁶⁸ “*Salve le disposizioni dell’art. 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti i ricorsi giurisdizionali, contro il rifiuto dell’accesso ai documenti amministrativi è ammesso ricorso, anche in opposizione, al capo dell’amministrazione alla quale è stata presentata la richiesta di accesso*”, norma adesso abrogata. Per alcune notazioni critiche sull’istituto sia consentito rinviare nuovamente al mio contributo *Potestà regolamentare ed attuazione della legge sul procedimento amministrativo nella Regione siciliana*, cit., 167.

che per lungo tempo ha determinato (almeno sino al 2011)⁶⁹ discrasie e disfunzioni all'amministrazione, il legislatore siciliano 2019 ha prescelto un approccio che se ha consentito di superare, anche *pro futuro*, le antinomie tra legislazione statale e regionale (mediante l'integrale ed ordinato recepimento delle norme fondamentali della vigente disciplina statale e l'introduzione della clausola di rinvio dinamico), ha introdotto, parimenti, alcune significative innovazioni.

Si tratta di alcune inserzioni che qualificano l'intervento legislativo regionale nel solco delineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale in precedenza richiamata, non solo offrendo elementi ulteriori di semplificazione, ma anche di efficienza e partecipazione al procedimento.

La sintetica disamina fin qui svolta consente di affermare che, se articolata in termini innovativi, una legislazione regionale sul procedimento amministrativo è necessaria ed elemento di vantaggio e competitività.

L'esercizio della competenza legislativa regionale in materia, ed in questo senso deve ritenersi raggiunto l'obiettivo del legislatore siciliano del 2019, pur di fronte al dilagare della legislazione statale sul procedimento amministrativo ed il diritto di accesso – rafforzato, come si è rilevata dalla recentissima legislazione di contrasto agli effetti economici della pandemia da COVID-19 – ed al suo mutamento qualitativo alla stregua della qualificazione offerta dalle disposizioni inserite all'art. 29 della l. 241 del 1990 e s.m.i., può quindi affermarsi, mantiene appieno la sua funzione sol che abbia quale obiettivo effettivo la modernizzazione dell'amministrazione pubblica⁷⁰.

La Conferenza unificata, nella seduta del 23 novembre 2020, ha sancito l'accordo per l'approvazione dell'*Agenda per la semplificazione 2020-2023* elaborata dal Ministero per la pubblica amministrazione⁷¹, il cui obiettivo è costituito dall'implementazione del programma di interventi di semplificazione per la ripresa per contrastare gli effetti della crisi economica determinata dalle misure di contrasto alla pandemia da COVID-19 attraverso l'eliminazione sistematica dei vincoli burocratici alla ripresa e la riduzione dei tempi e dei costi delle procedure per le attività di impresa e per i cittadini.

⁶⁹ In tal senso ancora M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 238.

⁷⁰ Come osserva L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo, op.ult.cit.*, 12-13 "una legge sul procedimento, come già sapevano i maestri del secolo scorso non può rimediare ai problemi di una cattiva organizzazione amministrativa, di una pessima distribuzione delle funzioni, di un reclutamento poco selettivo, ma può stabilire principi che assicurino garanzie agli amministrati, rendano l'amministrazione più trasparente e inducano processi di modernizzazione".

⁷¹ L'Agenda "*Semplificare per la ripresa*" è stata predisposta sulla base di quanto previsto dal citato d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, ma si riconnette anche dell'articolo n. 264 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, ed individua una serie di interventi prioritari, condivisi tra Governo, Regioni ed Enti Locali, definendo obiettivi, risultati attesi, responsabilità e tempi di realizzazione, anche con il coinvolgimento dei cittadini, delle imprese e delle loro associazioni, la si veda in www.funzionepubblica.gov.it/semplificazione/laagenda-la-semplificazione

L'armonizzazione regolativa dell'azione amministrativa, che postula il raccordo tra ordinamento statale e quelli regionali, se è elemento necessario per conseguire la semplificazione, soprattutto se orientata a contrastare la crisi ed accompagnare la ripresa economica, è tuttavia pienamente compatibile con l'esigenza di garantire la necessaria differenziazione che, pur scongiurando inutili complicazioni, è richiesta ai legislatori regionali, come dimostra l'esperienza siciliana.

Abstract

L'Autore descrive la recente riforma della disciplina regionale siciliana sul procedimento amministrativo muovendo da una ricostruzione degli spazi di autonomia normativa della Regione alla luce della giurisprudenza costituzionale, dandone una valutazione largamente positiva.

Some remarks on norms enacted by the Sicilian Region on administrative procedure

by Gaetano Armao

The Author describes the reform of regional law on administrative procedure enacted in Sicily approaching the topic from the perspective of the "spaces" of normative autonomy given to the Region. To this extent it is taken into account the Constitutional Court case law. The Author gives a positive evaluation of the reform.

Hanno collaborato a questo numero:

Patrizia Accordino, *professoressa associata di diritto tributario nell'Università degli studi di Messina*

Gaetano Armao, *ricercatore universitario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo*

Claudia Bianca Ceffa, *assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pavia*

Luca Dell'Atti, *dottore di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

Nicola Gullo, *professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo*

Andrea Napolitano, *ricercatore a tempo determinato (r.t.d.a.) nell'Università degli studi di Napoli "Parthenope"*

Matteo Pressi, *dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche Europee ed Internazionali nell'Università degli studi di Verona*

Valentina Prudente, *ricercatrice a tempo indeterminato di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Messina*

Salvatore Raimondi, *già professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo*

Giuseppe Carlo Ricciardi, *dottore di ricerca in diritto dell'Unione europea ed ordinamenti nazionali nell'Università di Ferrara*

Antonella Sciortino, *professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo*

Silvia Tuccillo, *professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"*

Jacopo Vavalli, *docente di appalti e contratti pubblici presso la SNA-Scuola Nazionale dell'Amministrazione in materia di contratti e avvocato del libero foro*

Stefano Villamena, *professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Macerata*