# Nuove Autonomie

#### RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XVIII - Nuova serie N. 1/2009 (gennaio-marzo)

#### **INDICE**

Editoriale di Giuseppe Verde				
DOTTRINA				
Paolo Dell'An	NO Le trasformazioni del diritto ambientale	7		
Guido Corso -	Maria Cristina Cavallaro Il sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti sull'at- to amministrativo	17		
Antonio Ruggi	ERI Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"	29		
Fabio Saitta	Dalla Filippica di Einaudi alla riforma Gelmini: il pun- to dopo mezzo secolo di discussioni sul valore legale dei titoli di studio	59		

	O Riflessioni sparse in tema di semplificazione ammini- strativa			
C	La presunta natura giuridica ibrida del ricorso straor- dinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giu- risdizione	87		
	l federalismo negli USA e in Germania: due modelli a confronto	105		
	Strumenti e sedi della collaborazione tra enti. Una di- cciplina da definire	133		
GIURISPRUDEN	ZA			
Corte Costituzio con nota di I	NALE sentenza 15-23 dicembre 2008, n. 438 Elisa Cavasino	165		
	nale sentenza 4-8 maggio 2009, n. 149 Giovanni Scala	177		
cembre 2008	STIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIA SENTENZA 9 di- , n. 1005 SIMONA BALZANO	187		
OSSERVATORIO	PARLAMENTARE REGIONALE	201		
RASSEGNE				
Rassegna della g di Salvatore Det	giurisprudenza del Consiglio di Stato TORI	241		
tiva per la regio	giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministra- ne Sicilia one e Laura Trizzino	255		
Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali di Sara Forasassi				

#### Regioni e federalismo fiscale

L'articolo 119 della Costituzione immagina nuovi rapporti finanziari tra lo Stato, le regioni e gli enti locali. In più occasioni la Corte costituzionale ha avuto modo di evidenziare che la mancata attuazione del "federalismo fiscale" non consentiva alla riforma del titolo V di esplicare la sua forza innovativa.

La legge 5 maggio 2009 n. 42, a distanza di quasi un decennio dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 intende ora dare attuazione all'articolo 119 della Costituzione attraverso il ricorso all'istituto della delega legislativa alla quale seguiranno nei prossimi anni diversi decreti legislativi.

Sebbene al momento non sia possibile ricostruire in modo esatto quali saranno gli svolgimenti del federalismo fiscale, possono rendersi alcune osservazioni generali sull'impianto della delega.

In primo luogo, la tecnica legislativa utilizzata induce a ritenere che lo snodo dei rapporti finanziari ruoti intorno al governo. Sebbene non manchino strumenti intesi a recuperare il contributo parlamentare, appare con chiarezza che sarà il governo ed in particolare il Ministero dell'economia e delle finanze ad assumere una valenza strategica rispetto alla definizione dei rapporti finanziari tra centro e periferia.

Nel contesto dei rapporti fra i diversi livelli di governo non mancano accorgimenti di tipo concertativo che ripropongono il tema della leale collaborazione tra Stato, regioni ed enti locali.

Incerto è al momento il ruolo che nei processi di attuazione verrà riservato alle regioni, mentre all'orizzonte si intravede il difficile coordinamento fra la finanza locale ed i rapporti finanziari fra Stato e regioni.

Incerto è poi il destino delle regioni speciali. Malgrado la formale indicazione che solo tre disposizioni della l. n. 42 del 2009 si applichino alle regioni speciali (articoli 15, 22 e 27) e sebbene l'articolo 27 promuova un coordinamento della finanza delle regioni speciali e delle provincie autonome con i principi del federalismo fiscale, non vi è dubbio che la l. n. 42 del 2009 abbia una capacità normativa condizionante la finanza pubblica allargata e pertanto i suoi effetti saranno destinati a prodursi per tutte le regioni, comprese le speciali. Il fronte delle regioni speciali è disarticolato su tre livelli: le speciali del nord possono contare su redditi pro capite e risorse finanziarie superiori ai costi delle funzioni al momento espletate. Per queste regioni si profila un trasferimento di funzioni "a costo zero" in quanto le disposizioni statutarie e le norme di attuazione consentono a Friuli Venezia Giulia, Valle d'Aosta e Trentino

Alto Adige di godere di risorse finanziarie sufficienti per programmare lo sviluppo del territorio. Le speciali del sud prevedono posizioni differenziate fra Sardegna e Sicilia. La prima di queste, infatti, ha goduto di assegnazioni finanziarie che nella precedente legislatura hanno compensato i mancati trasferimenti erariali. La Sicilia, invece, affronta la sfida del federalismo fiscale consapevole che l'impianto statutario – non decostituzionalizzato – ha avuto attuazione sul finire degli anni '60 ed attende oggi che, in sede di commissione paritetica, prendano corpo nuove disposizioni di attuazione che diano piena attuazione alle disposizioni statutarie.

Com'è noto, la definizione dei rapporti finanziari fra le regioni speciali e lo Stato passerà attraverso il delicato ruolo delle commissioni paritetiche; nell'articolo 27 della l. n. 42 del 2009 sono previsti tavoli tecnici fra le singole regioni speciali ed il governo; parimenti sono stati previsti principi e criteri che dovrebbero essere tenuti in considerazione dalle commissioni paritetiche in sede di elaborazione delle norme di attuazione degli statuti. È chiaro che la legge non è abilitata a condizionare le decisioni che matureranno in seno alla commissione paritetica, anche se queste determinazioni non potranno essere assunte come se l'attuazione dell'art. 119 Cost. non avesse già preso corpo.

Rispetto alle scelte operate dal legislatore l'interprete è sollecitato ad una riflessione in termini di legittimità-illegittimità costituzionale, anche in considerazione di quanto espressamente previsto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Ai governi regionali, ed in particolare ai governi delle regioni speciali, compete la delicata scelta politica di contestare la legittimità costituzionale della legge n. 42 del 2009, ovvero di accettare la sfida del federalismo fiscale ricavandosi uno spazio negoziale nel lungo ed articolato processo di attuazione delle molte deleghe.

Il rischio che alcune regioni corrono è quello di impoverire ulteriormente i propri territori, di guardare ai livelli essenziali delle prestazioni dei diritti politici, civili e sociali come ad un "miraggio costituzionale", prospettando una sostanziale disuguaglianza fra cittadini occasionalmente legati ad alcune parti del territorio nazionale. Si tratta di rischi che al momento non sono compensati dal ripensamento dei rapporti fra governanti e governati che la l. n. 42 del 2009 impone e dal processo d'integrazione comunitaria.

Giuseppe Verde



#### Le trasformazioni del diritto ambientale\*

#### di Paolo Dell'Anno

Sommario: 1. Gli scenari del diritto ambientale e la loro evoluzione. - 1.1. Scienza e Tecnologia. - 1.2. Ordinamento. - 1.3. Società. - 2. Il diritto ambientale come battistrada di innovazioni istituzionali. - 3. I nuovi strumenti giuridici per la tutela dell'ambiente e l'assetto delle competenze. - 4. Caratteri attuali del diritto ambientale. - 5. Considerazioni conclusive.

#### 1. Gli scenari del diritto ambientale e la loro evoluzione

Il diritto ambientale<sup>1</sup>, come molti diritti sostanziali, è tributario della scienza e della tecnologia, della società, dell'ordinamento giuridico, e dunque delle loro trasformazioni.

L'accelerazione della storia è particolarmente evidente in questo momento storico. I tre scenari nei quali si colloca ed agisce il diritto ambientale subiscono continue modifiche evolutive, influenzando in modo determinante la costruzione e l'applicazione del diritto ambientale. Saranno sufficienti alcuni cenni sintetici per confortare questa statuizione.

#### 1.1. Scienza e Tecnologia

La ricerca scientifica ed applicata alla tecnologia ha prodotto nuove molecole di sintesi, mentre nuove tecniche di produzione e sistemi integrati di gestio-

<sup>\*</sup> Prolusione svolta per l'inaugurazione del secondo Master in diritto ambientale organizzato dall'Università di Palermo, 30 marzo 2009. Le opinioni espresse impegnano la responsabilità del solo autore.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> In questo testo si considera scontata la sistemazione tassonomica del diritto ambientale come disciplina scientifica autonoma, la cui collocazione nel settore disciplinare del "diritto amministrativo" [Jus 10] non ne preclude l'interazione con altre discipline giuridiche quali il diritto costituzionale, il diritto internazionale, il diritto dell'unione europea, il diritto penale, il diritto civile, ed altre ancora. Si tratta di un approccio interdisciplinare che è comune ad altre materie di recente sistemazione teoretica, quali il diritto sanitario o il diritto urbanistico, e che non appare idonea a revocarne in dubbio i connotati specifici e caratterizzanti, come emergerà anche da alcune riflessioni qui esposte.

ne (cfr. il criterio direttivo della migliore tecnica disponibile) consentono la sostituzione di impianti obsoleti e di sostanze incompatibili con l'ambiente e la salute umana (amianto – d.d.t. – p.c.b. – clorofluorocarburi ed halons – biossido di titanio). Al contempo, lo sviluppo delle biotecnologie e delle energie rinnovabili offre nuove opportunità di coniugare lo sviluppo con le esigenze di più elevato livello di protezione dell'ambiente e di uso parsimonioso delle risorse naturali. Infine, più moderne apparecchiature di analisi (e software più avanzati) permettono di individuare nuove sostanze inquinanti e misurarne le quantità in modo più preciso, facendo aumentare le conoscenze a disposizione dei pubblici decisori e dell'opinione pubblica.

È appena il caso di sottolineare che il diritto ambientale costituisce un singolare esempio di profonda influenza che i profili tecnici esercitano sulle opzioni normative disponibili, sia per la incisiva rilevanza della normativa tecnica, che assume connotati dominanti nell'applicazione concreta dei precetti legislativi, sia per la valutazione della stessa fattibilità ed effettività dei principi.

#### 1.2. Ordinamento

La riforma del Titolo V della Costituzione, il nuovo modello di rapporti tra Stato Regioni ed Enti locali, la rottura della simmetria legislazione-amministrazione, la riserva allo Stato delle sole funzioni espressamente elencate in Costituzione (scelta anticipata dalla legge 59/1997), il nuovo art. 118 Cost. ed il potenziamento del ruolo dei Comuni, hanno costituito eventi dotati di un potenziale innovativo di cui non sono state ancora esplorate tutte le potenzialità, ma che hanno fortemente condizionato l'attuale evoluzione del diritto ambientale. A tali fatti, peraltro, vanno aggiunti la creazione del Ministero dell'Ambiente nel 1986. la riserva allo Stato della potestà legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e degli ecosistemi stabilita dall'art. 117 lett. s, ed infine la piena affermazione del primato del diritto comunitario, per effetto dell'azione combinata (ma non sempre coordinata) delle istituzioni europee<sup>2</sup>. È noto, infatti, che fin dal Trattato di Maastricht, la materia "ambiente" ha trovato spazio formale nelle disposizioni normative (articoli 174-176), codificando l'approccio alla codificazione avviato – anche in assenza di specifici riferimenti – fin dai primi anni settanta con direttive a contenuto direttamente ambientale, e con i programmi di azione ambientale. Si tratta di una circostanza di fatto - oltre che giuridica - che ha prodotto conseguenze decisive nel nostro ordinamento ai fini della costituzione e della sistemazione completa del diritto ambientale positivo.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Si allude al ruolo di "custode dei trattati" rivendicato dalla Commissione europea, che non sempre è risultato in sintonia con l'analoga funzione nomopoietica della Corte di Giustizia. Il tema meriterebbe una più attenta illustrazione, impossibile in questa sede.

Non è possibile sottacere o sottovalutare le innovazioni del diritto amministrativo (e.g., la legge sul procedimento amministrativo, le misure per accelerare e concentrare i procedimenti, la conferenza dei servizi, le autorizzazioni uniche, la partecipazione dei privati, il diritto di accesso, la nuova disciplina dei rimedi avverso il silenzio, la tendenza verso un'amministrazione di risultati), che non solo hanno influenzato profondamente il diritto ambientale, ma che spesso – come diremo in appresso – da quest'ultimo si sono riversate nell'ordinamento generale, in una sorta di "contagio" virtuoso.

#### 1.3. Società

Tra i fenomeni sociali più significativi nel settore vanno segnalati la diffusione della sensibilità ambientale (ma non ancora della cultura ambientale), il successo dei prodotti biologici, la ricerca della vita a contatto con la natura (agriturismo), la partecipazione locale alle vicende ambientali più significative, il confronto con le esperienze di altri Paesi (specie tra i più giovani) che induce esigenze e interessi diversificati anche nel settore ambientale.

#### 2. Il diritto ambientale come battistrada di innovazioni istituzionali

Alcuni studiosi hanno richiamato l'attenzione sulla peculiare funzione che svolge il diritto ambientale di anticipare la creazione di istituti giuridici che sorgono per una esigenza settoriale e poi si estendono in modo progressivo ad altri settori dell'ordinamento positivo, in un ruolo che è stato definito di "battistrada", di "sonda istituzionale", di "apripista". Gli esempi sono ormai numerosi, e ben noti, onde sarà sufficiente la loro menzione esemplificativa.

Nella legge istitutiva del ministero dell'ambiente (legge 349/1986) sono stati codificati il principio di partecipazione e di informazione del pubblico, affermando il diritto di ogni cittadino ad accedere alle informazioni ambientali senza necessità di dimostrare uno specifico e diretto interesse, il diritto di prendere parte attiva ai procedimenti a rilevanza ambientale, ed il diritto di essere informati adeguatamente dalle istituzioni pubbliche. Come è noto, si tratta di scelte istituzionali che hanno anticipato di diversi anni la sistemazione organica offerta dalla legge sul procedimento amministrativo (legge 241/1990 e successive modifiche ed integrazioni) a tali essenziali strumenti di condivisione sociale delle scelte ambientali.

Anche la conferenza dei servizi, con la sua duplice valenza procedimentale ed organizzativa, è stata anticipata dal diritto ambientale, che ne ha elaborato una figura speciale, la conferenza istruttoria prevista dalla legge 441/1987 (art. 3-bis) che per prima ha realizzato la concentrazione dei procedimenti amministra-

tivi ambientali in una sede unitaria, con effetti di semplificazione e di accorpamento delle decisioni relative agli impianti di smaltimento dei rifiuti.

La valutazione anticipata degli effetti probabili di un'attività umana: dalla valutazione di impatto ambientale (introdotta nel nostro ordinamento come una delle prime competenze specifiche del neonato ministero dell'ambiente) all'analisi dell'impatto della regolazione (AIR), che adotta principi e criteri direttivi analoghi, applicandoli alla legislazione *in fieri*.

Il principio di sussidiarietà ha visto la sua prima menzione nelle norme dedicate all'ambiente nell'atto unico europeo per completare la sua espansione a principio ordinatore dei rapporti tra la Comunità e gli Stati membri: art. 5, Trattato, fino alla codificazione costituzionale nell'art. 118, capoverso.

Il principio di precauzione nasce come approfondimento del principio di prevenzione ambientale (Conferenza di Rio de Janeiro) per differenziarsi in seguito come criterio di gestione dei *rischi* (in situazione di relativa incertezza), mentre il principio di prevenzione si concentra sui *pericoli* (intervenendo in modo anticipatorio sui fenomeni noti)<sup>3</sup>.

Il principio di integrazione dell'ambiente in tutte le politiche pubbliche (autorizzazione integrata ambientale, valutazione ambientale strategica), che diffonde la cultura ambientale – e le consequenziale esigenze di tutela – in ogni settore delle decisioni pubbliche e private.

Il principio dello sviluppo sostenibile, che ha sostituito nei Trattati il principio della "crescita" valorizzando il profilo ecocentrico accanto a quello antropocentrico, e fornendo un metodo interpretativo di ogni misura di politica pubblica.

Il principio della solidarietà nazionale, che trova nella disciplina ambientale profili applicativi inderogabili (come nella gestione delle risorse idriche, art. 1, legge 36/1994).

### 3. I nuovi strumenti giuridici per la tutela dell'ambiente e l'assetto delle competenze

Massimo Severo Giannini nel 1972 ricordava l'essenzialità degli strumenti giuridici impiegati dal legislatore riconducendoli a tre categorie – di valenza generale – (ordini conformativi, divieti, autorizzazioni).

Oggi il diritto ambientale registra una straordinaria varietà degli strumenti

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Il principio di precauzione è stato codificato nel Trattato della Comunità Europea all'art. 174, paragrafo 2, senza una definizione specifica. Secondo il legislatore nazionale, la sua applicazione comporta che "in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione" (d. lgs. 152/2006, art. 301, comma 1), e "concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva" (comma 2).

elaborati dal legislatore: piani, standard, parchi e riserve naturali, vincoli ambientali, distanze di sicurezza, classificazione di industrie (Seveso) e di prodotti, requisiti di qualità ambientale, dichiarazione di aree a rischio, ordinanze di necessità e urgenza, bonifiche di siti contaminati, valutazione di impatto ambientale, valutazione ambientale strategica, autorizzazione integrata ambientale, certificazioni di qualità, incentivi – tanto finanziari quanto procedimentali (CIP 6 e certificati verdi) – e disincentivi, emission trading e sistema di scambio delle quote, e molti altri ancora. Questi strumenti vengono applicati in modo combinatorio, a seconda delle esigenze da fronteggiare o degli obiettivi da perseguire, dando vita ad un sistema di notevole complessità, non meno che a difficoltà applicative ed interpretative, ben note e sovente criticate dagli operatori del settore.

M.S. Giannini riconduceva l'ambiente ad una trilogia normativa (paesaggio, sanità/antinquinamento, urbanistica), finendo per negare autonomia ordinamentale e scientifica alla materia ambientale, che veniva ricondotta all'interno del governo del territorio. L'indubbio merito che va riconosciuto al Maestro è quello di avere dato avvio, con rigore scientifico, agli studi specifici sul diritto ambientale, anche se la sua analisi ricostruttiva (e riduttiva...) era giustificata ed influenzata dallo stato embrionale della legislazione di settore<sup>4</sup>.

Tuttavia, già il d.p.r. 616/1977 per il completamento dell'ordinamento regionale<sup>5</sup>, aveva riconosciuto l'esistenza di una materia "tutela dell'ambiente dagli inquinamenti" (art. 101/105), sia pure riconducendola all'interno della "super materia" dell'assetto del territorio. Si era trattato di una scelta intrinsecamente contraddittoria, perché – come ebbi modo di scrivere a suo tempo – presupponeva una "novità" della materia, non direttamente ricompresa nell'originaria materia "urbanistica", con la conseguente riserva allo Stato della potestà legislativa, in virtù del principio di attrazione "residuale" delle materie non espressamente contemplate nell'originario art. 117 Cost. Al contrario, l'attribuzione alle Regioni di potestà legislative in regime di concorrenza (e non più di delega, come nei decreti delegati del 1972) ne escludeva il carattere innovativo.

Sta di fatto che gli anni successivi registravano un aspro confronto tra le tesi "regionaliste" che negavano autonomia istituzionale alla "tutela dell'ambiente", ravvisando in essa nient'altro che una "sintesi verbale" di materie e di attribuzioni di sicura competenza regionale (non solo urbanistica, ma anche sanitaria, agricola, forestale, idro-geologica, ed altre ancora). La tesi non veniva convalidata dalla giurisprudenza costituzionale che, sia pure con ripensamenti ed ambiguità,

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Chi non ricorda la sue critiche nei confronti della prima legge ambientale, la legge 615/1966 sull'inquinamento atmosferico, definita "un vistoso pasticcio" che aveva lasciati indisturbati i principali inquinatori, addossando l'onere del risanamento dell'aria sui titolari di impianti domestici di riscaldamento?

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Dopo i primi decreti legislativi del 1972 (in specie nn. 4, 8 e 10).

escludeva che la tutela dell'ambiente facesse parte integrante dell'urbanistica, della sanità, dell'agricoltura, mentre veniva distinta anche dalla materia "contigua" del paesaggio.

Il d.p.r. 112/1998, terzo decreto di riordino delle competenze regionali e locali, confermava il quadro organizzativo delineato all'epoca dalle leggi ambientali di settore (acqua, aria, rifiuti, natura, rumore), riservando ai Comuni compiti prevalenti di gestione (del ciclo dell'acqua, del ciclo dei rifiuti urbani; della qualità dell'aria nelle aree urbane e dell'ordinamento del traffico) e di programmazione (e.g., pianificazione acustica), mentre ne limitava i compiti di controllo amministrativo (autorizzazione agli scarichi in pubbliche fognature, alle emissioni degli impianti termici civili, disciplina delle lavorazioni insalubri e pericolose; valutazione dell'impatto acustico delle attività civili e industriali). In ultima analisi, la prevalenza delle funzioni amministrative dei Comuni, affermata in linea di principio dall'art. 118, primo comma, della Costituzione, si risolveva in un ruolo residuale di rappresentazione di interessi in procedimenti eterodiretti, quando l'oggetto delle decisioni riguarda la materia ambientale.

Si assiste così ad un paradosso: l'ordinamento formale riconosce ai Comuni un ruolo centrale nell'esercizio delle funzioni amministrative, ma l'emergenza è sempre più spesso estesa anche ai grandi eventi (dimostrando la fondatezza dell'intuizione di Filippo Salvia che la dichiarazione di emergenza serve più alla deroga del sistema delle competenze che non alla deroga delle norme sostanziali).

La Corte Costituzionale, peraltro, ha riconosciuto la piena compatibilità delle disposizioni organizzative dettate dal d. lgs. 112/1998 con il nuovo assetto istituzionale delineato dalla riforma del Titolo V.

Oggi la Corte Costituzionale, a conclusione di un sofferto ripensamento, definisce l'ambiente come una vera e propria materia, inserita in un ben preciso assetto istituzionale (onde viene superata la tesi - espressa nelle sentenze dei primi anni 2000 - che vi fosse un intreccio inestricabile di competenze), dotata di una completa autonomia disciplinare in ragione della sua specificità (connotato su cui avremo occasione di soffermarci nel prosieguo), mentre la caratteristica di valore costituzionale riconosciuta alla tutela dell'ambiente non ne impedisce la qualificazione come materia riservata alla potestà legislativa statale ma ne esalta la necessità di tutela da parte di tutte le istituzioni. Infine, l'efficacia trasversale del diritto ambientale non ne costituisce una prerogativa esclusiva e limitante, perché rappresenta una condizione tipica anche della tutela della salute, dell'assetto del territorio, del governo dell'energia. Ne consegue che le Regioni non possono adottare leggi (né regolamenti) con efficacia ambientale diretta, potendo tuttavia prevedere disposizioni più protettive nelle materie di competenza concorrente (ad es., in campo urbanistico), purché ciò avvenga nel rispetto dei principi fondamentali dettati dallo Stato, che svolgono la loro efficacia anche nelle materie residuali.

#### 4. Caratteri attuali del diritto ambientale

Il diritto ambientale si è progressivamente trasformato da diritto eminentemente *reattivo* (nei confronti dei fenomeni di inquinamento da controllare e delle emergenze da contrastare) a diritto *progettuale* finalizzato non solo a fissare i lineamenti degli interventi pubblici di tutela e di gestione delle risorse naturali, ma anche a modificare opzioni tecnologiche, localizzative, produttive, di consumo, fino a (pretendere di) incidere sugli stili di vita individuali e collettivi. Ne costituiscono manifestazione sintomatica le iniziative per la riduzione della produzione dei rifiuti, per la raccolta differenziata, per il risparmio energetico, per giungere alla più recente affermazione dell'impronta ecologica come misura della sostenibilità individuale e collettiva della presenza umana sul pianeta, secondo un principio applicativo della solidarietà nazionale e intergenerazionale.

Dalle prime leggi a contenuto ambientale (1962-1964: energia nucleare; 615/1965, antismog), nei successivi quaranta anni è stato costituito – per sedimentazioni successive mai ricondotte ad unità organica<sup>6</sup> – un corpo normativo composto da migliaia di leggi e di regolamenti statali e regionali, oltre a centinaia di direttive, decisioni, regolamenti comunitari. L'ampliamento dell'orizzonte della legislazione ambientale, che abbraccia ormai quasi tutti i fenomeni di incidenza ambientale (fino alla più recente normativa regionale in materia di "inquinamento luminoso"<sup>7</sup>), ha trovato impulso nelle direttive comunitarie, delle quali la direttiva sul diritto penale dell'ambiente rappresenta il completamento.

Si è accennato alla "specificità" del diritto ambientale. Non ci si riferisce ovviamente alla natura di diritto "speciale" che è propria di tutte le discipline di settore, ma alla circostanza che tale diritto è impostato su principi giuridici ed è applicato mediante procedimenti ed istituti notevolmente diversi da quelli vigenti nell'ordinamento generale. A mero titolo esemplificativo, possiamo ricordare che nei procedimenti autorizzatori non viene applicato il criterio della preesistenza e dei diritti quesiti, ma quello dell'attualità e della rilevanza degli impatti ambientali derivanti dall'opera da valutare in relazione al contesto rappresentato dagli altri impianti a rilevanza ambientale. Inoltre, non può essere invocato – per statuizione giurisprudenziale comunitaria – il principio del silenzio-assenso, una volta decorso inutilmente il termine legale per provvedere, così come non è utilizzabile il criterio della fungibilità degli accertamenti tecnici delle autorità preposte alla tutela ambientale. Nei procedimenti ambientali, anche se

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Anche il tentativo del d. lgs. 152/2006 di fornire all'ordinamento settoriale un testo unico delle principali leggi ambientali (vi.a., acqua, rifiuti, bonifiche, aria, danno ambientale) si è risolto in un coacervo eterogeneo di norme, prive di coordinamento con le norme non incluse e di principi direttivi comuni (mentre forti dubbi di legittimità sono stati manifestati nei confronti dei principi anteposti al decreto originario dal d. lgs. 4/2008).

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Il tema meriterebbe una trattazione.

svolti in conferenza dei servizi, gli interessi ambientali sono a *rappresentazione necessaria*, cioè devono essere comunque acquisiti e – in caso di dissenso esplicito – possono essere superati soltanto mediante il ricorso al procedimento arbitrale affidato all'organo di vertice dell'amministrazione procedente. Infine, anche sulle valutazioni tecniche di carattere ambientale è stata affermata dalla giurisprudenza la modalità di "scrutinio debole" già riconosciuta alle prescrizioni delle Autorità indipendenti. In conclusione, sembra pienamente confermata l'intuizione di quella autorevole dottrina (Morbidelli) che aveva ravvisato nel diritto ambientale non già il *favor libertatis* bensì il *privilegium naturae*.

Il diritto ambientale non ha limitato la sua influenza al versante squisitamente normativo. Basti citare la crescita esponenziale delle spese di investimento in presidi ambientali da parte delle aziende, che ha consentito di invertire il fenomeno dell'accollo forzoso dei costi dell'inquinamento alla collettività (impianti di depurazione, tecnologie di abbattimento, sostituzione di prodotti e tecnologie più inquinanti, bonifiche, ristrutturazioni, riconversioni produttive, delocalizzazioni<sup>8</sup>: dalle commissioni Baffi e Necci all'esportazione delle imprese a Est), ed un avvio di attuazione concreta del principio ordinatore "chi inquina paga".

Anche sul versante delle pubbliche amministrazioni sono state incrementate le voci di spesa,sia per l'attuazione di piani di risanamento (idrico, atmosferico, acustico, elettromagnetico), sia per la messa in sicurezza del territorio (legge Seveso sul rischio industriale, legge Ronchi-Costa sul rischio idrogeologico), sia per specifici piani di investimento degli enti regionali e locali (a cominciare dai programmi di Agenda 21 e quelli finanziati dai fondi europei di sviluppo).

I vincoli ambientali, sempre più precisi ed incisivi, d'altra parte, hanno generato l'affermarsi di nuove professionalità e di nuovi saperi, anche di matrice interdisciplinare, nei campi della consulenza ambientale ad enti ed imprese, della progettazione di impianti e tecniche gestionali ecologicamente compatibili, delle procedure di controllo.

In questa prospettiva deve essere valutato con estremo favore l'intervento diretto delle istituzioni pubbliche educative e di ricerca per l'attivazione di corsi di laurea in materia ambientale, di master (come quello che ci ospita), di corsi di specializzazione e di seminari di aggiornamento professionale, che dalle Università si stanno diffondendo anche nelle scuole (ad es., l'accordo Gelmini-Prestigiacomo). L'intervento informativo ed educativo, infatti, era stato fino ad ora gestito in una sorta di *outsourcing* dalle associazioni ambientaliste, che si

<sup>8</sup> In realtà, più che di delocalizzazioni si deve parlare di chiusura di attività produttive sul territorio nazionale e loro trasferimento in Stati dove le condizioni per l'impiego dei fattori produttivi (capitale, lavoro, territorio) risultano più favorevoli, anche per i minori vincoli ambientali. Il fenomeno è noto, ma poco studiato, onde nessuna misura viene suggerita per bilanciarne gli effetti negativi sul prodotto nazionale lordo.

sono rese benemerite per la supplenza esercitata nei confronti delle pubbliche amministrazioni inadempienti, ma che hanno approfittato della condizione di monopolio culturale per trasmettere e imporre una ideologia partigiana, che ha finito per disvelare finalità prevalenti estranee alla corretta gestione dell'informazione e della conoscenza ambientale.

Non può essere sottaciuto il ruolo che le istituzioni europee hanno svolto nella fondazione del diritto ambientale. Il nostro ordinamento si è giovato della costante iniziativa della Commissione e della Corte di Giustizia nella produzione di nuove direttive e nel loro enforcement. Il principio del primato del diritto comunitario ha trovato spesso applicazione proprio nel settore delle norme ambientali, inducendo le pubbliche amministrazioni ed i privati operatori a conformarsi agli obiettivi posti dai più avanzati sistemi europei di tutela ambientale. È noto, al riguardo, che le istituzioni comunitarie non si accontentano più del recepimento formale delle direttive comunitarie ma spingono il loro controllo e l'obbligo di conformazione fino al concreto e puntuale adempimento delle prescrizioni normative. Su questo versante, l'Italia è stata spesso sanzionata per inadempimento degli obblighi comunitari, senza che i policy-makers e gli studiosi abbiano dedicato la necessaria attenzione al fenomeno, alle sue cause ed ai suoi rimedi. In primo luogo, la produzione delle nuove norme ambientali dovrebbe limitarsi - in sede di recepimento delle norme europee - all'adeguamento al nostro ordinamento (per quanto concerne i profili organizzativi, procedimentali ed i principi fondamentali) senza aggiungere nuovi obblighi sostanziali che finiscono per negare l'obiettivo comunitario, che è quello dell'armonizzazione dei sistemi giuridici di tutti gli Stati membri.

In secondo luogo, le nuove norme dovrebbero recare una valutazione della loro capacità di inserimento nell'ordinamento preesistente, cioè della loro fattibilità ed efficacia, ed indicare anche le misure per evitare i ricorrenti difetti di attuazione che – come si è detto – la Comunità europea ci contesta.

In terzo luogo, la clausola di invarianza finanziaria ed organizzativa che è stata inserita da tempo in tutte le leggi ambientali dovrebbe essere rivisitata, dal momento che appare in contraddizione con la priorità che dovrebbe essere riconosciuta agli impegni ambientali. Ben è vero che all'anzidetta clausola è stata assegnata dagli economisti una funzione di stimolo all'acquisizione di una maggiore efficienza nell'impiego delle risorse umane e finanziarie nelle pubbliche amministrazioni, ma è altrettanto indiscutibile che le nuove norme ambientali richiedono adempimenti aggiuntivi, forme organizzative e professionalità nuove, più avanzati strumenti di conoscenza e di interpretazione dei fenomeni ambientali che non sono attuabili con un regime di risorse invariate. Di fatto, la contraddizione viene risolta di fatto, addossando ai privati non solo il costo di servizi richiesti nel loro interesse alle pubbliche amministrazioni, ma anche di attività imperative, svolte in esecuzione di obblighi d'ufficio.

#### 5. Considerazioni conclusive

Al diritto ambientale vengono ora assegnati obiettivi nuovi e più ambiziosi: assicurare condizioni favorevoli per uno sviluppo (eco)compatibile sulla scala planetaria (misure per contenere la dispersione di ozono e di gas serra (CO<sub>2</sub>, metano) nell'atmosfera, proteggere la biodiversità); contribuire al processo di smaterializzazione dei prodotti e dei consumi; determinare nuove forme di solidarietà nazionale (il caso di Acerra, con l'avvio in funzione dell'inceneritore dimostra che il confronto dialettico tra istituzioni e cittadini non è più tra autorità e libertà ma tra solidarietà e dissenso, tra interesse nazionale e egoismi localistici o particolarismi); valutare l'ammissibilità di introdurre ulteriori astinenze tecnologiche, affrontando in modo positivo la sfida dell'innovazione e del governo della complessità (è il tema da risolvere per l'eventuale ripresa del nucleare a fini energetici).

Sussistono luci ed ombre nell'attuale situazione ambientale. Bisogna evitare, però, la tentazione ricorrente di dipingere l'Italia a tinte fosche, come un paese di inquinatori coalizzati in ecomafie occulte, potenti, sfrontate ed invincibili. L'economista Savona sintetizza la situazione – sul versante dell'economia – nel dilemma cittadini "determinati" (da altri) o "determinanti". Il nuovo protagonismo dei cittadini va indirizzato verso forme consapevoli di partecipazione, di controllo, di assunzione di responsabilità, avendo presente che il rischio di ribellioni sanfediste non è circoscritto ad alcune aree geografiche.

La qualità dei fiumi, dei mari, dell'aria non è paragonabile a quella di 30 anni fa. Alcuni effetti delle azioni di risanamento e di controllo sono visibili ed indiscutibili. La polemica sulle acque di balneazione, innescata dai soliti catoni comunitari ha dimostrato che l'Italia, con i suoi 7.000 km di coste, svolge controlli su tutte le spiagge, diversamente dagli altri Stati rivieraschi, e che le spiagge interdette sono una percentuale minima del totale.

Oggi ci preoccupano le polveri sottili (e forse anche le nanoparticelle) ma ieri le polveri catramose – ben più pesanti e lesive – dominavano l'atmosfera (chi non ricorda il colore "fumo di Londra"?) ed il suolo urbano, mentre il piombo tetraetile (miscela antidetonante nelle benzine) si depositava sulle piante, costituendo un preciso indicatore della (cattiva) qualità dell'ambiente urbano.

Il diritto ambientale è ormai maturo, dal punto di vista scientifico, ma non è ancora divenuto prioritario, né dal punto di vista disciplinare, né sul piano dell'attuazione delle politiche pubbliche.

La tutela dell'ambiente sembra affidata prevalentemente ad alcuni settori della magistratura inquirente. Le esagerazioni dei talebani dell'ecologia hanno nuociuto alla causa ambientale molto più dei cementificatori.

È tempo che il diritto ambientale contribuisca alla costruzione di un nuovo rapporto tra scienza e ambiente che non pretenda più di riscrivere in chiave politica le leggi scientifiche, nè di subordinare la libera ricerca scientifica a ideologie precostituite, e nemmeno di dare spazio solo a notizie, ricerche, ipotesi di lavoro che abbiano ricevuto un *imprimatur* dei partiti.

#### Il sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti sull'atto amministrativo\*

#### di Guido Corso e Maria Cristina Cavallaro

1. Il sindacato della Corte dei Conti in sede giurisdizionale sull'atto amministrativo è diventato un problema a partire dal momento in cui il legislatore ha sancito, nell'ambito del giudizio sulla responsabilità amministrativa, «l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali» (art. 1 comma 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20). L'emendamento apportato in sede di conversione del d.d.l. n. 543 del 1996 ha obbligato l'interprete a distinguere ciò che è sindacabile nell'atto amministrativo da ciò che non è sindacabile.

La formula prescelta – «scelte discrezionali» – trascende l'ambito dell'atto amministrativo. Essa abbraccia, come vedremo, scelte dell'amministrazione che non danno luogo ad un atto amministrativo poiché riguardano l'impiego delle risorse umane, oggi sottoposto alla normativa privatistica sul lavoro; o perché si tratta di scelte che vengono poste in essere all'interno di un rapporto contrattuale, ancorché una delle parti sia il pubblico potere; o ancora, si tratta di scelte ascrivibili a soggetti privati legati da una relazione di servizio con l'Ente pubblico e quindi soggetti che per definizione non sono abilitati a porre in essere atti amministrativi (anche se oggi l'articolo 1 della legge 241 del 1990, così come novellato nel 2005, prevede anche atti amministrativi di soggetti privati: è un discorso che meriterebbe altro tipo di considerazione dal momento che si può discutere della compatibilità con la Costituzione di una norma che conferisca poteri amministrativi a soggetti privati, posto che la Carta costituzionale, quando parla di atti amministrativi, si riferisce espressamente agli 'atti della pubblica amministrazione', art. 113 Cost.).

Ora, qual è la perplessità che la formula oggi presente nel primo comma dell'art. 1 della legge 20 del 1994, come modificata nel 1996, suscita? È la perplessità che deriva dall'abbinamento di due concetti, quello di discrezionalità e quello di merito, che la dottrina e la giurisprudenza hanno sempre tenuto distinti.

Vediamo cosa ci dice la letteratura manualistica.

<sup>\*</sup> Relazione svolta al Convegno di studi *Sessanta anni della Corte dei Conti in Sicilia: profili evolutivi delle sue funzioni*, Palermo 5-6 dicembre 2008.

Secondo l'insegnamento di Virga, la discrezionalità è *la facoltà di scelta nell'esercizio di una potestà amministrativa*. Cioè è la facoltà di scelta che compete all'autorità amministrativa nell'esercizio della potestà amministrativa.

Si tratta di una definizione più comprensiva di quella, più nota, diffusa da Massimo Severo Giannini, per il quale la discrezionalità consiste in *una* ponderazione o in una valutazione comparativa di interessi.

Quella di Virga è più comprensiva perché la scelta di cui parliamo non è necessariamente una scelta di interessi da prendere in considerazione, ma può anche consistere in una scelta tra più misure egualmente ammesse dalla legge. È il caso della legislazione urbanistica, la quale per esempio prevede che in ipotesi di abuso edilizio parziale, l'amministrazione comunale possa optare tra l'ordine di demolizione e la sanzione pecuniaria. Ovvero, in sede di determinazione delle tariffe dei servizi pubblici locali, la scelta può oscillare tra un massimo e un minimo. È pur sempre una scelta di carattere discrezionale: l'interesse pubblico c'è, ma non è l'oggetto specifico della scelta.

Ancora. La scelta può dipendere dall'interpretazione di un concetto giuridico indeterminato che costituisce il presupposto per l'esercizio del potere: l'ordine pubblico, l'urgenza, il rischio sono tutte categorie che stanno alla base di poteri amministrativi, l'esercizio dei quali è fortemente condizionato, nel senso che l'adozione dell'una o dell'altra misura dipende dall'interpretazione che si dia del concetto giuridico di presupposti indeterminati. Così, a seconda che un certo rischio venga considerato imminente oppure una eventualità più remota, si giustifica una misura o se ne giustifica un'altra.

La scelta è comunque espressione della discrezionalità amministrativa, nel senso che si tratta di una scelta governata da una serie di principi. Principi che la giurisprudenza ha elaborato nel corso di oltre un secolo e che poi sono stati codificati per legge: la ragionevolezza, la parità di trattamento, la proporzionalità, la conformità della decisione alle risultanze dell'istruttoria, la motivazione e via dicendo. La maggior parte di questi principi sono oggi scolpiti nella legge sul procedimento amministrativo, altri derivano e sono inseriti nell'ordinamento italiano per effetto del rinvio che l'articolo 1 della legge 241 fa ai principi generali dell'azione amministrativa nell'ordinamento europeo e così via.

L'osservanza di tali principi o la deviazione da essi è pienamente sindacabile dal giudice amministrativo (il riferimento è al giudice amministrativo perché offre, per così dire, i paradigmi più collaudati su questo tema). Ed è proprio in relazione a questi principi che la nozione di eccesso di potere si è sviluppata nel corso del tempo: dalla definizione di origine francese di *sviamento di potere*, cioè l'uso del potere amministrativo per finalità diverse da quelle inerenti alla competenza, sino alla nozione odierna, che include una quantità enorme di violazioni legate a principi che vincolano l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

La violazione di questi principi è sindacabile dal giudice contabile nella stessa misura in cui è sindacabile dal giudice amministrativo, cioè è sindacabile

l'operazione logico-giuridica con cui il potere discrezionale si traduce in un provvedimento amministrativo. Lo ha affermato la stessa Corte dei Conti, osservando come «l'insindacabilità delle scelte amministrative non esclude la verifica giudiziale sul corretto esercizio del potere discrezionale, sulla base di parametri esterni (quali la competenza, il termine e la materia) e interni (rapporto tra fine istituzionale e fine concreto; congruità e proporzionalità delle scelte; principi di razionalità, imparzialità e buona amministrazione)», (Corte Conti, sez. III, 15 gennaio 2007, n. 16).

Andiamo al merito.

Il merito amministrativo è una nozione altrettanto equivoca, perché designa almeno due nozioni diverse, in quanto per un verso il termine rimanda a criteri di opportunità o di buona amministrazione cui l'atto deve ispirarsi (sicché, l'atto legittimo può essere inopportuno proprio perché non osserva questi criteri). È questa la nozione di merito che, per esempio, si poteva trarre dall'articolo 130 Cost. (abrogato con l. cost. n. 3 del 2001) che prevedeva il controllo sulla opportunità, sulla convenienza, sull'economicità dell'atto amministrativo. Oggi, il criterio del merito e del controllo di merito è stato in parte recuperato, anche se il referente non è più il singolo atto, ma è l'attività globalmente considerata, della quale soltanto può essere predicata l'opportunità-inopportunità, adeguatezza-inadeguatezza, etc.

Per altro verso il merito amministrativo coincide col merito di cui si parla nel diritto processuale. Nel diritto processuale si distinguono le sentenze di rito, dalle sentenze di merito; si distingue il giudizio di legittimità riservato alla Corte di cassazione, dai giudizi dei giudici di merito (ove per merito si intende essenzialmente il contenuto della decisione, della pronuncia, della sentenza, dell'atto). Ora è evidente che tra le due accezioni vi sono punti di contatto; valutare il merito di un provvedimento significa entrare nel suo contenuto per stabilire se sia opportuno, appropriato, rispetto al fine perseguito, adeguato alle risorse disponibili. Valutazione del contenuto e giudizio sulla sua opportunità finiscono col sovrapporsi. Il merito amministrativo è insindacabile da parte del giudice amministrativo (fatte salve le rarissime ipotesi in cui questi abbia giurisdizione anche in merito): non è più oggetto di controllo o lo è in rari casi, una volta che i controlli sugli enti locali sono stati soppressi. E non è sindacabile neppure dal giudice contabile.

Questo divieto è una implicazione del principio della separazione dei poteri. Se il giudice potesse sindacare il merito amministrativo, ossia il contenuto della scelta, finirebbe col compiere egli stesso la scelta, vestirebbe i panni dell'amministratore: la barriera che separa la giurisdizione dall'amministrazione verrebbe infranta. L'inammissibilità del sindacato giudiziario del merito dipende anche da un difetto di legittimazione dei giudici. Esprimere un giudizio di merito è proprio del legislatore o della pubblica amministrazione (che attraverso il governo risponde al parlamento): presuppone un'investitura della quale i giudi-

ci, reclutati per concorso e non responsabili di fronte agli altri due poteri, sono spogli.

La ratio non è diversa da quella che ispira l'art. 28 della l. n. 87 del 1953: «il controllo di legittimità della Corte Costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Si vuole evitare che un organo della giurisdizione, qual è in definitiva la Corte Costituzionale, possa sostituirsi al Parlamento.

Se la Corte dei Conti sindacasse il merito delle scelte discrezionali, valicherebbe i limiti della c.d. riserva di amministrazione, come si legge in Cass. SS. UU. 25 gennaio 2006, n. 1378. In altre parole, l'insindacabilità nel merito da parte del giudice contabile è espressione dello stesso principio per cui al giudice amministrativo è negata, in linea generale, la giurisdizione di merito, o alla Corte Costituzionale è precluso il sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

Il sindacato giudiziario si arresta ai confini del merito: è un sindacato di sola legittimità. Dire che la Corte dei Conti non può sindacare nel merito le scelte discrezionali di coloro che agiscono per una pubblica amministrazione, equivale ad affermare che essa esercita un sindacato di sola legittimità. Il sindacato della Corte dei Conti sull'atto amministrativo ha la stessa estensione del sindacato del giudice amministrativo: ad entrambi è precluso il giudizio sul merito. La formula legislativa – «insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali» – è sinonimo di inammissibilità del sindacato di merito e, correlativamente, di ammissibilità del sindacato di legittimità. (Cass. 1378/2006).

È possibile a questo punto trarre una prima conclusione: al giudice contabile è inibito il sindacato sul merito dell'atto amministrativo, come al giudice amministrativo è preclusa la valutazione del merito dell'atto amministrativo, o alla Corte costituzionale è vietato il sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

2. Il sindacato di legittimità, che è ammesso attraverso questo ragionamento per la Corte dei conti come per il giudice amministrativo, non è oggetto soltanto di un potere, ma è anche oggetto di un dovere o di un onere, un onere di accertamento.

Nel senso che, se il danno erariale si ritiene essere stato cagionato da un provvedimento amministrativo, la Corte dei conti deve prima di tutto accertare se l'atto è legittimo o illegittimo. Solo in questo secondo caso – cioè nel caso di accertata illegittimità dell'atto – sussiste quella antigiuridicità in assenza della quale manca anche l'illecito amministrativo ossia il fatto da cui discende la responsabilità amministrativa.

L'illegittimità non basta a fondare la responsabilità se l'atto produttivo del danno non è doloso o gravemente colposo. Ciò significa che l'illegittimità è condizione necessaria ma non sufficiente della responsabilità. Laddove il fatto

produttivo del danno coincida con (o comprenda) un atto amministrativo, l'accertamento della illegittimità dell'atto è imprescindibile ai fini dell'accoglimento della richiesta di condanna. Ma, per altro verso, non si dà dolo o colpa, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994, se il provvedimento amministrativo è legittimo.

Questo assioma spesso è offuscato quando si afferma che nel giudizio di responsabilità amministrativa l'obiettivo è di accertare non la legittimità o l'illegittimità di atti amministrativi bensì la liceità o illiceità di fatti che abbiano prodotto un danno all'amministrazione. L'affermazione è di per sé ineccepibile: a condizione che non venga intesa nel senso della irrilevanza della questione della legittimità. Si dice che "*l'eventuale* illegittimità dell'atto ridonda in elemento nel quale si misura il grado di colpevolezza dell'agente" (D'Auria). Se con ciò si vuol sostenere che l'illegittimità è soltanto eventuale, nel senso che può essere ritenuto colpevole chi ha posto in essere un atto legittimo, si dice cosa che, nell'opinione di chi scrive, è inaccettabile.

Laddove il fatto produttivo del danno erariale coincida con un atto amministrativo o includa un atto amministrativo, l'accertamento della illegittimità dell'atto è imprescindibile ai fini dell'accoglimento della richiesta di condanna.

3. Secondo un'impostazione vecchia di oltre un secolo il provvedimento amministrativo è illegittimo quando è immune da vizi di incompetenza, di violazione di legge e di eccesso di potere, ossia dai vizi indicati dalle leggi sulla giustizia amministrativa a partire dalla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, del 1889.

Si tratta di vizi che grosso modo hanno un equivalente negli altri ordinamenti amministrativi europei; con una tipologia un po' più arricchita analoghi vizi sono previsti dal Trattato di Roma, istitutivo della Comunità economica europea; infine, alla nozione di vizi di legittimità ha fatto riferimento il legislatore costituzionale del 1948, quando in più disposizioni ha richiamato la nozione di legittimità intendendola come una nozione uniforme sia nell'ambito dei controlli sia nell'ambito della giurisdizione.

La Corte dei conti in realtà, anziché utilizzare la tipologia dei vizi propri dell'atto amministrativo, di cui s'è appena detto, preferisce far riferimento ai "fini" dell'Ente.

L'atto è illegittimo, e quindi potenzialmente produttivo di danno erariale, quando è adottato per finalità diversa da quello che l'ente pubblico è tenuto a perseguire. Ciò accade, ad esempio, quando una manifestazione apparentemente promozionale dell'immagine dell'ente è organizzata e pagata con finalità di beneficenza (a vantaggio della ONLUS chiamata ad organizzarla, C. Conti, sez. I, 23 settembre 2005 n. 292), cioè l'amministrazione persegue una finalità che è estranea alle finalità dell'ente. O quando vengono autorizzate e pagate missioni all'estero di amministratori comunali con l'obiettivo di "trovare nuovi orizzonti per il mercato artigianale locale" (C. Conti, sez. I, 28 luglio 2008 n.

346): siamo ancora al di fuori dei fini istituzionali del comune. In altri termini, le norme che attribuiscono ai comuni una generalità di competenze per lo sviluppo del territorio o per la promozione dello sviluppo economico non possono essere intese al di fuori del principio di legalità, cioè non possono essere intese nel senso di legittimare qualunque tipo di iniziativa, soprattutto quando alle competenze esercitate indebitamente dall'ente locale corrispondono competenze tassativamente previste a favore di altri enti: lo Stato e in parte le regioni per quanto riguarda le relazioni con l'estero.

È da ritenere, invece, che la tipologia tradizionale dell'illegittimità amministrativa garantisca il vincolo dell'amministrazione e dei singoli agenti ai fini istituzionali dell'ente, sotto un duplice profilo.

I fini dell'ente risultano dalle norme di attribuzione (che si riferiscono all'ente o ad un apparato complesso come il ministero) e dalle norme di competenza (che si riferiscono all'organo). Quando l'atto è viziato da incompetenza (vizio che copre la deviazione da entrambi i gruppi di norme) viene concretamente perseguito un fine che non rientra tra i fini dell'ente o dell'organo. Il vizio di eccesso di potere, nella forma originaria dello sviamento di potere, ricorre quando l'organo (o l'agente) persegue concretamente un fine diverso da quello dichiarato, fine quest'ultimo che rientra fra le attribuzioni e le competenze dell'organo. Abbiamo nel primo caso (incompetenza) un fine che esula dalle attribuzioni dell'ente; nel secondo caso (eccesso di potere) un fine dichiarato che rientra fra quelli dell'ente, ma che non è quello realmente perseguito. Nel primo caso abbiamo un fine estraneo; nel secondo un falso fine o un fine finto.

Non è necessario, cioè, ipotizzare uno specifico schema per l'accertamento dell'illegittimità nel processo contabile, poiché basta all'uopo la tradizionale tipologia dei vizi dell'atto amministrativo.

Siamo sempre comunque nell'ambito del sindacato che il giudice della responsabilità amministrativa è abilitato ad esercitare.

Si tratta di un sindacato sulla scelta, nel senso che tende a verificare la conformità della scelta effettuata ai principi che la governano: è ammesso e rientra tra i poteri che il giudice, anche contabile, può esercitare. Viceversa, non è ammesso, come chiarisce la Corte di Cassazione, il sindacato sul contenuto della scelta, cioè sull'articolazione interna della scelta, e non è ammesso perché la cognizione del giudice, anche contabile, deve arrestarsi alla verifica della compatibilità del criterio di scelta con le attribuzioni dell'ente.

4. Negli anni recenti sia la Corte dei Conti che la Corte di Cassazione hanno cominciato a valorizzare la legge sul procedimento amministrativo, con l'effetto di estendere la portata del sindacato giudiziario. L'attività amministrativa «è retta da criteri di economicità e di efficienza» (art. 1 l. 241/90), sicché tali criteri "hanno acquistato dignità normativa" (Cass. SS.UU. 2 aprile 2007, n. 8096) e hanno assunto rilevanza sul piano della legittimità (e non della mera opportunità) del-

l'azione amministrativa (così Cass. cit. che richiama Cons. St. sez. IV, n. 847/02 e sez. IV, n. 6684/02).

In altri termini, se l'attività amministrativa deve conformarsi ai criteri di economicità e di efficacia – articolo 1 della legge n. 241 – se quindi tali criteri hanno acquistato dignità 'normativa' e hanno assunto rilevanza sul piano della legittimità e non più della mera opportunità dell'azione amministrativa, la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può più prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti.

Rientrerebbe, secondo questa affermazione, nel giudizio di legittimità pienamente ammesso nel processo contabile la valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti (cioè i risultati, perché gli obiettivi da conseguire sono obiettivi, ma una volta che sono stati conseguiti sono risultati), e i costi sostenuti.

Il confine tra legittimità e merito, tra l'ambito di ciò che è sindacabile e ciò che non lo è si sposta in avanti. Qual è la differenza, c'è da chiedersi, tra giudicare un atto illegittimo perché ha comportato dei costi sproporzionati rispetto agli obiettivi conseguiti e giudicare lo stesso atto inopportuno? Qual è, cioè, secondo l'interpretazione riferita, lo spazio che residua all'opportunità, una volta che la valutazione del rapporto tra obiettivi conseguiti, ossia tra i risultati e i costi sostenuti, viene inglobata nel giudizio di legittimità?

Trasferire un concetto ampio dal piano costituzionale (buon andamento) al piano legislativo (ove viene ribattezzato in termini aggiornati "efficacia ed economicità") non può comportare che lo stesso concetto possa fungere successivamente da canone di legittimità. Non è soltanto la collocazione nel sistema delle fonti che rileva, ma anche la specificità del precetto: se questa manca, non può essere acquistata sol perché il principio viene spostato dal piano della costituzione al piano della legislazione ordinaria.

È opportuno chiarire con un esempio.

L'art. 1 della L. 241 del 1990 annovera tra i criteri che devono reggere l'attività amministrativa la pubblicità. Disposizioni successive della stessa legge ne specificano il contenuto: obbligo di comunicare l'avvio del procedimento (art. 7), obbligo di notificare all'interessato, oltre al provvedimento, anche il parere richiamato per *relationem* (art. 3), obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10 bis), diritto di accesso alla documentazione amministrativa (art. 22).

L'amministrazione incorrerà nella violazione del principio di pubblicità ogni volta che non avrà osservato uno degli specifici obblighi che il principio comporta e che sono stabiliti da altrettante disposizioni di legge. È in questo modo che il principio, in qualche modo riconducibile al principio costituzionale di imparzialità (art. 97), acquista "dignità normativa". Se esso fosse semplicemente enunciato nell'art. 1 della L. 241/90, tale dignità non avrebbe: non potrebbe fungere, cioè, da metro per la valutazione dell'attività amministrativa sotto il profilo della legittimità. In tal senso può essere condivisa l'osservazione fatta

qualche anno fa da M. Bertolissi: il quale dubita che «si possa configurare una responsabilità amministrativa per mancanza di convenienza, desunta direttamente dal dettato dell'art. 97 Cost.». Le cose non cambiano se si argomenta in base al medesimo principio in quanto sancito da una legge ordinaria.

C'è da aggiungere che se il giudice contabile fosse abilitato dall'art. 1 della l. 241 del 1990 in particolare dai principi di economicità ed efficacia a valutare il rapporto tra i risultati (tali sono gli obiettivi conseguiti) e i costi sostenuti, tale valutazione verrebbe effettuata *ex post* in contrasto con il criterio costantemente enunciato nella giurisprudenza contabile secondo cui la valutazione va effettuata *ex ante* (C. Conti sez. riunite 3 giugno 1996). Ed infatti, nonostante la volontà di dilatare le maglie del sindacato di legittimità attraverso il principio di economicità e di efficienza, si legge poi che la scelta di un ente pubblico «di aumentare da 2 a 3 giornate di lavoro il servizio settimanale di pulizia della sede centrale dell'ente, di per sé non arbitraria né abnorme, attiene ad una sfera discrezionale che non è sindacabile dal giudice contabile», (Corte Conti, sez. I, 14 giugno 2001, n. 176).

Quale è la conclusione? Anche questa volta non occorre richiamare ulteriori canoni o parametri di riferimento normativi: tutta la ricchissima elaborazione della giurisprudenza amministrativa in tema di ragionevolezza o la ricchissima elaborazione della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in tema di proporzionalità, principio che è stato introiettato nel nostro ordinamento dall'articolo 1 della legge 241, sono sufficienti a giustificare addebiti di illegittimità in vista del giudizio di responsabilità che è rimesso alla Corte dei conti

5. Come accennato all'inizio, quando il legislatore usa il termine «scelta discrezionale» probabilmente non intende limitare l'ambito d'applicazione della clausola all'esercizio del potere amministrativo.

In realtà una scelta viene compiuta dal politico quando ricorre al consulente esterno con un contratto d'opera invece che avvalersi dell'ufficio (perché è convinto che questo non sia in grado di dargli una risposta); o quando conferisce o revoca ad un dirigente l'incarico di direzione di un ufficio dirigenziale; o quando attribuisce un premio di rendimento che presuppone il raggiungimento di un certo risultato. Sono sempre scelte, magari il termine 'discrezionale' potrà apparire inappropriato perché rimanda all'idea dell'atto amministrativo, ma, se per discrezionalità intendiamo, in questo contesto, la scelta non del tutto libera né del tutto vincolata, probabilmente anche questo tipo di scelte rientra in quella clausola.

Da quando l'impiego con l'ente pubblico è stato sottoposto alla normativa privatistica, decisioni di questo tipo, che un tempo venivano compiute a mezzo di provvedimento amministrativo, oggi costituiscono atti di gestione del rapporto di impiego che il politico o il dirigente di massimo livello pongono in essere al pari del privato datore di lavoro (art. 5 D.L. 165 del 2001). E che dire degli atti

adottati da privati legati da un rapporto di servizio con l'amministrazione, l'appaltatore o un concessionario di pubblico servizio, il tecnico incaricato della direzione lavori nell'ambito di un appalto di opere pubbliche, la predisposizione di una perizia di variante o la mancata predisposizione di una perizia di variante, la corresponsione all'impresa di un premio di accelerazione o il rifiuto di corrisponderlo, la rescissione in danno dell'appaltatore o il rifiuto di rescindere?

Si può pensare che decisioni del genere esulano dalla clausola dell'art. 1 della l. 20 del 1994 (insindacabilità nel merito della scelta discrezionale)? La risposta non può che essere negativa. Solo che in questi casi le categorie della legittimità-illegittimità non sono più di ausilio.

Legittimo e illegittimo sono qualifiche del provvedimento amministrativo, della legge o, in genere, dell'atto dei pubblici poteri: non sono qualifiche che si attagliano all'attività di diritto privato, anche se posta in essere da un ente pubblico. Attività di diritto privato nella quale le qualifiche fondamentali, in termini di conformità o difformità rispetto a un canone stabilito dalla legge, sono quelle di lecito o di illecito.

E allora ci si domanda: in che consiste, in questi casi, l'antigiuridicità che concorre a perfezionare la fattispecie di illecito? Sulla base di quale criterio noi stabiliamo che una di queste scelte e non l'altra è una scelta antigiuridica idonea a produrre un obbligo di risarcimento del danno prodotto all'erario?

Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte dei Conti può chiarire i concetti. Si legge, ad esempio, che «l'utilizzazione di risorse finanziarie di un istituto scolastico per l'allestimento, con un costo rilevante, di una sfilata di moda con finalità genericamente promozionali invece che per i fini per i quali erano state chieste ed ottenute presso il Ministero della pubblica istruzione - l'acquisto di attrezzature scolastiche – pone in evidenza una scelta che non attiene affatto alla sfera della consentita discrezionalità di merito, non sindacabile dal giudice contabile ai sensi dell'art. 1 comma 1 l. n. 20 del 1994, ma esprime un comportamento arbitrario e illegale, nonché di grave disprezzo delle regole di una oculata e corretta gestione e causa, infine, di danno ingiusto, del quale non può non rispondere il preside che abbia disposto siffatta spesa», (Corte Conti, sez. II, 19 giugno 2001, n. 216). Sicché, il sindacato della Corte è consentito nella misura in cui lo stesso giudice contabile ritiene che l'attività posta in essere dall'istituto scolastico sia estranea ai fini istituzionali dell'istituto medesimo (ritorna ancora una volta il parametro della compatibilità dell'atto con i fini dell'ente, di cui s'è già detto).

Giunge ad esito diverso un'altra pronuncia della Corte dei Conti, già segnalata, secondo cui «la scelta del numero di giornate di funzionamento del servizio di pulizia attiene ad un ambito di discrezionalità di merito insindacabile in giudizio; di conseguenza, la scelta dell'ENAM di aumentare da 2 a 3 giornate di lavoro il servizio settimanale di pulizia della sede centrale dell'ente, di per sé non arbitraria né abnorme, attiene ad una sfera discrezionale che non è sindacabile dal giudice contabile, giusta quanto disposto dall'art. 1, comma 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20», (Corte Conti, sez. I, 14 giugno 2001, n. 176). In quest'ultimo caso, l'insindacabilità nel merito della scelta discrezionale comporta, in realtà, che la conseguenza economica di quella scelta non possa essere qualificata come danno erariale: ci potrà essere un maggior costo a carico della p.a. (che deriva, nella specie, dalla decisione di aumentare da 2 a 3 giornate di lavoro il servizio settimanale di pulizia dell'ente), ma non ci sono gli estremi del danno.

In generale, sembra potersi desumere dal confronto tra le due pronunce, che non è configurabile un danno erariale prodotto da una condotta su cui la Corte non possa esercitare il proprio sindacato. Se si esclude il sindacato della Corte dei Conti è perché si esclude la stessa giurisdizione della Corte dei Conti, in quanto da quella condotta non scaturisce una responsabilità amministrativa, su cui il giudice contabile possa e debba effettuare il proprio controllo. Sicché, ancora una volta, se il giudice si arresta dinanzi all'insindacabilità di una condotta è perché quella condotta non può produrre un danno. Ove si volesse ricondurre un'ipotesi di tal fatta al caso in cui l'esclusione della responsabilità consegue alla mancanza di uno dei presupposti dell'illecito, si dovrebbe concludere nel senso che la condotta su cui il giudice contabile non possa effettuare il proprio sindacato non è antigiuridica.

Ciò vuol dire che il limite della insindacabilità dell'atto segna anche il limite della giurisdizione contabile: l'atto è insindacabile non solo o non tanto perché espressione di una valutazione di opportunità della pubblica amministrazione, quanto, piuttosto, perché manifestazione di una attività lecita che non dà luogo a responsabilità amministrativa. Posizione, questa, che sostanzialmente riassume l'orientamento della Corte di Cassazione, laddove afferma che l'art. 1 della l. 20/94 deve essere inteso nel senso di definire l'ambito della giurisdizione del giudice contabile a garanzia della "riserva di amministrazione" (ed è a tal fine che il giudice del riparto ha sostenuto la necessità di una coerenza dell'attività posta in essere dall'amministrazione con i fini istituzionali dell'ente: Cass. SS.UU. n. 1378/2006).

Una conferma del ragionamento sin qui condotto può ricavarsi da un'altra sentenza della Corte dei Conti, ove si legge che «non può ritenersi operante il divieto di insindacabilità delle scelte discrezionali, di cui all'art. 1 comma 1 l. n. 20 del 1994, laddove l'atto non sia conforme ai fini istituzionali dell'ente o quando risulti irrazionale o antieconomico (nella specie si trattava di un viaggio a Detroit - USA per l'inaugurazione di una strada da intitolarsi al Comune di Mazara del Vallo che ha comportato un esborso di denaro per il pagamento delle missioni agli amministratori locali che hanno partecipato a tale viaggio)», (Corte Conti, sez. III, 08 giugno 1999, n. 123/A, ma altresì Corte Conti sez. I 23 settembre 2005 n. 292). Cioè l'atto irrazionale o antieconomico è sindacabile in quanto tale; e proprio perché irrazionale o antieconomico espone il suo autore all'azione di responsabilità amministrativa. Viceversa, «ove sia accertata la competenza

del soggetto che ha agito, la completezza delle acquisizioni istruttorie circa gli interessi coinvolti nel procedimento e la non irrazionalità della scelta operata il giudice della responsabilità deve affermare che non c'è nessun fatto illecito» (Corte Conti sez. riun. 23 giugno 1992 n. 792).

Osservazioni, queste, che riconducono ancora una volta al delicato rapporto tra illegittimità dell'atto e illiceità della condotta, visto stavolta sotto il profilo della necessaria autonomia e indipendenza dei due giudizi: del giudizio amministrativo e di quello della Corte Conti. Si dice, al riguardo, che l'illegittimità dell'atto viene in rilievo solo come componente del comportamento dell'agente pubblico (Corte Conti sez. riun. n. 792/1992): l'osservazione è corretta a condizione di non interpretarla nel senso che, come in precedenza osservato, possa essere ritenuto colpevole chi ha posto in essere un atto legittimo.

In realtà, l'indipendenza tra i due giudizi è tale per cui se il giudice amministrativo si è pronunciato sulla legittimità dell'atto, per il giudice contabile la condotta che ha portato all'adozione di quel medesimo atto può comunque produrre un danno all'erario. Non nel senso che il giudice contabile possa condannare a titolo di responsabilità amministrativa l'autore di un atto legittimo, ma nel senso, diverso, che lo stesso giudice non è vincolato dal giudizio sulla legittimità dell'atto formulato dal giudice amministrativo. Sicché ciò che è legittimo per il giudice amministrativo, può non esserlo per il giudice contabile.

La Corte ha, così, affermato che «l'accertamento della sussistenza di profili di illegittimità di atti e provvedimenti amministrativi non costituisce, né comporta una valutazione del merito di un atto amministrativo discrezionale e non impinge, quindi, nel principio dell'insindacabilità degli atti amministrativi discrezionali di cui all'art. 1 comma 1 l. 14 gennaio 1994 n. 20», (Corte Conti, sez. I, n. 292/2005).

Detto diversamente, l'accertamento della responsabilità amministrativa presuppone un accertamento, potremmo dire, incidentale, sulla legittimità dell'atto posto in essere dall'amministrazione, attraverso un sindacato che il giudice contabile conduce autonomamente rispetto all'esito del giudizio di legittimità posto in essere dal giudice amministrativo. E vale anche il reciproco, tale per cui il giudice contabile non irroga la sanzione pecuniaria, perché manca uno dei presupposti dell'illecito (elemento soggettivo, danno, nesso di causalità), ma ciò non esclude che il provvedimento adottato sia comunque illegittimo.

Il parallelo con la giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di pregiudiziale amministrativa ritenuta ancora necessaria ai fini della tutela risarcitoria derivante dalla lesione dell'interesse legittimo è immediato. Una tematica di questo genere si è posta, infatti, anche nel giudizio amministrativo a partire dal momento in cui è stata ammessa, prima per pronuncia della Corte di Cassazione poi per statuizione legislativa, la risarcibilità degli interessi legittimi. Cioè il giudice amministrativo, che è chiamato ad esaminare una domanda di risarcimento del danno provocato nell'esercizio di un potere amministrativo, deve prelimi-

narmente valutare l'atto che lo ha provocato o comunque a cui si ascrive il danno sia legittimo o illegittimo; che poi debba farlo il giudice amministrativo in sede d'azione di annullamento o che lo possa fare anche in sede di accertamento incidentale della legittimità, o che possa farlo il giudice ordinario, poco cambia.

L'essenziale è che ai fini della condanna per lesione di interessi legittimi è cruciale l'accertamento della illegittimità dell'atto; così come nel processo contabile l'accertamento della responsabilità non può prescindere dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto posto in essere dall'amministrazione.

Si tratta in entrambi i casi di un giudizio di responsabilità. Solo che nel primo caso è la responsabilità dell'amministrazione verso il terzo, nell'altro è la responsabilità dell'agente verso l'amministrazione.

## Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"\*

#### di Antonio Ruggeri

Sommario: 1. I limiti gravi ed appariscenti delle ricostruzioni maggiormente diffuse ed accreditate dell'ordine delle fonti. - 2. Le aporie di costruzione cui danno luogo la dottrina e la giurisprudenza correnti: schegge di una sistemazione delle fonti secondo criteri di natura assiologico-sostanziale, innestata tuttavia in un tronco di formale fattura (con specifico riguardo ai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, alle vicende nel tempo delle norme relative ai "livelli essenziali" delle prestazioni concernenti i diritti e delle norme che danno una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti). - 3. Il carattere recessivo della forma e della gerarchia in ambito internazionale e sovranazionale ed i riflessi che possono quindi aversene in ambito interno. - 4. Teoria formale delle fonti, onnipotenza del potere costituente, perfezione ed autosufficienza della Costituzione: profili diversi di una sola costruzione teorica, tuttavia non più proponibile con l'avvento delle Costituzioni per valori e per effetto del bisogno dalle stesse manifestato di aprirsi al diritto internazionale e sovranazionale. - 5. Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici, ovverosia conversione della teoria delle fonti in teoria dell'interpretazione, pur in un contesto segnato dal bisogno di un forte recupero della tipicità delle forme, ponendo un argine all'uso indistinto, promiscuo che sempre più di frequente (e pressoché per... sistema) ormai si fa degli strumenti di produzione giuridica. - 6. Il rischio incombente che, in occasione della tutela dei diritti fondamentali a più livelli ordinamentali, si ripropongano vetusti schemi ispirati a gerarchia secondo forma ed insane pretese di primauté di questa o quella Carta e di questa o quella Corte, e il modo migliore per pararlo a mezzo della tecnica dei bilanciamenti secondo i casi e su basi di valore. - 7. Lo Stato costituzionale come Stato giurisdizionale? - La complessità del rapporto tra normazione e giurisdizione, con specifico riguardo al riconoscimento di nuovi diritti, e la necessità di assicurare un soddisfacente equilibrio tra di esse, attraverso un'adeguata disciplina costituzionale dei diritti stessi. - 8. (Segue) Alla ricerca dell'equilibrio complessivo del sistema, tra normazione e giurisdizione: la centralità di ruolo assegnato ai giudici, costituzionali e non, nei processi volti alla salvaguardia dei diritti. - 9. La giurisdizione costituzionale come punto di chiusura e presidio del carattere parimenti costituzionale dell'ordinamento.

<sup>\*</sup> Relazione al Seminario su *La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della Costituzione*, Enna 16 maggio 2009.

1. I limiti gravi ed appariscenti delle ricostruzioni maggiormente diffuse ed accreditate dell'ordine delle fonti

Di solito, la teoria delle fonti viene interpellata allo scopo di stabilire qual è il posto detenuto da una fonte nel sistema e quali rapporti essa intrattiene con altre fonti. Ad oggi, tuttavia, poco si riflette circa le indicazioni che la teoria stessa, *vista nel suo insieme*, è in grado di offrire a riguardo della teoria della Costituzione per un verso, della teoria delle forme di Stato o delle forme di governo per un altro.

La cosa appare, per più versi, singolare. E, invero, sia la messa a punto dei tasselli di cui si compone l'ordine delle fonti che la sistemazione delle relazioni di tipo istituzionale dovrebbero porsi come la diretta ed immediata proiezione di una complessiva visione della Costituzione e dell'ordinamento che in esse appunto si rispecchia e conferma. In realtà, le cose non stanno così, riscontrandosi una artificiosa separatezza tra le costruzioni riguardanti le fonti e le istituzioni da un canto, la teoria della Costituzione dall'altro. La qual cosa si coglie, prima ancora che al piano teorico-dogmatico, al piano dell'orientamento metodico: come se appunto potesse ammettersi che l'indirizzo posto a base delle une teorie possa discostarsi da quello che sta a base del modo stesso d'intendere la Costituzione e di farne uso. Eppure, per strano che possa sembrare, è proprio ciò che ancora oggi accade, perlomeno a stare alle più accreditate e diffuse descrizioni delle dinamiche che attraversano e connotano le relazioni tra le fonti.

Tre, a mia opinione, i limiti più gravi ed appariscenti del modo corrente di guardare alle relazioni stesse.

Il primo (e più rilevante) difetto è quello, appena rammentato, di non portare a frutto gli esiti usualmente considerati più saldi della teoria della Costituzione ed, anzi, a conti fatti, di svuotarne il senso, confinandolo in una dimensione astratta, incapace di inverarsi nell'esperienza, di incanalarne i più salienti svolgimenti e, allo stesso tempo, da questi di ricevere le più adeguate verifiche della propria capacità di tenuta.

Il secondo è dato da un sensibile sfilacciamento interno alla teoria delle fonti, dal momento che si seguita ad applicare alle relazioni tra gli atti e i fatti normativi di diritto interno taluni schemi assai risalenti e, tuttavia, ad oggi stancamente ripetuti, malgrado le novità (in alcuni campi di esperienza davvero sconvolgenti) ormai registratesi, specie per ciò che concerne il piano delle relazioni interordinamentali (con fonti internazionali e sovranazionali).

Il terzo, infine, è dato da una parimenti vistosa, complessiva incoerenza che viene ad emergere, in più punti della trama ordinamentale, tra le acquisizioni della teoria delle fonti e talune sistemazioni riguardanti i rapporti tra le istituzioni (segnatamente, tra legislatore e giudici).

Mi limito solo a poche osservazioni su ciascuno dei punti ora indicati, sui

quali mi è già stato dato modo di intrattenermi, sia pure sotto profili diversi e per esigenze ricostruttive parimenti diverse, in più occasioni. Da qui, quindi, muoverò per una rapida riflessione finale di carattere generale, anche nell'intento di verificare quali scenari possano aprirsi alla teoria costituzionale, in una congiuntura, quale quella presente, segnata da un processo ormai avanzato d'integrazione sovranazionale.

2. Le aporie di costruzione cui danno luogo la dottrina e la giurisprudenza correnti: schegge di una sistemazione delle fonti secondo criteri di natura assiologico-sostanziale, innestata tuttavia in un tronco di formale fattura (con specifico riguardo ai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, alle vicende nel tempo delle norme relative ai "livelli essenziali" delle prestazioni concernenti i diritti e delle norme che danno una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti)

Il primo punto.

Ho avuto modo di fermarmi su di esso a più riprese; eppure, confesso di non riuscire a farmi una ragione di come sia possibile che la gran parte degli studiosi si schieri – come si sa – a favore di una concezione di stampo assiologico-sostanziale di Costituzione, allo stesso tempo mantenendosi fedele ad un'antica tradizione, propria del nostro così come di altri ordinamenti di *civil law*, che vede composte le fonti in sistema in base a connotati prettamente formali.

Che senso ha – torno qui nuovamente a chiedermi – ragionare di un "nucleo duro" della Costituzione¹, costituito dai principi fondamentali (o supremi)², irrivedibile con qualsivoglia strumento di potere costituito (e, appunto, superabile unicamente in modo forzoso, ad opera di un nuovo potere costituente), quando poi si ritiene che ogni fonte abbia un suo "posto" nel sistema, *sempre lo stesso posto*, che stabilmente detenga esclusivamente in virtù della veste formale di cui la fonte medesima si rivesta? È chiaro che l'attacco ai principi può essere diretto ovvero indiretto, scoperto o mascherato, subdolo e tanto più micidiale sol che si pensi che lo sradicamento dei principi può prendere corpo al piano delle regole

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Tra i molti altri che ne hanno variamente discorso, v. A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, 53 ss.; AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino 2006 e Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Non indugio ora sulla possibilità di differenziare gli uni dagli altri principi né, per il caso che ciò si dimostri impossibile, su quale sia la più appropriata qualificazione da dare ai principi di base dell'ordinamento (per talune precisazioni di ordine terminologico e concettuale, v. F. Modugno, *Principi fondamentali, generali, supremi*, in *Diz. dir. pubbl.*, V (2006), 4490 ss.).

(costituzionali e, soprattutto, subcostituzionali), attraverso la caducazione di quelle di esse che in modo *immediato* e *diretto* si dispongono al servizio dei principi, dandovi la più efficace, alle condizioni complessive di contesto, specificazione-attuazione.

La teoria dei limiti alla revisione costituzionale, in merito alla quale pure si renderebbero necessarie non poche precisazioni, di cui nondimeno è altra la sede³, opera una selezione in seno allo stesso documento normativo, espressivo della legge fondamentale della Repubblica: una selezione che – è superfluo rilevare – non ha, né può avere, alcun fondamento di ordine formale, tutti gli enunciati della Carta ponendosi quale espressione immediata e genuina del potere costituente. Con un salto logico inspiegabile, poi, discendendo al piano delle fonti primarie (e, quindi, a piani ulteriori), le dinamiche della normazione vengono inquadrate in applicazione di criteri d'ispirazione formale. Non importa che si faccia ricorso allo schema della gerarchia ovvero a quello della competenza, alla *lex posterior* come pure alla specialità: i criteri ordinatori, per come sono usualmente visti, prescindono da "coperture" di valore ed hanno – come si diceva – unicamente nella forma o nella materia regolata il loro esclusivo punto di riferimento.

Quanto meno, così è *tendenzialmente*. Si danno, tuttavia, talune schegge – se così vogliamo chiamarle – espressive di un orientamento metodico d'ispirazione sostanziale (o, meglio, assiologico-sostanziale); ma, si tratta appunto di frammenti, slegati l'uno rispetto all'altro e – ciò che più importa – non riportabili ad una unitaria, coerente visione d'assieme, di ordine sistematico appunto.

Si considerino al riguardo solo due ambiti di esperienza.

Sul terreno dei rapporti con l'ordinamento comunitario, la dottrina del primato del diritto sovranazionale ha carattere assiologico-sostanziale, individuandosi – come si sa – il fondamento del primato stesso in uno dei principi di base dell'ordinamento. La circostanza, poi, che essa sia stata recepita in occasione della riscrittura del Titolo V e sia stata perciò dotata di proiezione al piano formale (ogni fonte sovranazionale, a motivo appunto della sua provenienza e forma, prevalendo sulle leggi nazionali) non toglie l'impronta originaria della dottrina stessa: vuoi per il fatto che la giustificazione della previsione contenuta nel nuovo I c. dell'art. 117 è pur sempre nel valore della pace e della giustizia tra le Nazioni (ciò che vale sia per il diritto sovranazionale e sia pure, e soprattutto, per il diritto internazionale) e vuoi ancora in considerazione del fatto che il disposto ora richiamato ha un raggio d'azione comunque delimitato, proteggendo unicamente gli atti normativi di origine esterna (in senso lato) nei riguardi di possibili scostamenti operati nei loro confronti da leggi comuni (e, ovviamente, da fonti a queste subordinati), non però da fonti costituzionali né, in ogni caso,

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Il mio punto di vista al riguardo può, volendo, vedersi in *Revisioni formali, modifiche tacite* della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.

valendo ad autorizzare gli atti medesimi a derogare al dettato costituzionale (con la nota eccezione dei "controlimiti", sulla quale nondimeno si tornerà più avanti).

Si dà, poi, una non rimossa aporia nel modo corrente di guardare ai rapporti in parola, dal momento che la "copertura" da parte dell'art. 11 è stata stranamente ristretta ai soli trattati riguardanti la Comunità/Unione europea, senza perciò riuscire ad estendersi ad altri accordi: quasi che quelli, e solo quelli, siano appunto gli *unici* trattati idonei a servire la pace e la giustizia tra le Nazioni...

Forse, si è ad oggi prestata poca attenzione al fatto che il limite della osservanza del diritto comunitario può farsi riportare al (ed assorbire dal) limite della osservanza degli obblighi internazionali o, meglio, di *certi* obblighi internazionali<sup>4</sup>, in tesi considerati provvisti di "copertura" nell'art. 11, venendosi così a determinare un diverso regime dei trattati, *malgrado la formula unitaria per essi stabilita nell'art. 117*, in virtù di una selezione operata in applicazione di un criterio evidentemente non formale<sup>5</sup>.

L'altro ambito di esperienza non ha confini materiali (qualunque campo può, infatti, esserne riguardato) ed attiene all'operatività del canone della *lex posterior*, che può ancora una volta risultare impedita da coperture di carattere assiologico-sostanziale.

Lo riconosce espressamente il dettato della Carta, così come riscritto nel 2001, e lo riconosce altresì la giurisprudenza costituzionale (ma non – stranamente – con carattere generale).

Mi riferisco, per l'un verso, alle norme delle leggi statali con cui sono fissati i non meglio definiti "livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali e, per l'altro verso, alla disciplina legislativa che offre una "tutela minima" a beni o interessi costituzionalmente protetti.

Si tratta di esperienze che ad oggi non sono state – a me pare – valutate come si conviene in tutta la loro portata.

Alla prima si dà usualmente rilievo per ciò che concerne la delimitazione delle materie (*rectius*, delle competenze), rispettivamente assegnate allo Stato ed alle Regioni; tuttavia, non si tratta solo di questo. E, invero, il disposto di cui

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Così, quanto meno, sarà fintantoché la fonte primigenia dell'ordinamento dell'Unione sarà data da trattati internazionali. Per quest'aspetto, al di là del nome, il c.d. Trattato costituzionale non determinava un'autentica, definitiva svolta, proprio perché la c.d. Costituzione europea aveva natura pattizia. Nondimeno, sarebbe stato già un primo, importante passo verso la recisione del cordone ombelicale che legava la Costituzione stessa al diritto internazionale e che, in un momento ancora successivo (e, tuttavia, indeterminato, sia nell'*an* che nel *quando*), avrebbe potuto portare all'avvento di una Costituzione *pleno iure*.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> La differenziazione di regime tra diritto internazionale e diritto comunitario si coglie tuttavia sotto più aspetti e, segnatamente, sotto quello della forza (l'attitudine a derogare allo stesso dettato costituzionale essendo propria delle sole norme comunitarie) e della diretta applicabilità (come si sa, dalla giurisprudenza esclusa per le convenzioni internazionali in genere e, in ispecie, per la CEDU).

alla lett. *m*) del II c. dell'art. 117 possiede, a mia opinione, una più generale e profonda valenza: se la stessa Carta novellata qualifica taluni livelli come "essenziali", in relazione all'effettiva tutela cui i diritti hanno... *diritto*, se ne ha che al di sotto degli stessi non è, ad ogni buon conto, possibile scendere.

Non si sta ora a dire in virtù di quali criteri il legislatore possa in modo congruo stabilire i "livelli" in parola; dubito, però, che una volta che gli stessi non siano stati contestati dalle Regioni ovvero, pur essendolo, siano stati riconosciuti come buoni dalla giurisprudenza sia dato allo stesso legislatore di abbassarli impunemente o, magari, di azzerarli del tutto (con leggi di abrogazione secca). Certo, lo stesso carattere della "essenzialità" – se così vogliamo chiamarlo – può variare da campo a campo e per uno stesso campo nel tempo, in ragione del mutato contesto complessivo. Non è di questo che, ovviamente, siamo ora chiamati a parlare. Il punto è un altro; ed attiene – come si viene dicendo – ai *limiti all'innovazione normativa discendenti da "coperture" di carattere assiologico*.

Si faccia caso al fatto che, a portare fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni questo schema, il superamento delle leggi sui "livelli essenziali" potrebbe rivelarsi problematico (a dirla tutta, parrebbe non consentito) persino ad opera di leggi costituzionali, giusta la premessa che vede ancorati saldamente i livelli stessi a principi fondamentali dell'ordinamento (e, ancora più in alto o più a fondo, alla dignità della persona umana, autentico valore "supercostituzionale", messa a rischio da discipline positive che abbassino oltre il tollerabile, il ragionevole, la soglia delle prestazioni offerte ai diritti).

Dopo le cose appena dette, non occorre un lungo discorso con riguardo alla "tutela minima" di taluni beni costituzionali. Come si vede, si tratta – diciamo così – di una variante sul tema, specificamente riferita dalla giurisprudenza ai rapporti tra legge e referendum abrogativo, ma essa pure dotata di generale valenza (con riguardo, cioè, ai rapporti tra legge e legge).

Ora, ciò che si fatica non poco a comprendere è come possa con profitto innestarsi una "logica" d'ispirazione assiologico-sostanziale in un tronco di formale fattura. Forse che le "coperture" di valore sono quelle (e solo quelle) appena indicate e non possano dunque darsene, *per sistema*, di altre?

3. Il carattere recessivo della forma e della gerarchia in ambito internazionale e sovranazionale ed i riflessi che possono quindi aversene in ambito interno

Il secondo punto, dopo le cose appena dette, può essere liquidato in poche battute.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> In questi termini se ne dice in A. Ruggeri-A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

Trovo, invero, singolare la chiusura della nostra teoria delle fonti in se stessa, in modo autoreferenziale, dimentica delle implicazioni che possono aversi (ed effettivamente si hanno) per effetto di talune novità registratesi in ambito esterno e, peraltro, ormai stabilmente radicatesi e nitidamente visibili.

È singolare il ritardo della nostra dottrina a prendere finalmente consapevolezza del fatto che taluni schemi, ormai invalsi in seno alla Comunità internazionale e, specialmente, alla Comunità/Unione europea, si dimostrano idonei a proiettare la loro immagine oltre l'ordinamento in cui hanno origine, sollecitando pertanto l'adozione di corpose correzioni degli schemi di diritto interno.

Senza che se ne possa ora dire in dettaglio e puntando – come di consueto – al cuore della questione, è importante ancora una volta rilevare il carattere recessivo della forma a finalità sistematica; e, poiché diritto "esterno" (in quella larga accezione, di cui si diceva) e diritto interno non sono ormai più mondi separati ed incomunicabili bensì anelli intrecciati di una sola catena, ecco che taluni connotati propri delle esperienze di normazione di origine esterna si riflettono altresì nell'ordine interno, obbligando a rivedere le esperienze proprie di quest'ultimo sotto una luce complessivamente diversa.

Mi limito al riguardo a rilevare solo due cose, una con riferimento alle fonti internazionali ed una per le fonti comunitarie: in un caso e nell'altro, si ha conferma del fatto che le dinamiche della normazione, una volta segnate nella loro sede di origine con un marchio di natura sostanziale, richiederebbero una complessiva riconsiderazione altresì delle dinamiche di diritto alle prime strettamente, funzionalmente connesse; ciò che, tuttavia, come si viene dicendo, stranamente non si ha.

Il vero è che forma e gerarchia delle fonti hanno storicamente fatto (e seguitano a fare) tutt'uno, nelle loro più diffuse rappresentazioni teoriche. Solo che l'una e l'altra presentano carattere vistosamente recessivo negli ordinamenti esterni. In seno alla Comunità internazionale, ciò che, in buona sostanza, vale è la volontà dei soggetti produttori di norme: le *norme* stesse, più (o anzi) che le *fonti*, contano; tant'è che – fatta eccezione per le norme consuetudinarie imperative – la regola è data dal sempre possibile superamento delle norme consuetudinarie da parte delle norme pattizie.

Di qui, due conseguenze di non poco momento<sup>7</sup>.

Per un verso, gli accordi internazionali possono acquistare rilievo giuridico interno *ancora prima della loro ricezione con le forme dovute*, ove si convenga che le novità apportate al diritto consuetudinario si riflettono immediatamente in ambito nazionale: nuovi significati assunti dalle "norme generalmente riconosciute" nell'ordinamento di appartenenza acquistando subito giuridico rilievo

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> ... a riguardo delle quali può, volendo, vedersi il mio *Il "posto" delle norme internazionali e comunitarie in ambito interno: una questione di punti di vista*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

nell'ordinamento nazionale, in virtù del carattere automatico dell'adattamento. Se ne ha che norme di diritto non scritto, dapprima considerate incondizionatamente e generalmente vigenti in virtù dell'adattamento suddetto, vedono successivamente circoscritta la loro operatività per effetto del nuovo patto.

Per un altro verso, l'insussistenza di gerarchia tra le norme di diritto internazionale può talora tradursi, così come si traduce nel caso sopra descritto, in una pari condizione delle stesse nell'ordinamento interno, venendo pertanto superato il dislivello tra di esse esistente, così come comunemente riconosciuto e ricondotto al diverso modo del loro ingresso nell'ordinamento medesimo. Non si spiegherebbe altrimenti come possa ammettersi che un accordo reso esecutivo con legge ordinaria possa derogare a norme consuetudinarie, alle quali è usualmente riconosciuta forza "paracostituzionale" (o costituzionale *tout court*).

Quanto, poi, alle norme comunitarie, pur laddove si dia, come effettivamente si dà (ma entro certi limiti), una forza graduata delle stesse nell'ordinamento sovranazionale, il diritto derivato essendo obbligato a conformarsi al diritto originario, del pari nessuna conseguenza se ne ha per ciò che attiene all'*uguale* primato da tutte tali norme posseduto nei riguardi delle norme interne.

Per quest'aspetto, come si vede, scema, ancora una volta, il significato della forma, ferma tuttavia restando la riconduzione del principio del primato all'origine (e, in questo senso, alla... *forma*) delle norme, vale a dire al fatto della loro produzione in ambito sovranazionale.

Ciò che, nondimeno, maggiormente ora importa osservare è che le norme stesse avviano non di rado *cicli* o *processi produttivi complessi*, che in parte si articolano e svolgono in seno alla stessa Comunità/Unione europea (all'adozione di taluni atti facendo seguito l'adozione di altri ai primi funzionalmente connessi) e in parte, però, si riproducono a cascata in ambito interno, dove ugualmente si dispongono a diversi livelli istituzionali, le norme aventi origine esterna richiedendo di essere svolte a mezzo di più atti, dalla varia provenienza e complessiva caratterizzazione, a loro volta convergenti verso obiettivi comuni, in ultima istanza conducenti alla causa dell'integrazione sovranazionale.

In tal modo, com'è agevole vedere, "saltano" ancora una volta le quiete sistemazioni secondo forma, soppiantate da sistemazioni secondo valore. Non si riuscirebbe altrimenti a spiegare come sia, ad esempio, possibile che norme di natura regolamentare (e, in genere, di grado sublegislativo), poste in essere in ambito interno allo scopo di dare attuazione a discipline sovranazionali, si oppongano quindi alla loro successiva modifica ad opera di leggi o fonti a queste equiordinate, malgrado la diversa forma e forza da queste ultime possedute rispetto a quelle.

Non saprei ora dire quanta parte delle antiche sistemazioni d'ispirazione formale resista all'incalzante avanzata del diritto sovranazionale e, dunque, alle nuove sistemazioni dalla stessa sollecite a formarsi. Si ha quasi la sensazione che, ancora oggi che il processo d'integrazione sovranazionale non è pervenuto

alla sua compiuta maturazione, possa prospettarsi l'esistenza di *due sistemi di fonti*, ciascuno governato da canoni suoi propri, rispettivamente per i campi attraversati dal diritto comunitario e per quelli cui è invece a quest'ultimo impedito l'accesso. E, tuttavia, in disparte la generale riserva dietro esposta circa l'interna coerenza delle rappresentazioni del sistema su basi formali, come pure circa la sua rispondenza ad una Costituzione per valori, è da chiedersi quanto tempo ancora possa riuscire a resistere siffatta convivenza di "sistemi", a fronte della diffusione – praticamente, senza limiti – della disciplina sovranazionale, della sua capacità di pervadere ogni ambito d'esperienza, radicandosi in forme stabili e durature, ben oltre i pur larghi confini segnati dal principio di attribuzione e per effetto piuttosto del principio di sussidiarietà e di quant'altro porti alla espansione come che sia, a macchia d'olio, del diritto sovranazionale.

4. Teoria formale delle fonti, onnipotenza del potere costituente, perfezione ed autosufficienza della Costituzione: profili diversi di una sola costruzione teorica, tuttavia non più proponibile con l'avvento delle Costituzioni per valori e per effetto del bisogno dalle stesse manifestato di aprirsi al diritto internazionale e sovranazionale

Il terzo punto è, forse, quello più delicato, a motivo del carattere scivoloso del terreno su cui si impiantano e svolgono le relazioni di ordine istituzionale, della opacità di taluni loro tratti e complessive movenze, delle difficoltà che si frappongono alla loro nitida rappresentazione.

Ancora una volta, come si tenterà ora di mostrare, talune incrostazioni della teoria delle fonti d'ispirazione formale hanno la loro radice in una certa idea di Costituzione che seguita a trasmettersi per forza d'inerzia, pur in un contesto ormai profondamente cambiato rispetto a quello di origine, che invero poteva darne, con le debite precisazioni, la giustificazione.

V'è un filo sottile, ma solidissimo, che lega le ricostruzioni correnti in tema di fonti e della loro composizione in sistema, la teoria della Costituzione, una certa visione dei rapporti interistituzionali. È però da chiedersi se esso giovi alla comprensione della realtà presente, a tenere unite le parti, assai varie per fattura e complessiva caratterizzazione, di cui si compone la realtà stessa, nelle sue più qualificanti espressioni.

Vanno fatte talune preliminari considerazioni, con richiamo ad una nota vicenda le cui implicazioni al piano delle fonti sono però forse state sottovalutate o, come che sia, non hanno costituito oggetto di osservazione dalla giusta prospettiva.

La teoria formale delle fonti fa tutt'uno con una certa idea, dalle antiche ascendenze, di Costituzione e di potere costituente. Lo Stato di diritto costituzionale nasce – come si sa – per dotare di un nuovo fondamento il potere del

sovrano, allo stesso tempo ponendovi finalmente un limite giuridicamente rilevante. Il sovrano continua, sì, a portare il nome di un tempo; cessa, però, di essere il "vero" sovrano. La sovranità ormai si sposta in una fase anteriore alla posizione dei poteri costituiti (o "costituzionali"), appuntandosi e per intero risolvendosi nel potere (o nel fatto) costituente. La differenza tra la sovranità del Costituente e la "sovranità" del... *sovrano*, siccome potere costituito, sta tutta nelle virgolette, che di necessità devono essere apposte al termine nella sua seconda applicazione.

In realtà, questa raffigurazione presenta il vizio di essere solo teoricamente, non pure praticamente, fondata.

Non è in discussione tanto il fondamento quanto il limite della "sovranità", un limite che l'esperienza degli ordinamenti liberali conferma essere, dove più dove meno, non adeguatamente efficace e che perciò sollecita l'adozione di sostanziali correzioni e perfezionamenti che, tuttavia, si renderanno possibili solo con l'avvento delle Carte del secondo dopoguerra. Modifiche tutte – si presti attenzione – che non si traducono unicamente nell'allestimento di sedi e procedure nuove di esercizio della "sovranità", di forme vistose di distribuzione della stessa sia *in orizzontale*, all'interno dell'apparato statale, che *in verticale*, su basi territoriali, nonché di organi e strumenti adeguati di garanzia della legalità costituzionale<sup>8</sup>; ancora prima (e di più), esigono una trasformazione profonda, strutturale, della Costituzione, concepita non già quale mera regola di organizzazione bensì, ancora prima (e di più), quale *Carta dei valori* fondanti l'ordine giuridico<sup>9</sup>.

Il riferimento ai principi fondamentali, in cui si specchiano i valori in nome dei quali è stata combattuta la battaglia vittoriosa per il ripristino della democrazia e l'edificazione del nuovo ordine repubblicano<sup>10</sup>, è, dunque, di cruciale,

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> ... dalla procedura aggravata prescritta per la modifica della Costituzione alla istituzione della Corte costituzionale, alla conformazione di un nuovo ruolo, esso pure di garanzia, pur se in una peculiare accezione, per il Capo dello Stato, e via dicendo.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Questo modo di vedere è, come si sa, non poco controverso; innegabile è, tuttavia, il salto di qualità operato dalle Carte costituzionali del Novecento rispetto a quelle del secolo addietro (o ad altre ancora più risalenti), sul piano dei riconoscimenti di carattere sostantivo: giusto quelli – come pure è noto – maggiormente densi ed espressivi, in prospettiva assiologicamente orientata.

Sui vari modi d'intendere la Costituzione, il dibattito si è, ancora da ultimo, riacceso, per iniziativa di *Quaderni costituzionali*, per effetto della riflessione di R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, nel fasc. 1/2007, 11 ss.; nella stessa *Rivista*, è il mio *Teorie e "usi" della Costituzione*, 3/2007, 519 ss., nonché G. Bognetti, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. Chessa, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, entrambi nel fasc. 1/2008, rispettivamente, 5 ss. e 41 ss.

Nella dottrina anteriore, un chiaro quadro di sintesi può vedersi in A. Spadaro, *Costituzione* (dottrine generali), in *Diz. dir. pubbl.*, II (2006), 1630 ss. e M. Dogliani, *Costituzione* (dottrine generali), in *Il Diritto, Enc. giur. del Sole 24 ore*, IV (2007), 527 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Sulla differenza tra *principi* e *valori* la dottrina è, come si sa, ad oggi non poco divisa, pur orientandosi nella sua gran parte nel senso di riconoscere solo ai primi la qualità di norme (in senso

decisivo rilievo e comporta una svolta epocale nel modo stesso di essere e di operare della Costituzione.

Anche ai tempi dello statuto albertino (e delle altre Carte liberali) poteva dirsi che il vero sovrano era la Costituzione: una scissione tra Costituzione e sovranità è, infatti, una contraddizione in termini, dal momento che, se è vera la seconda, la sovranità appuntandosi in capo ad un certo organo o soggetto politico-istituzionale, non può essere vera la prima, quale fondamento e limite del sovrano<sup>11</sup>, e – naturalmente – viceversa.

Dunque, una *sovranità in senso normativo*, oggettivo, v'era già allora. Le Costituzioni nate a seguito e per effetto della tragedia della secondo conflitto mondiale, perfezionano (ma anche profondamente trasformano) quest'idea: la sovranità – com'è stato fatto notare da una sensibile dottrina<sup>12</sup> – diventa *sovranità dei valori*, acquista cioè un significato non meramente oggettivo ma *assiologico-oggettivo*.

Oggi siamo a questo stadio, con un'ulteriore, non secondaria novità, che è data da quell'infittirsi dei vincoli di solidarietà tra gli Stati in seno alla Comunità internazionale e da quel processo avanzato d'integrazione sovranazionale, cui si è sopra fatto cenno e di cui pure, per altri aspetti, si dirà. Con il che la sovranità dei valori richiede di essere ripensata e diversamente ambientata, in un quadro più ampio, al di là cioè dell'*bortus conclusus* del singolo ordinamento, sì da essere complessivamente rivista sul terreno in cui trovano svolgimento le esperienze delle relazioni interordinamentali e dalla prospettiva a queste maggiormente congeniale.

Siamo, dunque, davanti ad una nuova svolta, della quale per vero fatichiamo a cogliere tutti i profili e le implicazioni, anche a motivo della fluidità delle vicende in corso e delle incertezze che avvolgono i loro possibili esiti. Quel che, nondimeno, è sicuro è che non è più possibile riproporre taluni schemi qualificatori della realtà costituzionale che, ancora fino ad ieri, sembravano indiscutibili.

Dall'esperienza liberale abbiamo ereditato l'idea di un potere costituente onnipotente e, da questa derivata, l'idea di una Costituzione "sacra", perfetta in se stessa, autosufficiente. A tutt'oggi, la dottrina dei limiti alla revisione costitu-

proprio) volte a dar veste giuridica ai secondi, per natura appartenenti al mondo del pregiuridico [indicazioni, di recente, in A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli 2007, spec. 136 ss. e 357 ss., ma *passim*; A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, t. 2 (2008), 198 ss. e G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, spec. 205 ss.].

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Ovviamente, si fa qui riferimento ad un'idea di Costituzione in linea con la sua matrice liberale, senza tuttavia assegnare alla stessa valenza teorico-generale.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> G. SILVESTRI, Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste, Torino 2005.

zionale, nelle sue numerose varianti, si informa a queste idee; ed è interessante notare che anche quanti<sup>13</sup> si dichiarano dell'avviso secondo cui la nozione di potere costituente sarebbe ormai "esaurita", col trionfo dei valori della liberaldemocrazia, testimoniato tra l'altro dal crollo del muro di Berlino e dal disfacimento dei sistemi di organizzazione costituzionale invalsi nell'Est europeo, non solo non contestano i valori suddetti ma, anzi, li... assolutizzano, considerandoli ormai più incontestabili, così perciò ribadendo il carattere perfetto della Costituzione: un modello storicamente affermatosi di Costituzione, quello invalso nel corso dell'esperienza liberale, viene così generalizzato e trasmesso usque ad aeternitatem.

Non importa ora sottolineare l'indebita esasperazione teorica operata da questa ricostruzione, la sua connotazione più ideologica che appunto teorica, il gracile fondamento di cui la stessa appare essere dotata proprio su quel terreno storico-politico su cui vuole essere ambientata e svolta, a fronte dei non pochi, probanti esempi di discontinuità costituzionale offerti da vicende diffuse sotto ogni cielo e per ogni tempo.

Quel che solo importa adesso notare è che gli stessi documenti costituzionali venuti alla luce all'indomani del secondo conflitto bellico e, più ancora, quelli di fresca confezione dimostrano *per tabulas* la fallacia degli schemi che ruotano attorno alla "sacralità-perfezione" della Costituzione. Ciò che poteva andare bene un tempo non basta ad appagare bisogni vieppiù diffusamente ed intensamente avvertiti. La qual cosa si rende evidente sia al piano dell'organizzazione che al piano sostantivo della trama costituzionale; ed è proprio la prospettiva assiologicamente orientata a consentire di mettere adeguatamente a fuoco questa realtà, nella sua complessiva consistenza ed articolazione interna, cogliendone le pieghe più nascoste ed intensamente espressive.

L'apertura al diritto internazionale e sovranazionale è l'indice maggiormente attendibile di questo stato di cose, di una tendenza cioè che appare ormai profondamente radicata, forse davvero irreversibile, e che connota e pervade appunto l'intero ordinamento.

Al piano dell'organizzazione, migliore testimonianza della Comunità/Unione europea non si ha, a riprova della insufficienza dell'apparato statale a soddisfare in modo adeguato taluni interessi che vanno ormai ben oltre i confini dello Stato stesso, intrecciandosi allo stesso tempo in modo inestricabile con interessi nazionali (e, ulteriormente discendendo, con interessi locali).

Al piano dei principi di carattere sostantivo (e, perciò, dei valori, che in quelli nel modo più genuino ed immediato si rispecchiano ed inverano), la fioritura di Carte internazionali dei diritti (e, principalmente, della CEDU), per un verso, e, per un altro verso, il riconoscimento dei diritti stessi in ambito

<sup>13 ...</sup> come M. Doglani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss.

comunitario, grazie all'infaticabile opera costruttiva posta in essere dalla giurisprudenza, ugualmente testimoniano l'insufficienza della tutela offerta in ambito nazionale, per avanzata ed incisiva che oggettivamente sia, specialmente in alcuni ambiti materiali.

Riprendendo la felice immagine della *sovranità dei valori*, può dunque dirsi essere quello presente il tempo di una *sovranità condivisa*: più livelli di sovranità, bisognosi di farsi di continuo rimando a vicenda, sorreggendosi, alimentandosi, rigenerandosi senza sosta proprio grazie a (e per effetto di) questi rimandi, che finiscono col comporsi e rinnovarsi in modo circolare.

Si pensi, solo per un momento, alla dinamica delle c.d. tradizioni costituzionali: quelle "comuni" (che, tuttavia, meglio si farebbe a chiamare... "comunitarie" 14) venendosi a formare per via pretoria, attingendo ai serbatoi costituzionali degli Stati che compongono l'Unione. Allo stesso tempo, poi, in cui le tradizioni nazionali si convertono in "comuni" (nel senso appena detto), sono da queste ultime sollecitate a riconformarsi nella loro stessa struttura e complessiva connotazione, per effetto dell'ingresso in ambito interno delle norme e della giurisprudenza dell'Unione adottate al servizio di tradizioni ormai divenute pleno iure "europee".

Come mi è venuto di dire più volte, sono dunque sollecitati a prendere forma, una forma che è continuamente adeguata ai casi, *processi interpretativi complessi*, caratterizzati da un *orientamento circolarmente conforme*, le tradizioni nazionali e quelle europee volgendosi le une verso le altre, nella non di rado affannosa ricerca delle soluzioni maggiormente adeguate alle pretese crescenti dei casi.

Il punto richiederebbe una messe di precisazioni, che tuttavia – com'è agevole intendere – non possono avere in questa sede i loro opportuni svolgimenti.

Il fenomeno sommariamente illustrato è, ad ogni buon conto, assai indicativo della impossibilità di riproporre, quanto meno nelle loro espressioni di un tempo, gli antichi schemi in fatto di Costituzione e di sovranità. Per ciò che maggiormente preme qui rilevare, è da considerare ormai superata l'antica idea di una sovranità esclusivamente riferita a soggetti politici, in particolare al popolo ed ai suoi rappresentanti. In un contesto caratterizzato da una Costituzione vuota di valori, quest'idea, con le necessarie puntualizzazioni, poteva ancora resistere (ma si è veduto che le stesse Carte liberali obbligavano a ripensare all'idea di sovranità, nelle sue concrete manifestazioni); non lo può invece più in un contesto segnato da una forte apertura all'ordinamento internazionale e ad

<sup>14 ...</sup> secondo quanto si fa notare nel mio Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva della integrazione europea, in Ars interpretandi, 8/2003, 211 ss., nonché in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, VII, 1, Studi dell'anno 2003, Torino 2004, 189 ss. (e 199, per il riferimento testuale).

ordinamenti sovranazionali, nel quale la Costituzione ha ormai perso il monopolio dell'esclusivo riconoscimento dei diritti fondamentali, in una parte cospicua condiviso con altri documenti normativi e, per l'aspetto istituzionale, passato in buona sostanza (e se non pure per intero) nelle mani dei giudici.

Per la verità, il legame tra sovranità e politica si considera talmente forte, inscindibile, che pure quanti mostrano consapevolezza del nuovo stato di cose tendono a qualificare come "politico" (o *anche* "politico") l'operato dei giudici, specie di quelli, come i giudici costituzionali, che presentano forti assonanze col legislatore, ad esempio per ciò che attiene agli effetti dell'attività dall'uno e dall'altro svolta<sup>15</sup>.

Non si discute qui della sensibilità politica dei giudici (specie, appunto, di alcuni) né della loro "forza politica", per riprendere ora una felice immagine di una non dimenticata dottrina<sup>16</sup>. Quel che, ad ogni buon conto, importa è tenere ferma la distinzione tra l'*attività d'indirizzo politico* (in senso ristretto e proprio) e le *attività di garanzia svolte in forme giurisdizionali, pur se idonee a dar luogo ad implicazioni politiche*<sup>17</sup>. Laddove invece questa distinzione dovesse risultare incerta, palesandosi una confusione di ruoli in dispregio dell'indicazione costituzionale, il rischio – come si è venuti dicendo – non sarebbe solo per il mantenimento degli equilibri istituzionali e dell'intero sistema; ancora di più (e più a fondo), sarebbe per la tenuta stessa della Costituzione e della sovranità dei suoi valori.

Il punto è, però, un altro: è – come si diceva – nell'impossibilità di considerare sovranità e politica quali termini costitutivi di un binomio inscindibile.

Quali, allora, le conseguenze di questo stato di cose per una rinnovata teoria delle fonti, assiologicamente orientata e connotata da una crescente integrazione sovranazionale? E quali per ciò che attiene alla ridefinizione dei rapporti tra organi (ed attività) di normazione ed organi (e attività) di giurisdizione, al loro complessivo equilibrio?

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Tralascio, nondimeno, qui di soffermarmi nuovamente, dopo averlo fatto in altri luoghi, sull'indebita assimilazione fatta, al piano della efficacia delle pronunzie di accoglimento, tra abrogazione e annullamento.

Comunemente riconosciuta è, ad ogni buon conto, la natura composita o mista, politica e giurisdizionale assieme, della Corte costituzionale (di recente e per tutti, R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, ora in Id., *Opere*, I, Milano, 2000, spec. 196 ss. e 206 ss., con specifico riguardo alla Corte costituzionale.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> E su questo piano – come si vede – la distinzione tra Parlamento e Governo da un lato, Corte costituzionale (e altri giudici) dall'altro, è, secondo modello, netta; è pure noto, però, che essa tende in molte occasioni a sfumare, laddove cioè il tasso di "politicità" intrinseco nell'attività del giudice si innalzi in modo eccessivo e tenda, dunque, a prevaricare la "giurisdizionalità" dell'organo.

5. Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici, ovverosia conversione della teoria delle fonti in teoria dell'interpretazione, pur in un contesto segnato dal bisogno di un forte recupero della tipicità delle forme, ponendo un argine all'uso indistinto, promiscuo che sempre più di frequente (e pressoché per... sistema) ormai si fa degli strumenti di produzione giuridica

Non si può rispondere alle domande adesso poste se non si sciolgono preliminarmente alcuni nodi che ad oggi avvolgono la teoria delle fonti e ne condizionano il lineare sviluppo lungo il solco tracciato dalla Carta costituzionale. Nodi – come si vede – di ordine metodico, ancora prima (e piuttosto) che teorico-ricostruttivo.

Torna al riguardo in rilievo la questione indicata all'inizio di questa riflessione, con riferimento cioè all'innaturale separatezza che seguita stranamente a farsi tra principi-valori fondamentali e composizione delle fonti in sistema, ovverosia tra teoria della Costituzione e teoria delle fonti.

Se si conviene a riguardo del fatto che il cuore pulsante dell'ordinamento, in ambito nazionale come pure in ambiti a questo trascendenti, è dato dal riconoscimento dei diritti fondamentali (e – non si dimentichi – dei doveri inderogabili, come li chiama la nostra Carta, essi pure fondamentali, siccome costitutivi, allo stesso titolo dei diritti, delle basi portanti dell'ordinamento<sup>18</sup>), non si vede come possa considerarsi ammissibile una ricostruzione dell'ordine delle fonti che faccia a meno del costante riporto delle fonti stesse (*rectius*, come si vedrà, delle *norme*) ai diritti e, in genere, ai principi fondamentali dell'ordinamento.

Questa operazione, tuttavia, non può farsi *in vitro*, ma solo *in vivo*, ragionando appunto non già delle *fonti* (e dei loro rapporti) bensì delle *norme*, per il modo con cui le stesse si riportano ai valori, invocandone la "copertura" per effetto del servizio che dichiarano di apprestare nei riguardi degli stessi.

È chiaro che tutto ciò va verificato; e chi solo può farlo nel migliore dei modi, in considerazione dei casi, sono i giudici. Sta tutta qui la ragione per cui l'essenza della teoria costituzionale può, come vado dicendo da tempo, cogliersi unicamente nel diritto costituzionale vivente, attraverso dunque la necessaria conversione della teoria delle fonti nella teoria dell'interpretazione.

Significa tutto ciò che la forma non serve ormai più a niente? Tutt'altro! È singolare, francamente stupefacente, che mi si addebiti spesso questo pensiero:

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Su ciò, tra gli altri, G. Peces-Barba Martinez, Diritti e doveri fondamentali, in Dig. Disc. Pubbl., V (1990), 139 ss.; A. Spadaro, Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali, in Pol. dir., 1/2006, 167 ss., nonché, volendo, anche il mio Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione (note minime a margine di un convegno), in AA.VV., I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-E. Grosso-J. Luther, Torino 2007, 551 ss.

come se mi facessi portatore dell'idea del caos eretto a... sistema! Di contro, a fronte di sempre più frequenti e cattivi usi degli strumenti di normazione, discosti dalla funzione tipica a ciascuno di essi assegnata, vado predicando da tempo la necessità di un recupero diffuso delle forme, ad ogni piano di esperienza giuridica: primo su tutti a quello su cui dovrebbero mettere (e però non mettono...) piede le pratiche di normazione costituzionale (quanti sono gli ambiti della materia costituzionale che seguitano a restare indebitamente scoperti ovvero coperti solo da leggi comuni, quando non – addirittura – da atti ancora diversi?).

Le forme non sono state storicamente disegnate e costituzionalmente "inventate" per caso; e non si dimentichi che la forma stabilita per le leggi costituzionali è stata considerata la più adeguata, necessaria, a presidio della rigidità (che, poi, essa pure meriti oggi, come anche a mia opinione merita, di essere rivista per il profilo procedimentale è un altro discorso, come si sa molte volte fatto e che però non può ora tornarsi a fare).

Porre un argine all'uso promiscuo degli strumenti di produzione giuridica<sup>19</sup> è un bisogno non più rimandabile, se si ha a cuore il mantenimento dell'ordine interno al sistema e – come si è venuti dicendo – la salvaguardia dell'idea stessa di Costituzione.

Non è qui, dunque, il punto. Piuttosto, fermo questo bisogno, è da chiedersi se la dinamica della normazione possa essere *interamente* ed *esclusivamente* governata dalla forma (ciò che – come qui pure si tenta di mostrare – non sembra) e dove, se non nelle sedi giudiziali, possano apprezzarsene nel modo migliore le più salienti ed espressive movenze.

In un ordinamento che aspiri a trasmettersi fisiologicamente nel tempo, è da presumere che si faccia un uso adeguato, conforme a modello costituzionale, degli strumenti di produzione giuridica, l'ordinamento stesso rinnovandosi nei suoi contenuti contingenti e, allo stesso tempo, mantenendosi sempre identico a sé. La presunzione, tuttavia, richiede costanti verifiche ed ammette perciò la prova del contrario. La qual cosa può farsi unicamente riportando le fonti ai valori: nel passaggio, dunque, dalle *fonti* stesse alle loro *norme*.

La connotazione interordinamentale delle esperienze di normazione complica ulteriormente, vistosamente il quadro e rende incerti, *strutturalmente* incerti, gli esiti degli accertamenti. Cambia (diciamo meglio, si allarga) l'arena, si aggiungono nuovi attori (e qui il riferimento è, in primo luogo, alle Corti sovranazionali), cambiano pure i risultati, ma non appunto lo schema o il modello: che è, come si vede, quello di una ricostruzione (o, per dir meglio, della *ricerca*) del sistema, sistema di *norme* (più che o anzi che di *fonti*), *secondo valore*.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Un uso, come si sa, particolarmente diffuso al piano primario e secondario: leggi di delega innovate con decreti-legge e persino con decreti legislativi, atti regolamentari che prendono il posto di atti primari, atti di cui non si capisce la vera natura, ecc.

6. Il rischio incombente che, in occasione della tutela dei diritti fondamentali a più livelli ordinamentali, si ripropongano vetusti schemi ispirati a gerarchia secondo forma ed insane pretese di primauté di questa o quella Carta e di questa o quella Corte, e il modo migliore per pararlo a mezzo della tecnica dei bilanciamenti secondo i casi e su basi di valore

In un contesto che vede la tutela dei diritti fondamentali distribuita tra più livelli istituzionali, è tuttavia incombente il rischio che tornino, sia pure sotto mutata veste, a riproporsi vetusti schemi ispirati a gerarchia secondo forma, pretese di *primauté* vantate da questa o quella Carta e da questa o quella Corte.

La teoria dei "controlimiti", cui si è dietro accennato, riassume in sé ed emblematicamente esprime quest'idea: per norma, il primato è assegnato all'ordinamento comunitario, la stessa Costituzione trovandosi obbligata a piegarsi davanti a sopravvenienti e con essa incompatibili precetti normativi prodotti dall'Unione; in via eccezionale, però, il primato della Costituzione può farsi valere, laddove siano minacciati i principi fondamentali della Costituzione stessa<sup>20</sup>. Come si vede, una gerarchia che si rovescia su se stessa, in ragione dei contenuti degli atti e del modo con cui essi si riportano ai valori. Una gerarchia che, ad ogni buon conto, *si fa* in ragione delle norme, rendendosi dunque apprezzabile nel diritto vivente, per mano dei giudici appunto.

Non sto ora ad esprimere alcun giudizio né sulle ragioni che hanno portato all'invenzione della teoria in parola né sul modo con cui essa si è fin qui affermata<sup>21</sup>. M'importa solo rilevare la inconsistenza del fondamento della teoria stessa, che assume di poter fare graduatorie tra i diritti, tra le Corti, gli ordinamenti.

Si è soliti dire che, *dal punto di vista del singolo ordinamento*, la graduatoria può (e deve) farsi. Nessuno però può affermare che sia sbagliato il punto di vista della Corte di Lussemburgo muovendo dal punto di vista dell'ordinamento interno; e così pure, ovviamente, a parti invertite: che sbagli cioè la nostra Corte, dal punto di vista dell'ordinamento comunitario.

Il ragionamento sarebbe, infatti, viziato in partenza, la qualificazione richiedendo di essere data (e verificata) restando *all'interno dell'ordinamento di appartenenza*. Ed è proprio facendo riferimento al nostro che a me pare che

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Una descrizione di siffatte movenze può, ancora di recente, vedersi in A. Randazzo, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in www.forumcostituzionale.it; A. Селотто, Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona, in Id., Scritti sul processo costituente europeo, Napoli, 2009, 77 ss. e G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009, spec. 171 ss.

Non casuale è, di certo, la circostanza che non sia ad oggi mai stata fatta valere dalla nostra Corte costituzionale, mentre è stata evocata in campo una sola volta dal Consiglio di Stato, in un caso avutosi nel 2005 che ha fatto molto discutere.

nessuna sistemazione possa darsi alle fonti dei due ordinamenti, ispirata a gerarchia ovvero a separazione delle competenze (le due coordinate su cui, come si sa, si è soliti inquadrare le relazioni tra atti o fatti di normazione). Non può darsi alcun ordine tra le *fonti*, bensì solo tra le *norme*, e non può darsi *per sistema* (e, dunque, *secondo forma*), ma può (e deve) essere dato in ragione dei casi, per effetto cioè di operazioni di bilanciamento che, come sempre, solo in concreto possono in modo congruo farsi.

Se si conviene a riguardo del fatto che le norme dell'Unione godono di copertura nel principio fondamentale della pace e della giustizia tra le Nazioni, non si vede come si possa pretendere che esse siano obbligate ad arrestarsi davanti a principi *ugualmente* fondamentali<sup>22</sup>. Certo, la copertura dalle norme stesse vantate non può neppure tradursi in un via libera incondizionato loro concesso a spiegare effetti in ambito interno, quale che sia il loro contenuto e quali che siano le norme da esse urtate. Tornerebbe altrimenti a riprodursi (stavolta a loro beneficio) quell'ordinazione gerarchica che si è veduto essere in via di principio improponibile.

Nessuna ordinazione gerarchica può, *in astratto* e *per sistema*, aversi tra principi ugualmente fondamentali ma solo una composizione varia a seconda dei casi.

Con l'avvento di una Costituzione europea (in senso proprio), ad integrazione ulteriormente avanzata (se non pure definitivamente matura), nessuno schema è, a mia opinione, proponibile che veda una Costituzione, europea o nazionale che sia, subordinata all'altra. Il primato gli ordinamenti devono piuttosto conquistarselo sul campo, attraverso le norme via via prodotte al servizio dei diritti (e, in genere, dei principi fondamentali); ed è un primato – piace qui nuovamente dire – *culturale*, prima (o piuttosto) che *positivo*. Nel circolo interpretativo, ciascuna Carta dà, infatti, ciò che ha; ed il modo migliore per risolvere i conflitti è proprio quello di prevenirli, attingendo a tutte le risorse di cui gli operatori dispongono, prima d'ogni altra l'interpretazione conforme<sup>23</sup>,

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Il punto è stato da me toccato più volte: ancora da ultimo, in *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, in *www.forumcostituzionale.it*, par. 5. *Ivi*, si fa inoltre presente che la stessa giurisprudenza comunitaria sembra talora disporsi in un ordine di idee favorevole ad applicazioni "temperate" del principio del primato (su ciò, ora, la puntuale ricostruzione di O. POLLICINO, Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali, in corso di stampa in *Riv. Un. Eur.*).

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Molto discussa, come si sa, in generale la tecnica interpretativa in parola che, nondimeno, proprio sul terreno dei rapporti interordinamentali dà luogo a delicate e ad oggi controverse questioni (indicazioni, di recente, in G. Sorrenti, L'interpretazione conforme a Costituzione, Milano, 2006; M. Luciani, Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a", in www.federalismi.it, 16/2007; M. Ruotolo, L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella Rivista "Giurisprudenza costituzionale, in AA.VV., Corte costituzionale e processo costi-

che – come si è sopra accennato – è qui interpretazione *doppiamente* o *circolarmente* conforme: le tradizioni nazionali traendo alimento e rigenerandosi nella loro stessa struttura alla luce delle tradizioni "comuni", e queste continuamente attingendo a quelle.

Lo schema – come si vede – non è quello della *gerarchia* né l'altro della *separazione* ma quello della *integrazione*, un'integrazione che prende forma e si rende visibile per il tramite del diritto costituzionale vivente: un diritto – mi è venuto di dire in altre occasioni<sup>24</sup> –, in realtà, "*intercostituzionale*", siccome segnato da relazioni strutturalmente fluide, mobili, tra le Costituzioni (*materialmente* intese) e fondato su ciò che ha storicamente rappresentato l'essenza delle Costituzioni stesse, nella loro tradizione liberale, i diritti fondamentali.

Ecco perché lo schema sopra succintamente descritto può considerarsi valevole già oggi che una Costituzione europea (in senso documentale) non si ha, i diritti fondamentali trovando riconoscimento e tutela nella giurisprudenza; e può considerarsi valevole con riguardo altresì ad ogni Carta internazionale dei diritti (e, segnatamente, alla CEDU), di cui sia cioè provata la "copertura" da parte dell'art. 2, nel suo fare sistema con gli artt. 10 e 11<sup>25</sup>.

Acquista così senso, un senso concreto che sempre si rinnova e sempre però rimane fedele a se stesso, la formula che vuole l'Europa "unita nella diversità" 26.

tuzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario, a cura di A. Pace, Milano, 2006, 903 ss. e, dello stesso, Alcuni eccessi nell'uso della "interpretazione conforme a...", in Giur. cost., 2/2007, 1206 ss.; R. Romboll, Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge, in www.associazionedeicostituzionalisti.it e, dello stesso, La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente, cit.; M. Bignami, Il doppio volto dell'interpretazione adeguatrice, in www.forumcostituzionale.it; V. Sciarabba, L'"interpretazione conforme" tra sindacato diffuso (su "norme") e ipotesi di "graduazione della costituzionalità": spunti di riflessione, in AA.VV., I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale, a cura di E. Bindi-M. Perini-A. Pisaneschi, Torino 2008, 481 ss. Da ultimo, i contributi al convegno del Gruppo di Pisa su Interpretazione conforme e tecniche argomentative, Milano 6 e 7 giugno 2008, i cui Atti sono in corso di stampa per i tipi della Giappichelli.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Se ne tratta nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale*", in *Dir. pubbl. comp. ed eur., 2/* 2001, 544 ss. In un non dissimile ordine di idee, ora, L. D'Andrea, *Diritto costituzionale e processi interculturali,* in corso di stampa negli *Scritti in onore di A. Metro*, che preferisce discorrere di un "costituzionalismo interlivello".

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Non si trascuri, poi, che alcuni diritti enunciati in seno alla Comunità internazionale possono, in realtà, vantare fondamento consuetudinario, risultando pertanto protetti dal I c. dell'art. 10, oltre che dagli artt. 2 e 11 (diverso, inspiegabilmente restrittivo, appare però essere l'indirizzo fatto proprio dalla Corte costituzionale con le famose sentt. nn. 348 e 349 del 2007, con le quali si è, ancora una volta, circoscritta ai soli trattati comunitari la copertura dell'art. 11).

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Su tale motto, per tutti, M. Cartabia, *"Unita nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in AA.VV., *Una Costituzione per l'Unione europea*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino 2006, 185 ss.

Unita (o, meglio, integrata) nei (e dai) valori, diversificata poi nelle forme con cui, a ciascun livello istituzionale, si cerca di offrire tutela ai valori stessi: diversificata, dunque, nelle norme e nei meccanismi di garanzia.

Diversamente da quanti nutrono serie riserve e preoccupazioni circa la sorte dei *nostri* principi fondamentali, della *nostra* identità nazionale o costituzionale, per effetto dell'avanzata incalzante del processo d'integrazione, io credo che una sana competizione tra le forme di riconoscimento e di tutela non possa che giovare ai diritti ed ai principi in genere. Tutto ciò, beninteso, a condizione che si faccia un uso corretto ed equilibrato (*ragionevole*, insomma) degli strumenti da parte di chi è preposto alla loro attivazione. Ma questo è un altro discorso, che rimanda ai meccanismi per come in atto strutturati e per come potrebbero esserlo in un non lontano futuro, non ai modi con cui si compongono le Costituzioni, gli ordinamenti, le norme.

7. Lo Stato costituzionale come Stato giurisdizionale? – La complessità del rapporto tra normazione e giurisdizione, con specifico riguardo al riconoscimento di nuovi diritti, e la necessità di assicurare un soddisfacente equilibrio tra di esse, attraverso un'adeguata disciplina costituzionale dei diritti stessi

Riguardate le esperienze cui si è appena fatto cenno al piano delle relazioni istituzionali e degli equilibri che in esso si instaurano e rimettono continuamente a punto, significa tutto ciò che lo Stato costituzionale è, *in nuce*, uno Stato giurisdizionale e che parimenti giurisdizionale è l'ordine "intercostituzionale" in formazione?

Da parte di molti e con vari argomenti, come si sa, si risponde affermativamente al quesito ora posto. E, tuttavia, il quadro appare essere assai più articolato e sfumato di come sia, con indebita sottolineatura di questo o quello dei suoi tratti maggiormente espressivi, talora raffigurato.

Se non pure in via generale, sullo specifico terreno della tutela dei diritti fondamentali la sottolineatura del ruolo dei giudici appare, con le dovute precisazioni, innegabile ed è, anzi, destinata ad essere ancora di più messa in evidenza con l'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale.

Molti i fattori che depongono in tal senso.

In primo luogo, va rilevato che gli enunciati costituzionali nei quali è fatto riconoscimento dei diritti fondamentali sono, per loro strutturale modo di essere, estremamente contenuti e, alle volte, anzi del tutto assenti. Diciamo che somigliano alla punta di un *iceberg*, la montagna sommersa essendo quindi costituita da pratiche (normative e, soprattutto, giurisprudenziali) venutesi col tempo a formare, a più livelli e, per uno stesso livello, in più sedi istituzionali.

Il rapporto tra razionalizzazione costituzionale ed evoluzione giurisprudenziale è complesso, connotato da forti oscillazioni, comunque vario da luogo a luogo e nel tempo. Qui pure, nondimeno, lo schema della circolarità ha diffuso riscontro. Alle volte la giurisprudenza precede la positivizzazione, altre volte la segue, specifica e completa. Un rapporto – come si vede – mai unilaterale, parassitario, che viene a svolgersi in molteplici circuiti, peraltro come gli anelli di una catena fra di loro intrecciati, molteplici e rilevanti essendo le suggestioni che si intrattengono tra normazione e giurisdizione di questo o quell'ordinamento.

È difficile stabilire con esattezza dove ha inizio la spinta che mette quindi in moto l'intero meccanismo e che porta all'esito dell'affermazione di un nuovo diritto ovvero alla rigenerazione semantica di uno vecchio. Se si eccettuano i casi, ad oggi purtroppo non frequenti, in cui espressamente le giurisprudenze si fanno a vicenda richiamo ovvero fanno richiamo a materiali normativi di ordinamenti diversi da quelli di appartenenza, rinvenire talune ascendenze culturali di un indirizzo adottato a salvaguardia di un diritto non è sempre agevole e sicuro, proprio a motivo di quei mutui condizionamenti tra normazione e giurisdizione, di cui un momento fa si diceva.

È poi chiaro che, con specifico riguardo ai c.d. nuovi diritti, la mancanza di una tradizione costituzionale alle spalle gioca naturalmente a far pendere l'ago della bilancia più dalla parte della giurisdizione che della normazione. Quest'ultima, insomma, segue la prima, pur quando da essa in modo significativo si discosta; alle volte, anzi, come pure si diceva, si rimette per intero ad essa, incapace di far luogo a sintesi espressive complessivamente appaganti e largamente condivise.

Si rammenti, ad es., quanto è da noi avvenuto in materia di testamento biologico. Se non vi fosse stata la pressione mediatica generata dal caso Englaro, con ogni probabilità la macchina legislativa non si sarebbe messa in moto, così come è stato per anni, malgrado le ripetute sollecitazioni in tal senso venute da una sensibile dottrina. In ogni caso, la strada intrapresa è pur sempre quella, già molte volte battuta, nel segno di una sostanziale decostituzionalizzazione della materia costituzionale, rimessa in ordine alla sua disciplina direttamente ed esclusivamente alla legge comune, quando non – come si diceva – alla "regolazione" caso per caso da parte dei giudici. Ed è francamente singolare, persino paradossale (tale, perlomeno ai miei occhi appare) che la Costituzione si trovi costretta a non poter far sentire la propria voce su questioni cruciali riguardanti l'essenza stessa dell'uomo, la sua autodeterminazione, la sua dignità, la vita.

Non insisto oltre sul punto, per bisognoso che sia del necessario approfondimento. Mi limito solo ad osservare che le Carte, come la nostra, che *ratione temporis* accusano un certo ritardo culturale in rapporto ad esigenze elementari dell'uomo venute alla luce negli anni a noi più vicini (specie a quelle strettamente legate allo sviluppo scientifico e tecnologico), rischiano di non poter

governare certi processi in corso di svolgimento in seno alla società e nel tessuto normativo, sol perché non aggiornate<sup>27</sup>.

Se poi si dovesse dire, come molti vanno da tempo dicendo, che non v'è alcuna necessità di un siffatto aggiornamento, che cioè di già il dettato originario, a motivo della trama strutturale larga degli enunciati che lo compongono, è in grado di offrire accoglienza a tali bisogni, ed allora – al di là di ogni riserva nei riguardi di siffatte prese di posizione, volte a far dilatare in modo abnorme la portata del testo costituzionale vigente – ecco che il rischio di un complessivo squilibrio istituzionale appare davvero incombente, consegnandosi in buona sostanza pressoché per intero nelle mani dei pratici (e, segnatamente, dei giudici) le chiavi che aprono le porte all'ingresso di nuovi diritti.

Ci si intenda. Sono ormai persuaso da tempo (e vado, anzi, sempre di più radicandomi in questo mio convincimento) che la Costituzione – piace a me dire – non sia *né tutto né niente*, e che dunque appaiano parziali e deformanti tanto le sue rappresentazioni volte ad enfatizzarne la forza, la capacità di pervasione e qualificazione dell'esperienza giuridica, quanto, all'opposto, le rappresentazioni che ne offuscano complessivamente il senso, l'attitudine a rigenerarsi da se medesima (e nella propria struttura), sì da far fronte ad esigenze impellenti, sconosciute al tempo del varo del documento costituzionale.

Si tratta, tuttavia, di preservare l'equilibrio, vitale per la tenuta del sistema e della stessa Costituzione, tra normazione e giurisdizione, in primo luogo tra normazione costituzionale e giurisdizione parimenti costituzionale. Ecco perché, in presenza di bisogni dell'uomo diffusamente e profondamente avvertiti, la legislazione costituzionale deve fare – a me pare – tutta quanta la propria parte, non abdicando a favore di strumenti di normazione inadeguati, quali sono quelli utilizzati dalla maggioranza di turno<sup>28</sup>, o – peggio ancora – *direttamente* ed *esclusivamente* a favore di oscillanti e non di rado internamente discordanti orientamenti giurisprudenziali.

La giurisprudenza, specie in contesti quale il nostro che non conoscono il vincolo del precedente, è per sua natura caratterizzata da fluidità e varietà di movenze<sup>29</sup>. La normazione, a partire appunto da quella costituzionale, può (e

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Di tutto ciò si discorre nel mio *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> È ovvio che il ragionamento fatto nel testo tiene alla sola condizione che si ritenga finalmente precluso di riscrivere il dettato costituzionale a colpi di maggioranza; e, poiché le dichiarazioni di buoni propositi da parte delle forze politiche lasciano il tempo che trovano, ecco che urgente – come si faceva sopra di sfuggita notare – appare il bisogno di riscrivere le regole dell'art. 138, rimuovendo il canone della maggioranza assoluta ed obbligando pertanto le forze suddette ad incontrarsi in occasione del varo delle leggi costituzionali.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> La fedeltà al precedente si pone, nondimeno, in termini diversi per i giudici comuni e il giudice costituzionale, proprio a motivo del fatto della *unicità* di quest'ultimo e della inimpugnabilità-irreversibilità delle sue decisioni: connotati, questi, che rendono vieppiù impellente l'obbligo del

deve) fissare la cornice ovvero tracciare il solco entro cui gli indirizzi giurisprudenziali hanno quindi modo di affermarsi e svolgersi.

La decostituzionalizzazione della Costituzione, poi, può avere, così come da noi ha, un altro volto, alle difficoltà incontrate dalla legislazione costituzionale ad appropriarsi dei campi suoi propri e a darne la prima, essenziale disciplina (una disciplina, ovviamente, non minuta, ma solo *per principia*) facendo da *pendant* una crescente estensione delle discipline positive e (soprattutto) degli interventi giurisprudenziali in ambito internazionale e sovranazionale.

Il rischio, in tal modo, che la Costituzione, proprio perché non aggiornata a mezzo delle procedure dell'art. 138, venga di fatto soppiantata da documenti e atti in genere di altra natura e fattura è incombente e, per strano che possa sembrare, stranamente non avvertito anche dalla più sensibile dottrina. Non si tratta, ovviamente, di rivendicare un patriottismo costituzionale che – come si è venuti dicendo – ha ormai fatto il suo tempo e che sarebbe, dunque, del tutto fuor di luogo, peraltro dalla stessa Carta ripudiato, col rilievo dalla stessa riconosciuto a beneficio del diritto di origine esterna in ogni sua espressione (dunque, anche ed in primo luogo in quelle relative ai diritti); si tratta, piuttosto, di recuperare alla Carta il posto che le spetta e che è giusto che stabilmente detenga, pure in un ordine "intercostituzionale" quale quello in via di definizione e perfezionamento, di consentirle insomma di tenere il passo con documenti più recenti ed avanzati, nei quali si rinvengono espliciti e puntuali riferimenti ai nuovi diritti, nonché aggiornate previsioni relative ai vecchi.

8. (Segue) Alla ricerca dell'equilibrio complessivo del sistema, tra normazione e giurisdizione: la centralità del ruolo assegnato ai giudici, costituzionali e non, nei processi volti alla salvaguardia dei diritti

Altri fattori ancora concorrono, poi, a dare evidenza al ruolo degli operatori di giustizia e, nuovamente, si fa per essi pressante il bisogno di preservare il complessivo equilibrio istituzionale: allo stesso tempo in cui si ha consapevolezza dell'importanza di tale ruolo, si deve infatti, in pari misura, valorizzare e promuovere quello degli organi della normazione, ad ogni livello o piano di esperienza.

Mi limito, come di consueto, a fermare l'attenzione unicamente sui fenome-

giudice stesso di essere coerente con se stesso in presenza di circostanze oggettive, sia normative che fattuali, immutate (su siffatti caratteri della giustizia costituzionale e sulle loro possibili implicazioni di ordine sistematico, v., nuovamente, il mio *Alla ricerca del "diritto processuale costituzionale"*, cit., spec. parr. 4 ss. Quanto, poi, al valore del precedente nelle esperienze di giustizia costituzionale, v., ora, AA.VV., *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Padova 2008).

ni di maggiore spessore ed evidenza, elencandoli senza alcun ordine di priorità e corredando la loro descrizione con un sommario commento.

In primo luogo, è da rammentare l'accresciuta sensibilità col tempo maturata per talune posizioni soggettive, specie per quelle ancora indefinite o inadeguatamente definite al piano normativo, che proprio nelle aule giudiziarie ha avuto (ed ha) le sue più salienti e multiformi rappresentazioni, laddove cioè più forte si fa la pressione dei casi della vita ed un'umanità spesso dolente, sconfitta, indignata rivolge la sua domanda di giustizia ai giudici<sup>30</sup>. A ciò corrisponde – e vengo così al secondo fattore, al primo strettamente legato – una sempre più vistosa difficoltà degli organi della direzione politica a far fronte in modo tempestivo e complessivamente appagante ad una domanda di regolazione sociale imponente, internamente assai varia ed articolata, connotata da forti contraddizioni e vere e proprie lacerazioni (come, ancora una volta, è emblematicamente testimoniato dal già richiamato caso Englaro).

Non intendo ora coprire carenze strutturali del sistema politico-istituzionale, che anzi per la mia parte considero conveniente siano messe a nudo; tuttavia, a parziale discolpa dei responsabili di siffatte carenze, va addotto il dato per cui la regolazione astratta, ad opera del legislatore (costituzionale od ordinario che sia), va incontro a limiti suoi propri, nel mentre la complessità degli interessi in campo sempre di più sollecita l'adozione di misure mirate, a beneficio dei diritti, congrue in relazione alle esigenze del singolo caso.

Anche qui, nuovamente, è un fatto di misura. La tesi di fondo, in questo scritto patrocinata, è – come si viene dicendo – nel senso del necessario mantenimento dell'equilibrio complessivo del sistema, che richiede forme molteplici di intervento, da parte sia della normazione che della giurisdizione: dell'una, attraverso soluzioni quanto più è possibile duttili, idonee a distendersi ad ogni livello istituzionale e sopra ogni campo materiale di esperienza attraversato dai diritti; dell'altra, chiamata quindi ad adattare al caso la norma, anzi il complesso di materiali normativi rinvenibile in questo o quel "luogo" dell'ordine "intercostituzionale", in tal modo ridefinendo e rimettendo incessantemente a punto l'ordine giusto delle norme, *secondo valore*.

Il punto è che lo squilibrio è sempre dietro l'angolo, per la elementare ragione che gli atti di normazione arrivano tardi e, quando pure arrivano, sono non di rado mal fatti, obbligando pertanto gli organi di giustizia ad un innaturale ruolo di supplenza ("non richiesto e non gradito", come ha tenuto a precisare la nostra Corte) ovvero ad una faticosa e paziente opera di ricucitura interna di un tessuto legislativo in qualche caso a brandelli.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Sulle *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, v., con questo titolo, un volume contenente scritti di più autori, edito dalla Giuffrè (Milano 2004).

Occorre una vera e propria rivoluzione culturale, uno svecchiamento profondo, per ciò che concerne metodi e pratiche di normazione: legiferando solo laddove non se ne può davvero fare a meno (e, in fatto di tutela dei diritti fondamentali, non se ne può fare a meno) e, soprattutto, legiferando bene, avvalendosi cioè di tecniche di *drafting* adeguate alle minacce formidabili che da più parti vengono ai diritti.

Scienza e tecnologia offrono risorse un tempo inimmaginabili a beneficio dei diritti ma allo stesso tempo possono – come si sa – recare offese imparabili, letali, agli stessi<sup>31</sup>. Normazione e giurisdizione, ciascuna per la propria parte, devono pertanto avvalersi della scienza e della tecnologia, volgendole al servizio dei diritti.

Sotto l'aspetto ora indicato, la pur innegabile sensibilità costituzionale, ormai largamente diffusa, che in particolar modo caratterizza l'operato dei giudici non basta, laddove non risulti sorretta da strumenti adeguati a porre un argine all'attività degli stessi garanti delle regole, oltre che a dotarli di ulteriori risorse a vantaggio dei diritti.

Nessuno ormai più contesta che la Costituzione sia anche una legge, la legge fondamentale della Repubblica: come tale, suscettibile di essere portata, laddove le condizioni lo richiedano, ad applicazione diretta. Ugualmente incontestabili sono, però, i rischi che a siffatta operazione sempre si accompagnano, primo su tutti quello della manipolazione del parametro<sup>32</sup>, che porta a fargli dire più di quanto, pur con ogni sforzo proteso a valorizzarne la trama linguistica, oggettivamente dica ovvero a fargli dire cosa diversa da quella desumibile dal testo, facendo un uso corretto degli strumenti ermeneutici<sup>33</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Il punto è rilevato da una letteratura ormai imponente (riferimenti, per tutti, in AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino 2005; AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Napoli 2008; gli interventi al *forum* su *BioDiritto*, svoltosi a Trento il 28 e 29 maggio 2008, consultabili al sito *www.jus.unitn.it/dsg/convegni/2008/forum\_biodiritto/papers.btml* e, da ultimo, G. D'Amco, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina 2008).

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Indicazioni possono aversi da molti degli interventi su *Il parametro nel giudizio di costitu-zionalità*, a cura di G. Pitruzzella-F. Teresi-G. Verde, Torino 2000.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Ancora di recente, un vigoroso appello a tornare alle ragioni del testo è venuto da più parti, ad opera di una sensibile dottrina (tra gli altri, M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino 2007, 41 ss. e, pure *ivi*, A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, 83 ss.).

Si faccia poi caso al fatto che la stessa teoria usualmente contrapposta, per indirizzo metodico, a quella di cui si fanno portatori A. Pace (e altri), rappresentata in modo particolare da F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, nel vol. coll. sopra cit., 51 ss. (e, dello stesso, ora, in termini generali, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009), ugualmente in modo esplicito si dichiara favorevole ad una "rivalutazione dei vincoli testuali" (questo il titolo di un paragrafo della prima delle opere ora richiamata di F. Modugno, 75 ss.).

Non ci si può nascondere che in questo vizio di ricostruzione del significato della Carta frequentemente incorrano anche i giudici costituzionali, cui nondimeno compete l'interpretazione – diciamo così – privilegiata, certo non la sola, del dettato della Carta; e si tratta, allora, di tornare a chiedersi a cosa fare appello a presidio della Carta stessa, in presenza di sue non lievi, ancorché abilmente mascherate, torsioni per mano degli stessi massimi garanti della legalità costituzionale.

La sensibilità costituzionale, insomma, è un'arma a doppio taglio; l'applicazione, diretta o indiretta che sia, della Costituzione quale "legge", allo stesso tempo, una necessità ed un pericolo.

Dalla prospettiva da cui si torna ora a riguardare a queste note esperienze, ancora una volta il "dialogo" con le Corti sovranazionali si offre quale garanzia supplementare, forse davvero decisiva, al fine della stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali, al di là delle barriere nazionali e delle specificità di disposto esibite dalle singole Carte costituzionali<sup>34</sup>.

Certo, anche qui si annida, micidiale, il rischio di una indistinta, artificiosa uniformità e, perciò, di quella torsione del testo costituzionale, di cui un momento fa si diceva. Ma è un rischio che dobbiamo correre e che, ad ogni buon conto, è ampiamente compensato dai non pochi vantaggi, alcuni dei quali sono già stati sopra descritti, che possono aversi proprio grazie ad un uso accorto, equilibrato, del "dialogo" suddetto. E, d'altro canto, chi meglio dei giudici può, a conti fatti, parare il rischio suddetto? "Dialogo" non è certo supina ed acritica accettazione delle ragioni dell'altro!

Sta di fatto che gli operatori di giustizia, pur attivando meccanismi allo scopo di farsi valere l'uno nei confronti dell'altro (o degli altri), concorrono ad

Da ciò che si dice nel testo, come si vede, la mia posizione sul punto non diverge da quella di questi studiosi (neppure dai primi), se non su un punto di cruciale rilievo; ed è nella possibilità (anzi, nella doverosità) di conciliare *testo* e *valori*, vale a dire di far luogo ad una ricostruzione dell'uno costantemente e fermamente orientata verso gli altri. I valori, poi, pur appartenendo al mondo del pregiuridico, acquistano uno speciale rilievo in occasione della individuazione e dell'interpretazione dei principi fondamentali, percepibili nella loro essenza solo a condizione che non si perda mai di vista in nome di quali valori (o ideali) è stata combattuta la battaglia per l'edificazione del nuovo ordine costituzionale (su ciò, maggiori ragguagli possono aversi dal mio *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 4/2006, 531 ss.).

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Del "dialogo" tra le Corti si discute, come si sa, molto e variamente: indicazioni possono, di recente, aversi da P. Perlingieri, Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale, Quad. della Rass. dir. pubbl. eur., Napoli 2008; F. Fontanelli-G. Martinico, Alla ricerca della coerenza: le tecniche del "dialogo nascosto" fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello, in Riv. trim. dir. pubbl., 2/2008, 351 ss.; M. Bignami, L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali, in Giur. cost., 1/2008, 595 ss.; O. Pollicino, New Emerging Judicial Dynamics of the Relationship Between National and the European Courts after the Enlargement of Europe, in corso di stampa in Yearbook of European Law; G. Martinico, L'integrazione silente, cit.; V. Sciarabba, Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali, Padova 2008.

ogni modo al risultato di rafforzare il "sistema" al quale appartengono, a discapito di altre sedi di apparato ugualmente chiamate a svolgere un ruolo di prima grandezza al servizio dei diritti.

Si pensi, per fare solo uno tra i molti esempi che potrebbero al riguardo essere addotti, all'istituto del rinvio pregiudiziale, che – come si sa – si presta ad usi continui ed incisivi a tutela dei diritti ed a favore dell'integrazione sovranazionale. Ebbene, la circostanza per cui da ultimo anche la nostra Corte costituzionale, sulla scia di altre Corti e dietro sollecitazione pressante di numerosa e sensibile dottrina, si è riconosciuta competente a rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>35</sup> accresce ulteriormente le opportunità offerte ai diritti e, dunque, per la sua parte rimarca ulteriormente il ruolo del "sistemagiustizia" a salvaguardia dei diritti stessi.

In generale, una speciale sottolineatura va fatta ai bilanciamenti tra beni o interessi di rilievo costituzionale operati dalle Corti sovranazionali e dalla Corte costituzionale, per il modo con cui in essi può darsi tutela ai diritti. Sono bilanciamenti che stanno, in qualche modo, a mezza via tra quelli fatti dal legislatore e gli altri fatti dai giudici comuni. Gli uni, fatti dal legislatore, a qualunque livello istituzionale, grado e forma, presentano infatti carattere inevitabilmente *astratto*, siccome fissati in *disposizioni*; gli altri, ad opera dei giudici comuni, sono *concreti* e *particolari*, con effetti circoscritti al caso ed alle parti; infine, i bilanciamenti fatti dai giudici costituzionali e sovranazionali (essi pure ormai "costituzionali" in senso materiale<sup>36</sup>) sono, allo stesso tempo, *concreti* e *generali*, manifestando la congenita vocazione a proiettarsi oltre il caso, ad "*universalizzarst*" insomma. Ed è proprio in virtù di questo loro carattere, nonché dei rapporti che i giudici costituzionali e sovranazionali intrattengono con gli altri operatori di giustizia, che viene naturalmente ad emergere la centralità di ruolo della giurisdizione, quale sede elettiva per una efficace salvaguardia dei diritti.

9. La giurisdizione costituzionale come punto di chiusura e presidio del carattere parimenti costituzionale dell'ordinamento

Ed allora, concludendo, lo Stato costituzionale è Stato giurisdizionale, sì o no? No e sì, allo stesso tempo.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Il riferimento è, ovviamente, a Corte cost. nn. 102 e 103 del 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Con specifico riguardo al giudice comunitario, indicazioni circa la sua natura "costituzionale" possono aversi da R. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova 2004, 59 ss., nonché, ora, da P. Costanzo, *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea*, in P. Costanzo-L. Mezzetti-A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino 2008, 309 ss.

No, sol che si consideri che uno Stato costituzionale che non dia il giusto, centrale risalto agli organi provvisti di legittimazione popolare e preposti alla direzione politica ed alla produzione giuridica non avrebbe alcun senso, quanto meno non ne avrebbe uno coerente con la matrice d'ispirazione liberale, che ha nel valore democratico il punto fermo da cui stabilmente si tiene. Non a caso, dunque, la nostra Carta si apre col riferimento alla democrazia come connotato fondante la Repubblica. Ma la Repubblica stessa è fatta da (e si riconosce in) un fascio di valori, in aggiunta a quello democratico, che, in tanto possono essere preservati e trasmessi alle generazioni che verranno, in quanto l'ordinamento disponga delle risorse adeguate al loro inveramento nell'esperienza ed alla loro salvaguardia nei modi ottimali in ragione del contesto. Ciò che può aversi alla sola condizione che la libera e sempre da se medesima rinnovata dialettica tra le forze politico-sociali, come pure il confronto tra le istituzioni, abbia poi un luogo di confluenza e di ordine, un punto di chiusura, in cui le varie (e, se del caso, discordanti) interpretazioni-applicazioni della Costituzione ricevano la loro finale fissazione, la loro quiete. E questo punto – com'è ormai chiaro – è dato dalle decisioni inimpugnabili, cioè irreversibili, della Corte costituzionale.

L'ordinamento non potrebbe essere propriamente "costituzionale" se il punto di chiusura non fosse giurisdizionale<sup>37</sup>. Perché solo la giurisdizione, la giurisdizione costituzionale appunto, può esprimere, con le forme e le garanzie processuali che ne assistono lo svolgimento, "verità" accettabili di diritto costituzionale. Se l'organo di chiusura fosse, invece, politico (o, meglio, d'indirizzo politico), l'ordinamento potrebbe, sì, considerarsi democratico (nel presupposto che tale organo fosse provvisto di una legittimazione popolare non fittizia), non pure però – come si viene dicendo – "costituzionale" a tutto tondo.

La circostanza, poi, che le stesse pronunzie della Corte costituzionale possano trovarsi soggette a ricorso davanti alle Corti sovranazionali<sup>38</sup> o, come che sia, obbligate a confrontarsi con gli indirizzi da queste ultime manifestati non costituisce una smentita di quanto si viene ora dicendo bensì un'ulteriore conferma e un significativo rafforzamento della "costituzionalità" dell'ordinamento. Nello scenario di quell'ordine "intercostituzionale", di cui si è qui venuti dicendo, le Corti hanno bisogno di sorreggersi a vicenda; e ciò possono fare nel migliore dei modi in quanto riescano ad alimentarsi l'una dall'altra e tutte assieme a rigenerarsi senza sosta all'insegna di valori omnicondivisi, attorno ai quali si tesse la tela di un'identità, europea o nazionale che sia, mai definitivamente

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> È stato fatto acutamente notare (L. D'Andrea, *La natura giurisdizionale della Corte costituzionale tra rappresentanza politica ed esigenza di chiusura del sistema*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune*, cit., 323) che la Corte può dare, ed effettivamente dà, certezze di diritto costituzionale *proprio perché giudice*.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Ciò che è, per vero, discutibile: v., quanto se ne dice nel mio *Alla ricerca dell'identità del* "diritto processuale costituzionale", cit., par. 5.

raggiunta, bisognosa di essere costruita giorno dopo giorno e, giorno dopo giorno, in ogni modo preservata e trasmessa.

Tenendo costantemente fisso lo sguardo sugli enunciati espressivi di valore in grado eminente, quelli appunto relativi ai diritti fondamentali, per un verso, si definisce e senza sosta ricompone il "sistema delle norme", dando la priorità a quelle maggiormente idonee ad appagare le pretese crescenti di affermazione dei diritti, e, per un altro verso, si ha modo di conseguire il giusto equilibrio tra le istituzioni, siano esse preposte alla normazione che alla giurisdizione (ad ogni livello e piano di esperienza), tutte chiamate, nella specificità del ruolo e delle responsabilità di ciascuna, a prestare i loro servizi ai diritti stessi. Solo così, come si è venuti dicendo, ha senso ragionare della Costituzione e dello Stato costituzionale, anche e soprattutto nella prospettiva della costruzione di un ordine "intercostituzionale"; altrimenti, rischiamo di coltivare illusioni, tanto più cocenti al momento in cui dovessimo aprire gli occhi e scoprire che la realtà è diversa da quella che abbiamo sognato.

# Dalla Filippica di Einaudi alla riforma Gelmini: il punto dopo mezzo secolo di discussioni sul valore legale dei titoli di studio

#### di Fabio Saitta

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il quadro normativo. - 3. Pro e contro l'abolizione. - 3.1. Assenza di una reale concorrenza tra gli atenei. - 3.2. Sperequazioni nell'accesso al mondo del lavoro. - 3.3. Proliferazioni di atenei e di corsi a discapito della qualità del servizio fornito. - 3.4. Eccesso di controllo pubblico sul sistema universitario. - 3.5. Fuga dei cervelli. - 4. Conclusioni: rendere il diploma di laurea (mero) titolo di cultura o esistono altre possibili soluzioni (anche alla luce del quadro europeo ed internazionale)?

#### 1. Premessa

L'incontro organizzato dagli amici e colleghi romani ci offre lo spunto per tornare su un tema – il valore legale dei titoli di studio e del diploma di laurea in particolare – che avevamo affrontato, in certo senso provocatoriamente, cioè per stimolare il dibattito su un tema che, all'epoca, sembrava non destare particolare interesse, quasi quattro anni fa<sup>1</sup>.

Solo per giustificare il titolo del nostro intervento – la cui esposizione, tranquillizziamo subito l'uditorio, non travalicherà i dieci minuti assegnatici – è opportuno rammentare che la questione ha formato oggetto di dibattito almeno a far data dal 1959, quando Luigi Einaudi, a conclusione di una filippica proprio contro il valore legale dei titoli di studio, affermò testualmente: «la verità essenziale qui affermata [è:] non avere il diploma per se medesimo alcun valore legale, non essere il suo possesso condizione necessaria per conseguire pubblici e privati uffici, essere la classificazione dei candidati in laureati, diplomati medi superiori, diplomati medi inferiori, diplomati elementari e somiglianti indicativi di casta,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> F. Saitta, Autonomia universitaria ed equipollenza (sostanziale) dei titoli di studio: una... «disuguaglianza sostenibile» o è meglio abolirne il valore legale?, in Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello (Atti del Convegno di Copanello, 1-2 luglio 2005), a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, Torino, 2006, 193 ss., e in *Riv. giur. scuola*, 2006, 37 ss.

propria di società decadenti ed estranea alla verità ed alla realtà; ed essere perciò libero il datore di lavoro, pubblico e privato, di preferire l'uomo vergine di bolli<sup>2</sup>.

Alcuni anni dopo, in piena contestazione studentesca, Salvatore Pugliatti, al tempo rettore dell'Università di Messina, sposando le tesi degli studenti occupanti, affermava: «Se l'istituzione dovesse veramente espletare il pubblico servizio per il quale è costituita, e cioè se dovesse fornire "istruzione" e "cultura", la riforma potrebbe orientarsi verso una distinzione delle due funzioni, adeguando ad essa diversi tipi di organizzazioni. Ma purtroppo nel nostro Paese esiste il tramite del "titolo di studio" che ha svisato totalmente l'istituto universitario. Il titolo dovrebbe essere un semplice attestato, il risultato documentale di una realtà, consistente appunto nella acquisizione di un certo grado di istruzione o di un certo livello di cultura. Esso, invece, nella gran maggioranza dei casi, è divenuto il fine per il quale si accede all'Università. E tale trasformazione si è verificata, a causa dell'orientamento della legislazione dello Stato italiano, che richiede la laurea per poter partecipare a qualsiasi modesto concorso presso la pubblica amministrazione e all'esame di Stato per l'esercizio di qualunque professione. L'Università è così divenuta... una fabbrica di titoli! Una riforma seria, onesta e coraggiosa deve proporsi innanzi tutto di farla ridiventare fonte di istruzione e di cultura. E il primo passo di tale riforma deve consistere nell'abolizione del titolo di studio, e conseguentemente dei concorsi per titoli. Se si comincerà a dire: "oggi, in Italia questo non si può fare" (vedi slogan numero due), vuol dire che non vi sono propositi seri, ma intenzioni demagogiche. E Dio ce la mandi buona!,<sup>3</sup>.

Ancorché, al di là dei due illustri precedenti, l'impostazione basata sull'abolizione del valore legale del titolo di studio e sul potenziamento delle università «libere-private» sia sempre stata cara – com'è noto – ai sostenitori del «modello americano» e non estranea agli intellettuali liberali<sup>4</sup>, del tema si parla, un po' a corrente alternata, ogniqualvolta riemergono, da un lato, le delusioni dell'inadeguata o impossibile realizzazione di un effettivo raccordo tra sistema formativo e mercato del lavoro e, dall'altro, i più generali rimpianti di un certo liberismo mai esistito in Italia, nella specie applicato alla concorrenza tra le diverse istituzioni formative<sup>5</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Scuola e libertà, in Prediche inutili, Torino, 1959, 57.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Premesse e indicazioni in tema di riforma universitaria, in Foro amm., 1968, III, 470-471. È opportuno rammentare che, qualche anno prima, Pugliatti aveva espresso le proprie perplessità sull'autonomia universitaria, definendola «come la famosa araba fenice: sappiamo che esiste [...], ma cosa sia precisamente, che cosa sia approssimativamente, in tutta coscienza, forse nessuno di noi potrebbe dirlo» (Relazione sull'autonomia universitaria, in L'Università italiana, 1964, 355).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Ce lo ha recentemente ricordato A. Romano, *A trent'anni dal '68. 'Questione universitaria' e 'riforma universitaria'*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 1998, n. 2, il quale ritiene la soppressione del valore legale del titolo di studio «argomento meritorio di grande attenzione e bisognoso di una riflessione anche di natura politica».

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> М. Brutti, *A proposito del valore legale del titolo di studio*, in *Il Mulino*, 1977, 741, il quale spiega così «come il valore legale del titolo di studio abbia molte possibilità di diventare uno di quei

Negli ultimi anni, la tesi abolizionista sembra essere diventata *bipartisan*, se è vero che, nel 2003, Silvio Berlusconi presidente del consiglio e Letizia Moratti ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, era stato Enrico Letta, giovane economista della Margherita, a parlare chiaramente di abolizione del valore legale del titolo di studio nel corso di un *meeting* di Comunione e Liberazione; che, nel dicembre 2005, la proposta di «affievolire il valore legale dei titoli» era contenuta nel sito ufficiale dei DS; che da ultimo, nell'ottobre scorso, intervenendo a *Porta a porta*, il ministro Brunetta ha annunciato che avrebbe presentato una proposta per l'abolizione del valore legale del titolo di studio, trovando pienamente d'accordo Linda Lanzillotta, ministro ombra del PD.

Il tutto per tacere dei numerosi articoli apparsi sui più quotati quotidiani, anche in tal caso del tutto scevri da connotazioni politiche.

# 2. Il quadro normativo

Alcuni anni fa, Sabino Cassese si è cimentato nel tentativo di accertare in che cosa consista il valore legale del titolo di studio, pervenendo alla conclusione che, ancorché non esista un valore legale generale dei titoli di studio, avendo questi ultimi solo un valore accademico, consistente nel riconoscimento all'interno del sistema d'istruzione, gli uffici pubblici e le professioni sono ordinati in modo tale che, per accedere ai concorsi pubblici ed agli esami di Stato, occorre essere in possesso di un titolo di studio<sup>6</sup>.

Invero, già l'art. 33 della Costituzione – che, pur muovendo dal noto *incipit* sulla libertà dell'arte e della scienza e del loro insegnamento, prevede svariati temperamenti a tale petizione di principio, concludendo con l'affermazione dell'autonomia universitaria «nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato» – sembra prevedere un sistema d'istruzione in cui la libertà è pur sempre regolata da norme che definiscono assetti ben precisi, tra le quali possono certamente annoverarsi quelle che sanciscono il valore legale dei titoli di studio<sup>7</sup>. Il che non significa affatto, tuttavia, che, a Costituzione invariata, non possa operarsi l'abolizione del valore legale<sup>8</sup>.

nodi sempiterni di dibattito cui nulla riescono anche gli sforzi più meritori di chiarificazione e razionalizzazione».

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Il valore legale del titolo di studio, in Annali di Storia delle Università italiane, 2002, n. 6, § 2.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> G. Stolfi, La protezione del valore legale dei titoli di studio, in www.cimea.it (2006), § 2.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Con ciò alludendosi, almeno da parte di chi scrive, non già alla privazione dell'efficacia del titolo di studio o alla sua eliminazione quale requisito indispensabile per l'accesso a professioni o impieghi, ma l'abbandono dell'attuale sistema di equiparazione, da parte dello Stato, del titolo rilasciato dagli atenei, che mette sullo stesso piano le lauree indipendentemente dai programmi seguiti dallo studente per completare il corso e dalla conseguente preparazione acquisita.

Il quadro normativo, invero assai variegato<sup>9</sup>, conferma il valore legale dei titoli di studio e financo i più recenti interventi legislativi, dichiaratamente intesi a valorizzare l'autonomia, anche didattica, delle università<sup>10</sup> – nel disporre che gli statuti universitari devono prevedere l'adozione di *curricula* didattici coerenti ed adeguati al valore legale dei titoli di studio rilasciati dagli atenei (art. 16, comma 4, della legge n. 168 del 1989) e nel demandare a successivi decreti interministeriali l'individuazione dei profili professionali per i quali il diploma è «titolo valido per l'esercizio delle corrispondenti attività» e delle qualifiche funzionali del pubblico impiego per le quali il diploma «costituisce titolo per l'accesso» (art. 3 della legge n. 341 del 1990) – finiscono per ingessare ancora di più il sistema universitario<sup>11</sup>.

Nella stessa direzione è andata la riforma degli ordinamenti didattici universitari di un decennio fa, che ha introdotto il c.d. 3+2, ribadendo il principio del valore legale: «i titoli conseguiti al termine dei corsi di studio dello stesso livello, appartenenti alla stessa classe, hanno identico valore legale» (art. 4, comma 3, del decreto ministeriale n. 509 del 1999)<sup>12</sup>.

In conclusione, il valore legale del titolo di studio risulta oggi fondato su due «principî-pilastri», entrambi attualmente operanti nel nostro Paese: l'ordinamento didattico nazionale, che fissa le caratteristiche generali dei corsi di studio e dei titoli rilasciati, e l'esame di Stato, che ha la funzione di accertare, nell'interesse pubblico generale, il possesso di determinate conoscenze e competenze<sup>13</sup>.

#### 3. Pro e contro l'abolizione

Numerose sono state – e sono tuttora – le critiche rivolte al vigente sistema basato sul riconoscimento del valore legale dei titoli di studio: prestando attenzione soprattutto ai titoli universitari, cerchiamo, dunque, senza pretese di completezza, di operare una schematizzazione, per vedere quanto tali critiche siano fondate.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Per motivi di spazio, si rinvia a G. Cordini, *Il valore legale dei titoli di studio e la riforma universitaria*, in www.cnu.cineca.it (2006), § 2.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Sul punto, *amplius*, R. Finocchi, *Le università*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, II, 1391-1396.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Non a caso, S. Cassese, *ibidem*, § 2, ha definito la vicenda racchiusa nel periodo tra il 1923-33 ed il 1989-90 paradossale, evidenziando che, se fosse stata attuata la norma che prevedeva anche la determinazione dei livelli di occupazione successiva, corrispondenti ai titoli di studio, si sarebbe andati ben oltre il riconoscimento del valore legale dei titoli stessi, fino a stabilire tabelle di corrispondenza tra corsi, titoli e livelli professionali o impiegatizi. Da qui il suo stupore «[c]he tutto ciò sia potuto accadere, sia pure sulla carta, dopo la filippica einaudiana e le tante discussioni successive».

<sup>12</sup> G. CORDINI, ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> M. Grassi - E. Stefani, *Il sistema universitario italiano*, Padova, 2007, 77-78. Sugli esami di Stato, per tutti, N. Saitta, *Esame di Stato e titoli di studio e di cultura*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 169 ss.; Id., *Esame di Stato*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 330 ss.

#### 3.1. Assenza di una reale concorrenza tra gli atenei

Secondo gli «abolizionisti», molti studenti mirano a laurearsi il più presto possibile e con un punteggio elevato per superare da giovani un concorso presso una pubblica amministrazione, che solitamente richiede una preparazione diversa da quella acquisita durante gli studi universitari. A tal fine, anziché privilegiare la qualità dell'insegnamento offerto, scelgono l'ateneo che prospetta loro un cammino più agevole e rapido. Abolendo il valore legale del diploma di laurea, si indurrebbero questi studenti a scegliere l'università per la qualità della formazione che offre, piuttosto che per il pezzo di carta, e, conseguentemente, metterebbe gli atenei in concorrenza tra loro, rimediando alle molte inefficienze (a partire dai concorsi, che non reclutano i migliori) di cui oggi soffre l'università italiana: se il titolo di studio non avesse lo stesso valore legale assicurato dalla legge, ma soltanto quello che gli attribuisce il mercato, ogni università sarebbe costretta ad assumere i migliori docenti, a fare una migliore formazione, ad offrire servizi più efficienti<sup>14</sup>.

Questo è in gran parte vero, non potendosi seriamente negare che, a prescindere dagli studenti del tutto privi della benché minima motivazione, che evidentemente non costituiscono un attendibile banco di prova<sup>15</sup>, finché la laurea sarà un mero passaporto per l'accesso al mondo del lavoro e ciò che conta sarà il relativo punteggio, lo studente sarà incentivato a scegliere l'ateneo che gli prospetta un cammino più agevole e gli stessi professori non saranno stimolati più di tanto nello svolgimento dell'attività didattica<sup>16</sup>.

È anche vero, però, che – come gli stessi abolizionisti non esitano ad ammettere<sup>17</sup> – un siffatto livellamento verso il basso degli atenei è da attribuire, almeno in parte, anche alla miope scelta del legislatore di considerare percentuale di promozioni e di completamento degli studi, media dei voti e dei punteggi di laurea, come indici di produttività e criteri di giudizio delle università: scelta che ha dato vita ad una corsa all'accaparramento del maggior numero di iscrizioni (*ergo*, di tasse) attraverso l'offerta di programmi di studio di poche pagine e di esami di profitto assai clementi.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Scriveva F. Giavazzi, *Cinque impegni per i cento giorni*, in *Corriere della Sera*, 26 novembre 2005: «ogni università porta le conseguenze delle decisioni che prende. Se un gruppo di baroni nomina professore il figlio del collega (succede ancora) l'università perde prestigio, fondi legati alla ricerca, studenti e quindi fondi legati agli studenti».

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Specie nel Meridione, è, purtroppo, assai elevata la percentuale di coloro che, in mancanza di allettanti prospettive di lavoro, vivono l'università come una sorta di «area di parcheggio», nella quale sostare per anni senza particolare interesse; fenomeno ancora più diffuso nelle famiglie benestanti, che possono permettersi il lusso di pagare tasse universitarie (e, magari, anche spese per soggiorni fuori sede) praticamente a vuoto.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> D. Menegon, L'abolizione del valore legale della laurea. Per un'idea di università che sposi le regole del mercato, in IBL Focus, 8 maggio 2006, n. 23 (in www.brunoleoni.it).

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> D. Menegon, *ibidem*.

Secondo taluni, peraltro, la concorrenza tra le università potrebbe essere stimolata in altro modo: ad es., come ci ha detto Stefano Civitarese<sup>18</sup>, contrattualizzando il rapporto di lavoro dei professori.

In quest'ottica, va pure considerato che la proposta di abolire il valore legale della laurea per incentivare una reale concorrenza tra gli atenei è spesso abbinata alla proposta di rendere libera ed autonoma l'imposizione delle rette d'iscrizione: in tal modo, si sostiene, gli studenti sarebbero disposti a pagare quote più alte per le università che offrono i servizi migliori, mentre quelle più scadenti dovrebbero migliorare la loro offerta per non dover ridurre troppo le tasse o non perdere iscritti<sup>19</sup>.

Intuibile, a questo punto, l'obiezione, peraltro suscitata anche dalla constatazione che le impostazioni radicali provengono soprattutto da studiosi della Bocconi, università privata dai costi non accessibili a tutti, e da articolisti de *Il Sole 24 Ore*, entrambi espressione di una mentalità da taluni definita mercatocentrica, elitistica ed economicistica: un siffatto sistema si ritorcerebbe in un danno per i ceti più deboli, per coloro che, avendo minori disponibilità economica, vedrebbero garantito il loro diritto allo studio solo da un'università pubblica ed a costi ridotti. Il timore, in definitiva, è che i figli dei ricchi andrebbero a studiare nelle migliori università, come poi avviene in altri paesi (tipo Stati Uniti d'America), mentre i figli dei poveri dovrebbero accontentarsi delle lauree elargite dalle università pubbliche, che a quel punto varrebbero poco o niente.

Il pericolo è in effetti concreto, tanto che, mentre taluno si limita a replicare che in ogni paese esistono università ottime, buone e mediocri e non è giusto che tutte, indistintamente, rilascino al termine degli studi un documento che ha lo stesso valore legale<sup>20</sup>, altri abolizionisti giungono a formulare una controproposta, consistente in una sorta di progressività delle tasse universitarie ovvero nell'elargizione di borse e nella copertura, totale o parziale, degli oneri mediante *voucher*<sup>21</sup>.

# 3.2. Sperequazioni nell'accesso al mondo del lavoro

Secondo i fautori della sua abolizione, il valore del titolo di studio inficerebbe anche le assunzioni nelle pubbliche amministrazioni – che, nei concorsi pubbli-

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> S. Civitarese Matteucci – G. Gardini, *Valore legale dei titoli, statuto speciale dei docenti e altri "idola" dell'Università italiana*, in *www.irpa.eu* (2008).

 $<sup>^{19}</sup>$  D. Marchesi, Il valore legale della laurea, la prima cosa da abolire, in Il Sole 24 Ore, 25 giugno 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Così G. Sartori, in *Corriere della Sera*, 16 novembre 2008, rispondendo ad una lettera stimolata dal suo precedente editoriale (*Le malattie della scuola*), apparso sul medesimo quotidiano il 10 novembre precedente.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Così F. Giavazzi, *Chi ha paura del sorteggio*, in *Corriere della Sera*, 11 novembre 2008.

ci, essendo costrette a far finta che ogni laureato abbia uguale preparazione, non riescono a selezionare i migliori – ed ingannerebbe gli studenti e le loro stesse famiglie, inducendoli a pensare che, in qualunque ateneo investano le loro risorse, le possibilità di trovare un impiego dopo la laurea siano le stesse<sup>22</sup>. In sostanza, chi ha conseguito la laurea in un'università «facile» con ottimi voti si trova oggi avvantaggiato rispetto a chi si è laureato in un'università più «difficile» con un punteggio inferiore.

Numerose le obiezioni sollevate a questo argomento, a partire da Cassese, che qualche anno fa notava come una parte cospicua della società (ad es., le professioni non protette e le imprese), pur non facendo a meno del titolo di studio (che viene valutato), non lo consideri indispensabile per l'ammissione al posto di lavoro e come a farlo siano in sostanza i poteri pubblici e le professioni da questi protette o regolamentate: stando così le cose, diceva, potrebbe risultare inopportuna l'abolizione del valore legale dei titoli di studio, che mentre, da un lato, adempie altre funzioni (ad es., costringe a seguire un corso di studi; assicura l'eguaglianza, sia pure solo formale; consente ai pubblici poteri di controllare i *curricula* scolastici; ecc.), dall'altro, a ben guardare, non impedisce affatto alle università di differenziarsi, essendo lo stesso titolo di studio, come le qualità, le attitudini e la preparazione dei candidati, a formare oggetto di valutazione ad opera delle commissioni di concorso e di esame<sup>23</sup>.

Quest'ultima considerazione, successivamente condivisa da altri<sup>24</sup>, ci trova sostanzialmente d'accordo.

In primo luogo, nelle ricerche di lavoro – com'è noto – il titolo di studio conta sempre meno: negli studi di selezione del personale per il settore privato, già si distinguono le lauree ed i *master* a seconda dell'università. Ne consegue che la rimozione del valore legale avrebbe semmai effetto solo per i posti coperti mediante concorso pubblico.

Ma anche in quest'ultimo ambito, a ben guardare, il problema non sta tanto nel valore legale del titolo di studio, quanto piuttosto nell'assenza di meritocrazia<sup>25</sup>,

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> P. Manzini, *Il tabù del valore legale della laurea*, in www.lavoce.info.it (2008).

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Op. cit., § 3.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> A. Moro, *Il valore legale del titolo di studio: che cos'è?*, in *www.noisefromamerika.org* (2006); nello stesso senso, da ultimo, M. Libertini, *Competizione fra università e valore legale del titolo*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2009, § 3, secondo cui, anzi, ci si dovrebbe chiedere come mai le imprese private non commissionino alle università tecnici aventi caratteristiche predeterminate, invitandole a segnalare i laureati migliori, aventi determinati profili di preparazione. Se tutto ciò – che sarebbe servito ad attivare una domanda in grado di innescare una competizione virtuosa tra università, consentendo di costruire vere e proprie classifiche private di merito tra le stesse – non avviene, la colpa non è certo del valore legale del titolo, che in tal caso non ha alcuna incidenza.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Sul tema, ampiamente, B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; L. Ieva, *Il fattore umano quale causa di inefficienza nella pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2006, 741 ss.

ossia nella circostanza che, in Italia forse più che altrove, la scelta dei dipendenti pubblici è sovente adulterata da valutazioni di acquisizione di consenso politico o da logiche clientelari<sup>26</sup>. In altri termini, se i risultati del concorso sono guidati e predeterminati, è del tutto irrilevante che i designati abbiano conseguito un titolo di studio a cui la legge attribuisce un valore pari a quello dei titoli conseguiti dagli altri candidati, o meno: per arginare le raccomandazioni, non basta abolire il valore legale del titolo di studio, che le raccomandazioni stesse certamente non impedisce, ma nemmeno incentiva, ma ci vuole il giudice (amministrativo e/o penale). È un dato di fatto, del resto, che, quando i concorsi sono seri, si coprono spesso meno posti di quelli per i quali è stata indetta la selezione (vedi concorso in magistratura) e vincitori e perdenti provengono dalle più svariate sedi universitarie d'Italia, sia del sud che del nord, da quelle quotate a livello internazionale come da quelle meno prestigiose<sup>27</sup>.

A ciò si aggiunga che, per i concorsi pubblici, si potrebbe intervenire modificando gli attuali criteri di selezione per dare molto più peso ai titoli, ai *curricula* – come, peraltro, in parte già avviene, tanto che nei più recenti concorsi pubblici per funzionari statali la selezione è stata basata prevalentemente sui titoli – e riformando gli esami.

Peraltro, attenta dottrina ha affrontato in modo più approfondito i problemi attinenti all'utilizzabilità dei titoli di studio universitari – e, quindi, al loro valore legale – ai fini dell'accesso ai pubblici impieghi, constatando che il senso del modello del c.d. 3+2 – chiaramente finalizzato a conformare l'ordinamento italiano ai sistemi universitari di gran parte dei paesi europei (e non solo), sostituendo alle vecchie lauree quadriennali le nuove lauree triennali per riservare ad un più ristretto numero di capaci e meritevoli la possibilità di una specializzazione di più alto livello – non sia stato sempre adeguatamente compreso dalle amministrazioni pubbliche (e, al loro interno, dagli uffici responsabili del reclutamento del personale), che, a causa di un evidente *deficit* informativo, hanno finito per non valorizzare adeguatamente, nelle selezioni, i profili professionali che connotano i vari tipi di corsi<sup>28</sup>. Ebbene, se, anche al fine di evitare un'indiscriminata proliferazione delle richieste di partecipazione ai concorsi pubblici, si articolasse la richiesta dei titoli di studio in relazione alle specifiche figure professionali che s'intendono reclutare e, pur senza mettere in di-

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Sulla cultura italiana della «spintarella», cfr. il saggio giornalistico di G. Floris, *Mal di merito*, Bologna, 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> C. Iannello, *A chi serve l'abolizione del valore legale del titolo di studio?*, in www.economiaepolitica.it (2009).

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> G. D'Alessio, Offerta formativa universitaria e reclutamento del personale pubblico, in Lav. pubbl. amm., 2005, 1067 ss. In passato, tale problematica era stata analizzata da S. Amorosino, Valore legale dei titoli universitari, ordinamento delle professioni, accesso ai pubblici impieghi, in Scuola democratica, 1983, n. 2, 73 ss.

scussione il criterio generale del riconoscimento delle equivalenze fra i titoli dello stesso tipo e livello<sup>29</sup>, nel definire i requisiti per l'accesso alle varie aree, qualifiche e posizioni professionali in cui si articola il lavoro pubblico, si verificasse attentamente quale sia, in sostanza, il patrimonio di conoscenze ed abilità attestato dal possesso di determinati titoli universitari, tenendo conto «principalmente degli obiettivi formativi delle nuove classi di laurea (e di laurea specialistica), come pure dei profili scientifico-professionali dei vari corsi»<sup>30</sup>, già si raggiungerebbe un risultato apprezzabile in termini di differenziazione tra i vari atenei. È del resto, di tutta evidenza che il fatto che un laureato in lettere sia (ritenuto) più preparato in contabilità di un ragioniere dipende dal singolo bando di concorso e non dal valore legale del titolo di studio.

Va, infine, considerato che la necessità di un titolo di studio per svolgere determinate mansioni non è certo una prerogativa italiana: anche negli Stati Uniti d'America, ad es., per praticare la professione di avvocato occorre superare una sorta d'esame (di iscrizione all'albo), per sostenere il quale è necessario il titolo di studio acquisito da una *law school* accreditata dall'albo (ve ne sono di ottime, ma anche di mediocri): anche lì, quindi, il titolo di diplomato in legge ha valore legale<sup>31</sup>.

# 3.3. Proliferazione di atenei e di corsi a discapito della qualità del servizio fornito

Da parte dei critici dell'attuale sistema, si assume, poi, che il valore legale dei titoli di studio avrebbe determinato una proliferazione degli atenei senza alcun legame con la qualità del servizio erogato.

La lievitazione di sedi e strutture accademiche al di là del comune buon senso è dato sotto gli occhi di tutti, che non può essere messo in discussione. Il fenomeno, però, è da attribuire all'intento dei singoli atenei, non tanto di distri-

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Nella direttiva del Dipartimento della Funzione pubblica 3 novembre 2005, n. 3, le amministrazioni sono, tra l'altro, invitate a tener conto della più recente giurisprudenza amministrativa, secondo cui, nella valutazione dei titoli universitari, è consentito «un apprezzamento discrezionale, fondato su una valutazione che, tenuto conto degli ordinari principi di valutazione delle equipollenze tra titoli di studio, ha logicamente ritenuto che i titoli connotati da caratteristiche simili (cioè in base alla classe di appartenenza, alla facoltà che lo ha rilasciato, agli obiettivi formativi del corso di studio ed, infine, alle caratteristiche del medesimo corso di studio) siano tra loro equipollenti». Va da sè che «il diverso inquadramento del personale laureato e di quello diplomato è del tutto normale nel settore pubblico, come è ora dimostrato dalla previsione dell'articolo 17-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che – a regime – richiede il diploma di laurea per l'accesso alla vicedirigenza» (Corte cost., 6 giugno 2008, n. 192, in www.giurcost.org).

<sup>30</sup> Così sempre nella direttiva citata nella precedente nota.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> A. Moro, *ibidem*.

buire a pioggia «pezzi di carta» spendibili sul mercato da laureati poco preparati, quanto, piuttosto, di acquisire in sé più iscrizioni, *ergo* maggiori finanziamenti. Scelta, questa, ovviamente criticabile, ma dovuta a cattiva gestione delle singole università che decidono di istituire corsi inutili o di discutibile utilità e non già al valore legale della laurea. Non a caso, lo stesso C.U.N., nel recentissimo parere sulle «Linee guida del Governo per l'Università», ha detto chiaramente che, sotto questo profilo, «la politica non è immune da responsabilità»<sup>32</sup>.

#### 3.4. Eccesso di controllo pubblico sul sistema universitario

La richiesta abolizionista si fonda anche sul difetto di autonomia degli atenei, che sarebbe attribuibile anche al valore legale del diploma di laurea.

In effetti, il tanto atteso riordino degli ordinamenti universitari ha deluso le aspettative di quanti auspicavano che rafforzasse l'autonomia, specie didattica, liberandola dai vincoli centralistici<sup>33</sup>. Non si comprende, in effetti, perché lo Stato italiano, che si guarda bene dall'imporre a tutti gli ospedali d'Italia di curare la rinite cronica con almeno cinque milligrammi al giorno di *Nasocredit* (e così via per tutti gli altri malanni), lasciando alla serietà del singolo ospedale ed alla professionalità del singolo medico il compito di garantire i pazienti in ordine alla qualità delle cure che ricevono, avverta il bisogno di intervenire per stabilire perfino quante materie storiche, letterarie, ecc., devono studiarsi per laurearsi in filosofia, quanti docenti devono insegnare nel relativo corso di laurea, quanti esami devono sostenere in tutto gli studenti e tante altre cose del genere<sup>34</sup>.

Non manca, peraltro, chi ritiene, al contrario, che la frammentazione dell'offerta didattica e la moltiplicazione dei corsi di laurea prodotti dalla riforma del 3+2, rendendo inefficace ogni tentativo statale di certificare il valore dei titoli conseguiti, abbiano già abolito, *de facto*, il valore legale e reputa, quindi, necessaria la presenza dello Stato che certifichi la qualità del servizio offerto dai singoli atenei, chiudendo l'ingresso al mercato a quelli ritenuti inidonei a soddisfare il consumatore: si difende, in sostanza, la necessità di una certificazione statale e di *standard* uniformanti per assicurare ai cittadini la qualità della preparazione fornita dalle università<sup>35</sup>.

Invero, una certificazione dei titoli universitari conseguiti al fine di accedere alle professioni è prevista anche in sistemi assai diversi dal nostro, come, ad es.,

<sup>32</sup> Par. gen. 12 febbraio 2009, n. 6, in www.astrid-online.it, § 1.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Così, ad es., G. della Cananea, L'ordinamento delle professioni, in Trattato di diritto amministrativo, cit., II, 1157.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> M. Santambrogio, *Laurea o pezzo di carta?*, in *il Riformista*, 2 dicembre 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> V. MILANESI, *Il valore legale della laurea*, in *Il Gazzettino*, 22 gennaio 2006.

in quello inglese ed in quello statunitense. La differenza sta, però, nel certificatore, che in Italia è un organo statale, mentre in Gran Bretagna è un'agenzia e negli Stati Uniti è talvolta un organo federale, tal'altra un organo statale o locale, tal'altra ancora un'associazione professionale di natura privata, ma di fatto a carattere pubblico<sup>36</sup>.

Ed allora, se conveniamo sul fatto che è necessario «coniugare con realismo e proporzionalità le esigenze di autonomia, e quindi di possibile differenziazione, delle Università, con quelle di rigorosa verifica delle capacità necessarie ai fini del conseguimento della abilitazione all'esercizio delle attività professionali»<sup>37</sup>, il problema si sposta sulle modalità di certificazione, con riguardo alle quali – trattandosi di tema più attinente alla seconda sessione di interventi – ci limitiamo a porre due interrogativi agli amici e colleghi che parleranno dopo: 1) è giusto che a certificare sia lo Stato o è meglio che la certificazione venga affidata al mercato? 2) se si ritiene preferibile la prima opzione, chi certifica la capacità dello Stato di certificare la bontà del servizio offerto dai singoli atenei secondo parametri universalmente accettati (ovvero, il che è lo stesso, quali parametri vanno utilizzati per la certificazione)?

Qui ci fermiamo, essendo evidente che certificazione statale e valore legale non si implicano reciprocamente, nel senso che la prima è possibile anche in assenza del secondo, e viceversa<sup>38</sup>.

Per quanto concerne il controllo sull'offerta del sistema d'istruzione, non è mancato, peraltro, chi ha tentato un diverso approccio alla protezione del valore legale, intesa come difesa della trasparenza del mercato dell'istruzione, basato sulla normativa contro la pubblicità ingannevole e sulla correlata vigilanza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalando come presso quest'ultima risultino pendenti numerosi procedimenti in materia di titoli universitari: da qui l'invito a riflettere a coloro che auspicano un abbandono *tout court* del sistema del valore legale dei titoli, che potrebbe significare perdere un complesso di garanzie normative poste a tutela della qualità del sistema e dei diritti degli studenti<sup>39</sup>.

### 3.5. Fuga dei cervelli

Secondo parte degli abolizionisti, il sistema basato sul valore legale dei titoli universitari avrebbe anche la colpa di favorire la fuga dei cervelli migliori fuori

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> A. Moro, *ibidem*.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Cons. St., Sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2178, in www.giustizia-amministrativa.it.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> A. Moro, *ibidem* 

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> G. Stolfi, *ibidem*; cfr., altresì, C. Finocchietti, *Il valore legale del titolo di studio*, in *www.cimea.it* (2002), che individua cinque categorie di istituzioni o titoli non riconosciuti in Italia.

dei confini nazionali. Di quest'avviso è, ad es., Giovanni Sartori<sup>40</sup>, secondo cui, per avere un *curriculum* più credibile, molti giovani completano all'estero la loro preparazione; il che, di per sè, non è un male, essendo opportuno che un giovane faccia anche esperienze accademiche straniere, se non fosse che gli studi all'estero si trasformano spesso in una fuga dall'Italia. Fenomeno che bisogna impedire innalzando il livello di preparazione e di formazione delle università italiane creando tra le stesse lo spirito della concorrenza e dell'emulazione.

Quest'ultima affermazione ci trova del tutto d'accordo: ben venga la concorrenza tra gli atenei, che dev'essere in qualche modo stimolata. Permane, tuttavia, l'interrogativo di fondo, già posto all'esordio del nostro intervento: è sicuro che l'antidoto contro il livellamento in basso dell'offerta universitaria sia l'abolizione del valore legale della laurea?

4. Conclusioni: rendere il diploma di laurea (mero) titolo di cultura o esistono altre possibili soluzioni (anche alla luce del quadro normativo europeo ed internazionale)?

A questo punto, è doveroso tentare di individuare soluzioni alternative all'abolizione, *sic et simpliciter*, del valore legale del diploma di laurea, che sostanzialmente finirebbe per diventare, da titolo di studio qual'è tuttora, mero titolo di cultura<sup>41</sup>.

Tale tentativo deve muovere dalla premessa che, pur con tutte le diversificazioni, nella maggioranza dei paesi europei esiste, in linea di massima, un insieme di atenei che ha il potere di emettere dei certificati, aventi valore legale, vincolanti ai fini delle assunzioni nel pubblico impiego e dell'esercizio di determinate professioni. Come si è detto, anche negli Stati Uniti l'esercizio di determinate attività professionali (medico, avvocato) è subordinato al possesso di un titolo di studio.

Come già accennato, la differenza tra il modello italiano e quelli più liberisti (come, appunto, quello statunitense) – differenza che peraltro, com'è stato op-

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> In Corriere della Sera, 16 novembre 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> La distinzione tra le due categorie di titoli – tra le quali v'è in sostanza un rapporto di *species* a *genus*, nel senso che il titolo di studio è anche titolo di cultura in quanto «è indice di preparazione culturale» – è chiaramente delineata da N. Satta, *Titoli di studio e di cultura*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 6-7: «Per titoli di studio in senso tecnico si devono intendere soltanto quelli il cui rilascio risulta previsto dall'ordinamento scolastico a conclusione dei corsi di studio in cui risulta articolato il sistema scolastico e dopo il superamento di una prova selettiva attraverso la quale l'autorità scolastica abbia accertato, secondo modalità legislativamente prestabilite, il profitto conseguito nello stesso corso di studi, al quale l'esaminando si è dedicato all'interno o anche al di fuori dell'organizzazione pubblica dell'istruzione».

portunamente evidenziato, non è più così netta come all'epoca della filippica einaudiana<sup>42</sup> – è che in questi ultimi la comparazione delle diverse formazioni accademiche, anche lì indispensabile (un'azienda americana che deve reclutare personale vuol essere certa che pagherà lo stipendio a soggetti competenti), passa attraverso società di accreditamento, che effettuano controlli ed impongono regole alle università, limitandone entro una certa misura la libertà. Per esemplificare, potremmo dire che da noi le regole le detta lo Stato, negli Stati Uniti le dettano le corporazioni professionali, dominate dai poteri forti dell'economia<sup>43</sup>.

In Gran Bretagna, dove non conta tanto il voto finale di laurea quanto l'università di provenienza e la capacità, alla stessa riconosciuta, di fare una formazione di qualità, gli atenei sono messi in competizione tra loro perché, conquistando la stima di studenti ed imprese, possono chiedere tasse elevate (ciascuna università è libera di richiedere una retta entro i limiti fissati dal governo e rilascia un certificato senza valore legale), *ergo* finanziarsi, ed avere un maggior numero di iscritti.

In entrambi i paesi (che, avendo le migliori università al mondo, rappresentano dei modelli cui è opportuno fare riferimento), essendo il sistema universitario in mano soprattutto ai privati, le rette sono molto alte, ma la preclusione ai meno abbienti è temperata dall'elargizione di numerose borse di studio ai meritevoli, tanto che – secondo uno studio condotto dalla Bocconi – l'onere in capo agli studenti più capaci è complessivamente inferiore a quello che dovrebbero sostenere in Italia<sup>44</sup>.

Ecco, questo è un aspetto sul quale anche da noi si dovrebbe intervenire se si vuole, da un lato, incentivare le università a scegliere il personale docente ed organizzare i corsi ed il lavoro di ricerca avendo di mira – anziché la cooptazione di amici e parenti e/o la spartizione del più alto numero di cattedre possibile – la qualità e la produttività, cioè in definitiva l'offerta di una preparazione idonea all'inserimento nel mondo del lavoro.

In Italia, insomma, si è fatto ben poco per affrancarsi dal mito dell'università di tutti, a tutti i costi ed a discapito della qualità ed avvicinarsi ai sistemi all'inglese, che premiano il merito, soprattutto degli studenti meno abbienti: da questo punto di vista, la recente previsione legislativa di incrementare il fondo d'intervento integrativo di cui all'art. 16 della legge n. 390 del 1991 al fine di garantire la concessione di borse di studio agli studenti capaci e meritevoli<sup>45</sup> è solo un piccolo passo in un cammino ancora assai lungo ed irto di ostacoli.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> A. Manganaro, "Uomini vergini di bolli" ed eterne ammalate. Sulla questione del valore legale dei titoli di studio, in www.access.unict.it (2006).

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> C. Finocchietti, *ibidem*.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> D. Menegon, *ibidem*.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Art. 3, comma 2, d.l. n. 180/2008, convertito dalla l. n. 1/2009.

Ora, non v'è dubbio che un'iniezione di maggiore concorrenzialità nel mondo accademico gioverebbe ai giovani che vogliono un'università di qualità per potersi inserire più facilmente nel mondo del lavoro<sup>46</sup>.

Da questo punto di vista, quindi, prenderei le distanze da quegli «antiabolizionisti» che valutano negativamente, in radice, la stessa idea di una maggior competizione fra università, osservando che «l'università non produce alcuna merce, ma solo, eventualmente, sapere» e che è «un'illusione che esista un mercato della cultura»<sup>47</sup>. Mi pare più convincente, in quanto maggiormente equilibrato, l'approccio di chi osserva che, a prescindere dal fatto che l'università ha sempre svolto – e svolge tuttora – anche la funzione di creare beni privati (*ergo*, in senso economico, «merci»), nell'affrontare i problemi attuali degli atenei italiani non si deve rifiutare ideologicamente l'apporto dell'analisi economica, bensì gli ideologismi di chi pensa che solo una mercificazione piena dell'attività universitaria possa rendere efficiente e giusto il sistema<sup>48</sup>.

Chi scrive, tuttavia, ha già avuto modo di affermare che – ancorché non sia del tutto campata in aria la tesi secondo cui il valore legale del titolo di studio, da un lato, ostacola la collocazione delle nostre università in un sistema di competizione europeo o internazionale e, dall'altro, induce gli studenti a compiere la scelta dell'università alla luce del non sanissimo rapporto tra fatica (voto di laurea), piacevolezza della città *et similia*, comunque mai in ragione dell'offerta formativa reale o della qualificazione dei docenti che insegnano – al valore legale del titolo di studio si sta attribuendo una rilevanza maggiore rispetto a quella attualmente rivestita in seno al nostro ordinamento, quasi fosse una specie di *totem* contro cui scagliarsi, l'unica possibile panacea per le nostre languenti istituzioni accademiche.

Con ciò non intendiamo sostenere che il sistema italiano, basato sul valore legale dei titoli, sia l'unico possibile o il migliore. Ci chiediamo soltanto se, per meglio stimolare la concorrenza tra le università ed ampliarne l'autonomia, anziché eliminare del tutto i controlli sui titoli (ciò che, a nostro avviso, essendo impensabile che, in società come quelle attuali, ci si possa avvalere di competenze se non attraverso attestazioni di pubbliche credenziali<sup>49</sup>, non potrebbe comunque prescindere dalla contestuale introduzione di sistemi alternativi di controllo della qualità delle prestazioni offerte dalle singole università, come

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> D. Menegon, *ibidem*; già un decennio addietro, F. Debenedetti, *Senza concorrenza l'università muore*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 gennaio 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Così G. Azzariti, *Per un'università «senza condizione»*, in AA.VV., *Manifesto per l'università pubblica*, Roma, 2008, 42 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> M. Libertini, *op. cit.*, § 2, nota 10, il quale, nel prosieguo dello scritto, osserva, a ragione, che proprio chi sostiene l'università pubblica dovrebbe tenere ben presente la necessità di una sana e costante competizione all'interno di questa istituzione, pena la perdita della sua funzione essenziale.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> A. Manganaro, *ibidem*.

avviene nel modello anglosassone mediante le agenzie di accreditamento<sup>50</sup>), non sia meglio liberalizzare i soli titoli non riguardanti professioni regolamentate<sup>51</sup> ovvero semplicemente attenuare il valore legale dei titoli, consentendo l'accesso alle professioni ed agli impieghi che richiedono uno specifico titolo di laurea a tutti i laureati, anche di altri corsi di laurea, il cui *curriculum* soddisfi i requisiti minimi per la «classe di corso di laurea» richiesta; consentendo l'accesso ad un ordine professionale *«senion»* a chi sia in possesso di una laurea magistrale specifica, ma non anche di una laurea triennale specifica; consentire a chi sia in possesso di una laurea triennale e di un quinquennio di esperienza in un ordine professionale *«junion»* di accedere all'esame per l'ammissione all'ordine professionale *«senion»*<sup>52</sup>.

Così come non ci sembra del tutto campata in aria la proposta di chi, preso atto che il valore preselettivo (di soggetti abilitati a partecipare a determinate procedure concorsuali per l'accesso a diverse professioni) del diploma di laurea è ormai da tempo decaduto in quanto soppiantato da servizi privati di preparazione «pragmatica» alle prove finali (si pensi, ad es., alle scuole di preparazione al concorso per uditore giudiziario), sostiene che, per ridare in pieno alle università la funzione di preselezione, accompagnandola con meccanismi di differenziazione del peso che possono avere i diversi atenei, occorre sostituire l'attuale valore indifferenziato del titolo con un valore differenziato, fondato su un sistema, pubblico o privato, di accreditamento<sup>53</sup>.

È verosimile che tali soluzioni, in certo senso, compromissorie lascino insoddisfatti quanti pensano di fare del valore legale del titolo di studio il cavallo vincente della battaglia per la soluzione dei tanti problemi dell'università italiana, ma siamo convinti che l'abolizione *tout court* del valore legale della laurea – peraltro, in concreto, allo stato alquanto improbabile, al di là delle recenti dichiarazioni di autorevoli esponenti dell'attuale compagine governativa, in quanto avversata da coloro che temono che, dietro la proposta abolizionista, vi sia in realtà la volontà di trasformare le università in fondazioni<sup>54</sup>, così determinando

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> In tal senso anche il parere del C.U.N. citato nella nota 32, nel quale si afferma: «La via verso un'abolizione del valore legale del titolo, a meno che non si intenda introdurre una completa *deregulation*, deve prevederne la preventiva sostituzione con un sistema completo ed efficace di accreditamento. Preliminare a ciò è l'istituzione e la piena operatività di un ente nazionale per la valutazione che proceda all'accreditamento dei corsi di studio e delle loro strutture e alla loro verifica periodica, nella consapevolezza che ciò significa sviluppare e consolidare anche in Italia processi che qui hanno limitata diffusione e che nel mondo anglosassone poggiano su consolidate istituzioni, consuetudini ed esperienze» (§ 6).

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> G. Stolfi, *ibidem*.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Sono le proposte di A. Figà-Talamanca, *Affidare l'università al mercato?*, in www.noisefromamerika.org (2008).

 $<sup>^{53}</sup>$  M. Libertini, op. cit., §§ 4 e 6.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Cfr. art. 16 d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008.

74 Fabio Saitta

la completa privatizzazione e liberalizzazione dell'istruzione universitaria<sup>55</sup> – che non fosse accompagnata da altri interventi – come, ad es., l'introduzione di sistemi attendibili di valutazione dell'attività scientifica e didattica e di un correlato sistema di responsabilità dei docenti, ma anche di una maggiore concorrenzialità nel mondo delle professioni, sinora ostacolata dagli ordini – sarebbe come una mano d'intonaco su una parete da abbattere e ricostruire<sup>56</sup>.

È giunto, quindi, il momento di parlare anche di questi altri temi.

<sup>55</sup> Così, ad es., C. IANNELLO, ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Da questo punto di vista, pertanto, condividiamo appieno il pensiero del Ministro Gelmini, che anche nell'intervento odierno ha ribadito che l'abolizione del valore legale del titolo di studio rappresenta il punto di arrivo di un progetto riformista nel cui ambito ci sono altre cose da fare prima: l'applicazione dell'autonomia, del principio di sussidiarietà, di nuove regole di valutazione. In tal senso anche R. Perotti, *L'università truccata*, Torino, 2008, 119 ss., secondo cui «è fuorviante sostenere che questa sia la prima e principale riforma da attuare».

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Il presente lavoro costituisce una rielaborazione della relazione tenuta al Convegno *Quale futuro per le politiche sulla semplificazione amministrativa?*, Palermo, Palazzo dei Normanni, 26 gennaio 2009, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo, dalla Regione Sicilia e dalla Rivista Nuove Autonomie.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Sul punto, da ultimo, F. Merusi, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in questa Rivista 3-4/2008, 335 ss. Il volume della richiamata Rivista è interamente dedicato al tema della semplificazione e contiene un'importante e aggiornata panoramica dottrinale ed un'interessante rassegna giurisprudenziale (curata da S. D'Antonio, sul Consiglio di Stato, C. Celone e L. Tizzano, sul C.G.A. Regione Sicilia, e S. Dettori, sui tribunali amministrativi regionali) sul tema della semplificazione. Inoltre B.G. Mattarella, *Le leggi di semplificazione e la qualità della regolazione*, in G. Sciullo (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bologna 2008, 21ss. Più in generale sulla semplificazione, si rinvia agli studi di F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli 2000; V. Parisio, *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997, n. 127*, Milano 1998; L. Vandelli e G. Gardini (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Bologna, 1999; S. Cassese e altri (a cura di), *L'Italia da semplificare*, Bologna, 1998. Per un'interessante analisi comparata sui modelli di semplificazione europei, M. Clarich, *Modelli di semplificazione* 

ne nell'esperienza comparata, in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 1998, 2, 679 ss. In ordine alla semplificazione nel sistema britannico, M. Varney, Administrative simplification in the U.K., in questa Rivista 3-4/2008, 733 ss.; ed a quello spagnolo, A. Marti del Moral e L. de la Torre Martinez, Notas sobre la simplificacion administrativa en el ordinamento espanol, ivi 499 ss. Sugli effetti del diritto comunitario sulla semplificazione del procedimento amministrativo nell'ordinamento italiano cfr. P. Lazzara, La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario, ivi 475 ss. In ordine al fenomeno della semplificazione legislativa e della codificazione, cfr., da ultimo, A. Sciortino, Oltre i testi unici verso la neocodificazione, ivi 353 ss.; G. Sorrenti, L'incerto sovrapporsi di smaltimento e riassetto nell'ultima stagione della semplificazione legislativa, ivi 363 ss.; L. Salamone, La semplificazione normativa. Esperienze e strumenti adottati in campo nazionale e in campo regionale, ivi, 393; sulla esperienza dell'ordinamento regionale siciliano, N. Gullo, La semplificazione amministrativa nell'ordinamento regionale siciliano: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma, ivi 509.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> In termini, A. Zito, *Globalizzazione e concorrenza tra ordinamenti giuridici: il problema del miglioramento della qualità della normazione*, in questa Rivista2008, 3-4, 348. Secondo l'A., il nichilismo giuridico di cui sono impregnate le posizioni di quanti negano qualsiasi oggettività al dato normativo produce effetti non auspicabili. "Il rischio concreto è infatti che giunga ad una situazione in cui si ha non già la subordinazione del potere alle regole giuridiche, bensì il diritto in funzione del potere e della esclusiva realizzazione degli scopi che il potere medesimo si propone". Più in generale sul tema, N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma – Bari 2004; Id., *Nichilismo e concetti giuridici*, Napoli, 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> G. Arena, L'implementazione della semplificazione amministrativa, in www.giustamm.it

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Sulla certezza del diritto a fronte delle proliferazione delle fonti, F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in L. Mengoni, F. Modugno, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003; E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Sulla difficoltà del processo di semplificazione, si rinvia allo studio di E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. Ammin.*, 1998, 335 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Sul punto, cfr. S. VILLAMENA, Autonomia locale e semplificazione amministrativa, in questa Rivista 2008, 3-4, 783 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Al riguardo potrebbero svolgersi numerose riflessioni che tuttavia rischierebbero di distrarre dal tema trattato. Ad ogni modo non può sottacersi come la pratica di modelli di azione concordata trovi un limite inesorabile in quella cultura del sospetto, tipicamente italiana, che tradizionalmente adombra forme di collusione o almeno di connivenza ogni qual volta l'amministrazione provi ad abbandonare la strada tradizionale dell'esercizio autoritativo del potere. D'altra parte, siffatta cultura pervade anche la magistratura inquirente, specie in aree del Paese caratterizzate dalla presenza diffusa di fenomeni di criminalità organizzata. Anche da qui la paralisi del ricorso a forme di amministrazione contrattata, permanendo tuttavia quella molto più perniciosa e deleteria forma di "consensualità sommersa", propria soprattutto della gestione degli interessi forti, molto efficacemente rilevata da A. Romano, anni orsono, nel suo noto saggio Il cittadino e la pubblica amministrazione, in Studi in memoria di V. Bachelet, I, Milano, 1987, 557. Sul tema del rapporto tra semplificazione e accordi, M.C. Cavallaro, Sulla configurabilità degli accordi tra pubblica amministrazione e privati come strumento di semplificazione, in questa Rivista 2008, 3-4, 569. V. inoltre A. Contieri, Accordo di programma e semplificazione, ivi 595, che analizza le differenti forme di semplificazione presenti in quell'istituto, criticando in modo particolare la previsione vincoli comportamentali a carico degli enti locali che partecipino ad esso.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> M.R. Spasiano, L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione, Napoli, 1995.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> М. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.* 2002, 169 ss. Т. Bonetti, *Semplificazione amministrativa e competitività*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2008, 173.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Sul punto, L. Vandelli, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*; L. Perfetti, Il *permanere dei paradigmi disciplinari e le difficoltà della semplificazione*, entrambi i lavori in questa Rivista 2008, 3-4, rispettivamente 433 ss. e 457 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Invero le tecniche di semplificazione sono molteplici. Per un'analisi delle stesse, ricondotte a quattro tipologie, cfr. L. Токсніл, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *L'Italia da semplificare*, cit., 400; sul tema, inoltre, V. Cerulli Irelli e F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Riv. Amm.* 2000, 618 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Sul punto, F. Merusi, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, cit., 340; Più in generale, dello stesso A., *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.* 2007, 427 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Sul punto, G. Corso, *Perché la complicazione?*, in questa Rivista 2008, 3-4, 326 s.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> In termini, ancora G. Corso, *Perché* cit., 328.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> L'esigenza di coniugare la garanzia della tutela ambientale con la celerità procedimentale è analizzata da F. Figorilli, in *L'autorizzazione integrata ambientale quale ulteriore strumento di semplificazione*, in questa Rivista 2008, 3/4, 683 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> F. Salvia, La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedimentali e semplicismi mediatici, in questa Rivista 2008, 3/4, 447 ss.; inoltre, R. Ferrara, Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità, in Riv. Dir. Proc. Amm. 1999, 327.

 $<sup>^{18}\,</sup>$  Sul tema, F. Merusi, La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio, in Dir. Amm. 2002, 527 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> M.R. Spasiano, Organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso, in Studi maceratensi dell'Università di Macerata, 2000.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> A. Zrro, nel suo saggio *Globalizzazione e concorrenza tra ordinamenti giuridici* ..., cit., 349, rileva come "il miglioramento della qualità della formazione è essenziale per recuperare non la certezza del diritto (ossia un mito), ma un livello minimo di prevedibilità che probabilmente, mai come in questo momento storico caratterizzato da una crescente complessità, si impone come n passaggio ineludibile anche ai fini dei processi di sviluppo economico".

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> In termini, F.G. Scoca, Accordi e semplificazione, in questa Rivista 2008, 3/4, 558.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Sul tema, A. Masucci, *Semplificazione amministrativa ed amministrazione digitale. L'avvio del procedimento amministrativo per via telematica*, in ivi 3/4, 539 ss. Sulle aste elettroniche quali strumento di aggravamento e non di semplificazione del procedimento cfr. D. Marrama, *Le aste elettroniche tra semplificazione ed efficienza*, ivi, in particolare 708 s.

F. Merusi, La semplificazione: problema legislativo o amministrativo, cit., 339.
 P. Stella Richter, I principi del diritto urbanistico, Milano, 2006, 169.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> D. D'Orsogna, *Note in tema di conferenza di servizi, semplificazione, operazione*, in questa Rivista 2008, 3-4, 589 utilmente individua il concetto di risultato giuridico, non pratico.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> In termini si pongono gli auspici condivisibili di una sistematizzazione che involga sia gli assetti strutturali che i profili funzionali, espressi da C. Barbatt, *Semplificazioni e processi decisionali nei sistemi multilivello*, in questa Rivista 2008, 3-4, 445 s. Sulla tendenza del legislatore a privilegiare l'organizzazione amministrativa piuttosto che i suoi processi, cfr. S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1998, 2, 701 ss. Dello stretto nesso tra profili organizzativi e funzionali, sotto il profilo della semplificazione, si occupa efficacemente il sag-

gio di M. D'Orsogna, *Lo sportello unico tra semplificazione e competitività*, in questa Rivista 2008, 3-4, in particolare 677 ss. Inoltre, M.R. Spasiano, *Sportello unico per l'edilizia*, in *T.U. dell'edilizia*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2009,120 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Sul tema, M.R. Spasiano, Funzione amministrativa e legalità di risultato, Torino 2003.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Il costo eccessivamente alto del silenzio-assenso in vista della semplificazione è ben posto in luce da G. Falcon, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?* in *Riv. Giur. Urban.* 2000, 121 ss. Sul tema cfr. anche E. Ferrari, *Dall'imerzia nel provvedere all'inerzia nel vigilare*, in *Scritti in onore di L. Mazzarolli*, Padova, 2007, II, 83 ss. In senso contrario all'istituto del silenzio assenso la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea: tra le decisioni si segnalano, per tutte, le sentenze 28 febbraio 1991 in C 360/87 e 14 giugno 2001 in C 230/2000.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Sul punto si rinvia nuovamente il lavoro di R. Ferrara, *Le "complicazioni"* cit., 327. Inoltre, M.A. Sandulli, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*; G. de Giorgi Cezzi, *La questione del potere nei procedimenti ad amministrazione inversa. Ovvero sulla possibile realizzazione di effetti costitutivi o permissivi con lo strumento della d.i.a.; F. Liguori, <i>La dichiarazione di inizio attività e la discrezionalità tecnica*; P.L. Portaluri, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*: i quattro saggi sono tutti contenuti in questa Rivista 2008, 3-4, rispettivamente alle pag. 405 ss, 619 ss., 635 ss., 657 ss.; C. Celone, *La denuncia di inizio attività per l'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica. Alcune postille sul regime speciale e generale della c.d. D.I.A.*, in ibidem, 713 ss. Sulla diversità dei poteri di autotutela dell'amministrazione a seguito di d.i.a. rispetto a quelli esercitabili in via ordinaria, cfr. A. Gandino, *La nuova D.I.A.: a proposito di semplificazione ed autotutela*, in *Foro Amm. TAR* 2005, 3811 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> In termini, sul punto, A. Police, *Prime riflessioni su semplificazione ed evidenza pubblica nei contratti della p.a.*, in questa Rivista 2008, 3-4, 693 s. In senso critico in ordine al rapporto tra semplificazione ed emergenza, dunque "ordinanze in deroga" e forme di commissariamento in grado di esautorare l'apparato organizzatorio ordinario basato su norme e principi costituzionali, F. Salvia, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedimentali e semplicismi mediatici, cit.*, 449. Più in generale sul tema si rinvia all'*Annuario 2005* dell'A.I.P.D.A. - Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Milano, 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> In questa prospettiva va collocato anche il pensiero di M. Immordino, espresso nel saggio *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in questa Rivista, 2008, 3-4, in particolare 611 ss.

<sup>32</sup> Il richiamato saggio di G. Corso è contenuto nel volume di questa Rivista, 2008, 3-4, 331.

## La presunta natura giuridica ibrida del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giurisdizione

#### di Marco Calabrò

Sommario: 1. Origine ed evoluzione del dibattito in ordine alla incerta natura giuridica del ricorso straordinario. - 2. Effettività della tutela e tentativo di estensione dello strumento dell'ottemperanza: analisi critica. - 3. Il ricorso straordinario quale espressione della funzione giustiziale della pubblica amministrazione: i rimedi necessari.

# 1. Origine ed evoluzione del dibattito in ordine alla incerta natura giuridica del ricorso straordinario

Una pronuncia di notevole interesse del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia (28 aprile 2008, n. 379) offre lo spunto per alcune considerazioni in merito alla natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato, questione per lungo tempo dibattuta, ma che sembrava aver raggiunto, negli ultimi anni, un assestamento definitivo, anche a seguito di alcune decisioni della Corte Costituzionale, nonché delle Sezioni Unite della Cassazione (sulle quali v. *infra*).

La citata pronuncia prende le mosse da un ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana, volto ad ottenere la rideterminazione della posizione retributiva di un pensionato, ricorso conclusosi con un decreto di accoglimento del quale, per l'appunto, il ricorrente chiedeva l'ottemperanza innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa<sup>1</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> In fase di correzione delle bozze del presente contributo, il Consiglio di Giustizia Amministrativa, con le sentenze 2 marzo 2009, n. 69 e 18 maggio 2009, n. 415 (rispettivamente in *www.giustizia-amministrativa.it* e *www.lexitalia.it*), si è nuovamente pronunciato sull'ammissibilità del ricorso in ottemperanza relativamente ad una decisione su di un ricorso straordinario. Anche in queste occasioni il C.G.A. – pur nella consapevolezza di porsi in contrasto con quanto sostenuto sul punto dalla Cassazione, dal Consiglio di Stato, nonché dalla stessa Corte Costituzionale – ha riproposto il medesimo percorso argomentativo che verrà descritto nella prosecuzione del presente scritto, insistendo, in particolare, sulla (presunta) peculiarità del ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia, al quale andrebbe riconosciuto un carattere spiccatamente giurisdizionale, tale da giustificare l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza.

Come è noto, uno dei presupposti di ammissibilità della proposizione di un ricorso in sede di ottemperanza è rappresentato dall'esistenza di una sentenza passata in giudicato, del giudice ordinario o di quello amministrativo<sup>2</sup>. Ebbene, è evidente che nel caso di specie, la questione che il Collegio ha dovuto affrontare in via preliminare attiene alla ammissibilità o meno di una assimilazione della decisione su un ricorso straordinario ad una sentenza passata in giudicato il che, evidentemente, presuppone una presa di posizione circa la natura giuridica amministrativa o giurisdizionale del suddetto provvedimento.

Le origini storiche del ricorso straordinario al Capo dello Stato legano senza alcun dubbio tale strumento a funzioni di giustizia: esso, infatti, rinviene le proprie radici nel potere che, nelle monarchie assolute, il sovrano aveva di rendere giustizia al suddito direttamente, attraverso l'aiuto di suoi consiglieri. In particolare, per quanto attiene al nostro ordinamento, tradizionalmente si fa discendere il rimedio in esame dal diritto del cittadino – previsto al principio dalle Costituzioni generali di Vittorio Amedeo II – di presentare un'istanza al Re, avverso sentenze o atti amministrativi, istanza che veniva poi decisa sentito il parere del Consiglio dei memoriali (poi riunitosi al Consiglio di Stato)<sup>3</sup>.

Durante la vigenza del sistema di giurisdizione unica, il ricorso straordinario finì per rivestire un ruolo essenziale in termini di tutela per il cittadino, rappresentando l'unico mezzo attraverso cui ricorrere avverso atti definitivi, lesivi di interessi legittimi<sup>4</sup>. A seguito della istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, tuttavia, la suddetta categoria di interessi ottenne nuovamente tutela giurisdizionale e ciò rese – agli occhi di molti – improvvisamente priva di alcuna giustificazione la permanenza del rimedio in esame, il cui fine era ormai più adeguatamente perseguito dagli organi della giustizia amministrativa<sup>5</sup>. Le ragioni

Si segnala, altresì, una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato (Sez, IV, 4 giugno 2009, n. 3463, in *www.lexitalia.it*) con la quale i Giudici di Palazzo Spada hanno, al contrario, ribadito la necessità di riconoscere natura amministrativa al ricorso straordinario al Capo dello Stato, con conseguente inammissibilità del giudizio di ottemperanza.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ulteriore presupposto processuale richiesto è la previa proposizione di una diffida a provvedere inoltrata all'amministrazione. Non viene usualmente fatto rientrare tra i requisiti di ammissibilità, invece, l'inadempimento dell'amministrazione; esso costituisce, piuttosto, vero e proprio oggetto del giudizio. Sul punto si rinvia alle considerazioni di S. Tarullo, *Esecuzione ed ottemperanza*, in *Giustizia amministrativa* (a cura di F.G. Scoca), Torino, 2006, 465 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Sul punto v. S. Lessona, *La Giustizia nella amministrazione*, Bologna, 1958, 67.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Cfr., al riguardo, le osservazioni di G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 101 ss. e E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 132 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Non a caso, pochi anni dopo (1897) venne presentato dal Governo un disegno di legge che prevedeva, tra l'altro, la soppressione del ricorso straordinario, anche alla luce della considerazione che, all'epoca, tale rimedio era privo di un termine decadenziale, con consequenziale assoggettamento perenne degli atti amministrativi alla "minaccia" dell'annullamento. L'iniziativa legislativa non ebbe esito, ed il problema del termine venne risolto con l'introduzione – ad opera della l. n. 62/1907 – di un termine di 180 giorni per la presentazione del ricorso. In argomento si rinvia a G. Chevallardo,

per cui non si giunse alla soppressione del ricorso straordinario furono essenzialmente pratiche, da rinvenire, in definitiva, nella sussistenza di caratteristiche tali da renderlo ancora un rimedio in grado di offrire forme di tutela efficaci non del tutto sovrapponibili a quelle giurisdizionali (termine più ampio, costi contenuti, semplicità delle forme)<sup>6</sup>. Ragioni giustificatrici che furono poi successivamente confermate dalla stessa Corte Costituzionale, che ebbe modo di sottolineare come, tramite il rimedio in esame, i cittadini fossero in grado di contrastare eventuali illegittimità di atti amministrativi "con modica spesa, senza bisogno dell'assistenza tecnico-legale e con il beneficio di termini di presentazione del ricorso particolarmente ampi"<sup>7</sup>.

Ebbene, in relazione all'istituto del ricorso straordinario<sup>8</sup> negli anni è sorto

Ricorso straordinario (Il ricorso straordinario al Capo dello Stato), voce in Nss. dig., XV, Torino, 1968, 1041; A. Travi, Ricorsi amministrativi, in A. Romano (a cura di), Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, Padova, 1992, 193.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> La dottrina è concorde nel sostenere la tesi secondo la quale sono queste – e non considerazioni di ordine giuridico – le uniche ragioni della permanenza del ricorso straordinario anche a seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. In termini v. F. D'Alessio, *Le leggi sulla giustizia amministrativa*, Torino, 1938; V. Bachelet, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 811. Più di recente, sulla correttezza della scelta effettuata dal legislatore dell'epoca di non sopprimere un rimedio comunque dotato di notevole efficacia v. M. Giovannini, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 71.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Corte Cost., 31 dicembre 1986, n. 298, in *Foro it.*, 1987, 674. In realtà la Consulta è stata in più occasioni sollecitata a pronunciarsi in merito al ricorso straordinario, concludendo sempre per la conferma della sua legittimità costituzionale. Un primo profilo contestato riguardava il presunto contrasto con l'art. 87 Cost., non essendo ivi menzionato – tra i poteri del Capo dello Stato – anche quello di decidere sui ricorsi straordinari; al riguardo, venne semplicemente osservato come l'attribuzione del Presidente della Repubblica, nella fattispecie, si rivela meramente formale, essendo sostanzialmente imputabile la decisione al Ministro competente. Una seconda questione venne sollevata in merito alla regola dell'alternatività fra ricorso straordinario e giurisdizionale, e sul suo presunto contrasto con il principio della pienezza della tutela giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost.: anche in questo caso la Corte superò le eccezioni di incostituzionalità sostenendo come la suddetta regola si risolva in una scelta "che sollecita l'autonomia soggettiva e, così essendo, non intacca il precetto costituzionale che garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi", (Corte Cost., 2 luglio 1966, n. 78, in *Giur. cost.*, 1966, 1013). Per una completa ricostruzione della vicenda si rinvia a A.M. Sandulli, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 395 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> La bibliografia concernente i diversi profili di rilievo del ricorso straordinario è molto ampia. Senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia a: V. Bachelet, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 810 ss.; P.G. Lignani, *Il ricorso straordinario tra diritto ed equità*, in *Foro amm.*, 1980, 534 ss.; G. Paleologo, *Ricorso straordinario*, voce in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 3; C.E. Gallo, *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1172 ss.; M. Giovannini, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; L. Mazzarolli, *Ricorso straordinario e am-*

un ampio ed articolato dibattito circa la possibilità – alla luce della peculiarità di alcuni suoi caratteri che sembrano porlo sul confine tra giurisdizione e amministrazione<sup>9</sup> – di inquadrarlo tra gli strumenti (almeno sostanzialmente) giurisdizionali. I dubbi circa la reale natura giuridica da riconoscere al ricorso straordinario, invero, affondano le proprie radici nello stesso inquadramento storico dell'istituto: mentre una parte della dottrina, infatti, lo riconduce ai c.d. rimedi di "giustizia ritenuta", quali poteri di carattere puramente giurisdizionale attribuito direttamente al Sovrano<sup>10</sup>, altri autori ritengono, invece, di poter riconoscere nel ricorso in esame un'evoluzione dei c.d. rimedi in via "graziosa", di cui era comunque titolare il Re, ma che rivestivano la natura di atti amministrativi<sup>11</sup>.

In effetti, diversi sono gli elementi che sembrerebbero suggerire l'adesione alla tesi della natura giurisdizionale del rimedio in esame: al riguardo, è stata evidenziata, innanzitutto, la piena garanzia del contraddittorio (assicurata dalla prevista notificazione del ricorso ad almeno uno dei controinteressati "nei modi e nelle forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali", art. 9 d.P.R., n. 1199/1971); a ciò si aggiunga come il parere del Consiglio di Stato che precede la decisione sia stato significativamente qualificato "espressione di un'attività di pura e semplice applicazione del diritto oggettivo"<sup>12</sup>, avente natura giurisdizionale, pur non costituendo un giudicato in senso tecnico<sup>13</sup>. Lo stesso principio dell'alternatività tra il rimedio amministrativo e quello giurisdizionale troverebbe un suo fondamento logico proprio nella sostanziale riconducibilità del primo alla funzione di composizione di una lite, in relazione alla quale rileva la legittimità o meno di un atto amministrativo. Una parte della giurisprudenza amministrativa, in defini-

ministrazioni indipendenti, in Dir. amm., 2002, 393 ss.; M. Immordino, Il ricorso straordinario al Capo dello Stato, in Giustizia Amministrativa (a cura di F.G. Scoca), Torino, 2006, 507 ss.; L. Bertonazzi, Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale, Milano, 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Utilizza tale immagine Mazzarolli, il quale conclude comunque sostenendo la necessità di individuare chiaramente da quale parte collocare il rimedio in esame rispetto alla ipotetica linea di confine tra attività amministrativa e giurisdizionale. Cfr. L. Mazzarolli, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 694.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> In termini cfr. F. Cammeo, Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, Milano, 1910, 624; L. Ragnisco, M. Rossano, I ricorsi amministrativi, Roma, 1954, 316; T. Ancora, Riconsiderazione dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nella sua natura giuridica e nel suo funzionamento, in Cons. St., 1986, 1387 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Su tali posizioni si assestano: V. Bachelet, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, cit.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1264.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 ottobre 2005, n. 695, in Foro amm. CDS, 2005, 3066.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. II, 13 maggio 2004, n. 1695, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1300; *Cons. Giust. Amm. Reg. Sic.*, 7 novembre 2002, n. 604, in *Foro amm. CDS*, 2002, 3021; Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934, in *Foro amm.*, 2001, 2844; Cons. Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6697, in *Foro amm.*, 2000, 1312. *Contra* T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 13 aprile 2006, n. 583, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

tiva, ha per lungo tempo riconosciuto natura sostanzialmente giurisdizionale alla decisione sul ricorso straordinario, nella misura in cui essa "costituisce un atto di definizione della controversia non suscettibile di essere annullato, revocato o riformato dall'Amministrazione ed inoltre, in forza del principio fondamentale dell'alternatività del ricorso straordinario rispetto al ricorso giurisdizionale, svolge un ruolo sostitutivo della decisione del giudice"<sup>14</sup>.

Tale posizione ha subito, tuttavia, un deciso arresto a seguito di una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 15978/2001)<sup>15</sup>, con la quale – nonostante venissero riconosciute diverse specificità in capo al ricorso straordinario, tali da porlo al di fuori del generale sistema amministrativo di tipo gerarchico – si affermava in ogni caso la sua natura amministrativa e non giurisdizionale. Le ragioni poste a fondamento della suddetta decisione erano essenzialmente due: da un lato, la titolarità del potere decisorio, di fatto posta in capo ad un'autorità amministrativa<sup>16</sup> (il Ministro competente per materia), autorità del tutto priva dei caratteri "indefettibili dei procedimenti giurisdizionali" della terzietà ed imparzialità, dall'altro, la circostanza che la suddetta competenza ministeriale non si rivelava affatto – come invece sostenuto da molti – puramente esecutiva, ben potendo il ministro, come è noto, discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, investendo della questione il Consiglio dei Ministri.

A fronte di tale netta presa di posizione da parte delle Sezioni Unite, la giurisprudenza amministrativa, allineandosi a quanto da tempo sostenuto dalla quasi totalità della dottrina, ha finito anch'essa per orientarsi per una ricostruzione del fenomeno in chiave amministrativa, evidenziando alcuni caratteri dello stesso ritenuti incompatibili con una natura di tipo giurisdizionale. Tra questi sarebbero da annoverare la segretezza dell'attività istruttoria (sostanzialmente gestita in via unilaterale dal Governo), l'assenza di discussione orale, nonché, in via principale, la circostanza che la decisione finale spetta al Ministro, organo di vertice della pubblica amministrazione<sup>17</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> T.A.R. Toscana, Sez. II, 15 marzo 2000, n. 451, in *Ragiusan*, 2000, 51; T.A.R. Lombardia Milano, 11 luglio 1995, n. 954, in *TAR*, 1995, 3628; Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 1991, n. 92, in *Foro amm.*, 1991, 419.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Riv. amm. it.*, 2002, 229. Tale pronuncia si collega espressamente ad un remoto precedente (Cass. civ., Sez. V, 2 ottobre 1953, n. 3141, in *Foro it.*, 1953, I, 1577), ai sensi del quale, tra l'altro, la natura amministrativa della decisione sul ricorso straordinario avrebbe comportato che il dovere di uniformarsi ad esso da parte della p.a. sarebbe disceso non tanto dalla forza intrinseca del provvedimento, quanto dalla posizione di preminenza rivestita dal Presidente della Repubblica.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Che il ruolo del Capo dello Stato nel contesto in esame sia del tutto simbolico è stato sostenuto sin dall'inizio dalla migliore dottrina. Sul punto v. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 698; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 113; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, cit., 97. Tra gli autori più recenti, v. A. MEALE, *Ricorsi amministrativi e ordinamento regionale*, Padova, 2005, 157.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> In termini v., tra gli altri, O. Ranelletti, *Le guarentigie amministrative e giurisdizionali della* 

Dal riconoscimento della natura amministrativa derivano, ovviamente, diverse rilevanti conseguenze di ordine processuale, quali l'inammissibilità del ricorso per cassazione avverso la decisione sul ricorso straordinario<sup>18</sup>, nonché l'impossibilità, da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva di sollevare con il parere una questione incidentale di legittimità costituzionale. Al riguardo è importante osservare come anche la Corte Costituzionale abbia avuto più volte modo, negli ultimi anni, di ribadire la necessità di inquadrare la decisione sul ricorso straordinario nell'ambito dei provvedimenti amministrativi, con consequenziale inammissibilità di una eventuale questione di legittimità costituzionale, in quanto sollevata da un organo non giurisdizionale<sup>19</sup>.

### 2. Effettività della tutela e tentativo di estensione dello strumento dell'ottemperanza: analisi critica

Il dibattito più acceso in relazione alla natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario si è incentrato, tuttavia, sull'esperibilità o meno del rimedio dell'ottemperanza al fine di imporre l'esecuzione della decisione finale, che rappresenta, poi, proprio l'oggetto della pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa da cui hanno preso le mosse queste brevi considerazioni<sup>20</sup>. Al riguardo, può osservarsi come – antecedentemente al citato arresto delle Sezioni Unite circa la natura formalmente e sostanzialmente amministrativa da riconoscere al rimedio in esame – la maggior parte delle pronunce del Consiglio di Stato sul punto concludevano per l'esperibilità del rimedio dell'ottemperanza anche nei confronti della decisione sul ricorso straordinario<sup>21</sup>. In particolare,

giustizia nell'amministrazione, Milano, 1930, 266; E. Guicciardi, La giustizia amministrativa, cit., 132; G. Zanobini, Corso di diritto amministrativo, cit., 103; M.S. Giannini, La giustizia amministrativa, Roma, 1972, 100; G. Acquarone, Inadempimento di decisione sul ricorso straordinario ed esperibilità del ricorso previsto dall'art. 27 n. 4 T.U. sul Consiglio di Stato, in Foro it., 1955, 78 ss. In giurisprudenza, ex multis, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2322, in www.gistizia-amministrativa.it.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Cfr. Cass. civ., 5 aprile 2007, n. 8618, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 650; Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 2005, n. 734, in *Foro amm. CDS*, 2005, 62.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Corte Cost., 21 luglio 2004, n. 254, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2460, con nota di A.L. Tarasco, *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, nonché in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 652 ss., con nota di M. Giovannini, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata.* V., anche, Corte cost. (ord.), 17 dicembre 2004, n. 392, in *Giur. cost.*, 2005, 2149, con nota di N. Pignatelli, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l'«ircocervo».* 

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Per una completa ricostruzione dell'intera problematica v., da ultimo, L. Bertonazzi, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, cit., 69 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934, in *Foro amm.*, 2001, 2844; Cons. Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Giur. it.*, 2001, 842; Cons. Stato, Sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843,

veniva innanzitutto sottolineato come quest'ultima, sotto un profilo soggettivo, pur non essendo emessa da un organo facente parte formalmente del potere giurisdizionale, si fondasse su un parere (rarissimamente disatteso) rilasciato da un soggetto di cui sono costituzionalmente garantite l'indipendenza e l'imparzialità, il che avrebbe dovuto indurre – *ex se* – a riconoscere nel ricorso straordinario una sorta di connaturata ibridazione tra profili giurisdizionali e amministrativi. Veniva altresì evidenziato che la decisione in questione – attese le notevoli peculiarità rinvenibili nella sua disciplina rispetto a quella degli altri ricorsi amministrativi, la sua "alternatività" rispetto alla sentenza, nonché la sua ridottissima passibilità di impugnazione (solo per *errores in procedendo*<sup>22</sup>, ed in modo pieno nelle rare ipotesi di decisione difforme dal parere rilasciato dal Consiglio di Stato) – avrebbe finito per risultare del tutto assimilabile ad un giudicato, anche in senso formale.

I fautori della esperibilità dell'ottemperanza e, quindi, della natura giurisdizionale del provvedimento in esame, ritenevano (e ritengono tuttora) di poter rinvenire un decisivo conforto alla propria tesi nella nota pronuncia della Corte di Giustizia del 16 ottobre 1997<sup>23</sup>, con la quale il supremo organo di giustizia dell'Unione Europea aveva qualificato espressamente "organo giurisdizionale" il Consiglio di Stato nella veste di organo consultivo nell'ambito del procedimento di un ricorso straordinario. In realtà, a ben vedere, la Corte di Giustizia si era limitata ad affermare come nella fattispecie fosse possibile rinvenire la sussistenza di tutti quei requisiti necessari affinché un soggetto possa essere considerato "giudice di uno Stato membro", e, di conseguenza, adire la Corte stessa ai sensi dell'art. 177 (ora 234) del Trattato CE: erano, in particolare, evidenziati l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, la sua indipendenza, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, l'applicazione di norme giuridiche.

Ebbene, come hanno avuto modo di chiarire le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – proprio nel dichiarare il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza di una decisione su ricorso straordinario – la Corte di Giustizia è legittimata a desumere la qualità di "giudice" di un organo dall'analisi delle norme comunitarie unicamente ai fini dell'individuazione dei soggetti ammessi a sottoporle questioni in via pregiudiziale<sup>24</sup>, laddove, al contrario,

in *Dir. proc. amm.*, 2001, 800, con nota di F. Gaffuri, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato.* 

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2007, n. 999, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 532; T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 13 aprile 2006, n. 583, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> In Cons. St., 1997, 86. Sul punto cfr. M. Ркотто, Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria, in Urb. e app., 1998, 442 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 16 ottobre 1997, n. 79, in *Foro amm.*, 1997, 2610; Corte di Giustizia, 17 settembre 1997, c. 54/96; Corte di Giustizia, 6 ottobre 1981, n. 246, in *Foro it.*, 1983, 210.

la nozione di organo giurisdizionale rilevante nella fattispecie del ricorso straordinario deve essere ricavata dalle sole disposizioni di diritto interno<sup>25</sup>. Al riguardo, pertanto, è stato efficacemente osservato come fosse del tutto ingiustificato "desumere, dalla qualificazione data, ai propri fini, dal giudice comunitario al parere del Consiglio di Stato, la riprova dell'intervenuto acquisto da parte dell'organo consultivo, anche nell'ordinamento giuridico di appartenenza, di poteri decisori che non gli competono e che il suddetto ordinamento non gli ha mai attribuito"<sup>26</sup>.

La posizione tesa a riconoscere natura giurisdizionale alla decisione sul ricorso straordinario – e di conseguenza a consentire il rimedio dell'ottemperanza nei suoi confronti – si rivela, dunque, assolutamente recessiva. Pur tuttavia, in relazione al profilo della concreta esecuzione dei provvedimenti in esame, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria afferma chiaramente l'obbligo dell'amministrazione titolare della funzione di amministrazione attiva di dare esecuzione alla decisione, senza alcun margine di valutazione circa il contenuto, i tempi e i modi<sup>27</sup>. In sostanza si ritiene che la natura amministrativa dell'atto con cui viene deciso un ricorso straordinario, in uno con il suo carattere cogente, imponga al destinatario che legittimamente ne pretenda l'esecuzione di impugnare il silenzio rifiuto formatosi sulla diffida a provvedere oppure, in caso di atto elusivo o chiaramente contrastante con la decisione presidenziale da parte della p.a., di impugnare detto atto ed ottenerne l'annullamento in quanto invalido per eccesso di potere<sup>28</sup>. Particolarmente interessanti le osservazioni svolte,

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> G. Ferrari, I ricorsi amministrativi, in S. Cassese (a cura di) Trattato di diritto amministrativo, 2003, 4180.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 641, in <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I bis, 23 ottobre 2006, n. 10879, in <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Stato, Sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5501, in <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">Foro amm.-CDS</a>, 2003, 2629; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5393, <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Stato, Sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5501, in <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">Foro amm.-CDS</a>, 2003, 2629; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5393, <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Stato, Sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5501, in <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">Foro amm.-CDS</a>, 2003, 2629; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5393, <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Stato, Sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5394, <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5393, <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5393, <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5393, <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5460; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 7 novembre 2002, n. 604, <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 7 novembre 2002, n. 604, <a href="https://www.giustizia-amministrativa.it">www.giustizia-amministrativa.it</a>; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 7 novembre 2002, n. 604, <a h

Non mancano, tuttavia, eccezioni all'operatività di tale obbligo; al riguardo si rinvia alla successiva nota 32.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> In termini, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2007, n. 4156, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Interessante, in quanto tesa ad ammettere la contestuale operatività di entrambe le forme di modalità esecutiva, una recente sentenza del T.A.R. Lazio, ove si afferma che "Quand'anche si volesse ammettere la positiva esperibilità del giudizio di ottemperanza anche per l'esecuzione delle determinazioni decisorie del ricorso straordinario, va tuttavia osservato come tale percorso di tutela non può comunque configurarsi se non in un rapporto di alternatività rispetto alla possibilità – tuttora consentita dall'ordinamento – di sollecitare la conformazione di un'Amministrazione al decreto del Presidente della Repubblica mediante l'esercizio, in primo grado, degli strumenti di tutela accordati dal sistema processuale amministrativo per reagire ad un'ingiustificata inerzia amministrativa", T.A.R. Lazio Roma, Sez. I bis, 18 dicembre 2007, n. 13528, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

al riguardo, da una recente dottrina, che sostiene non solo la illegittimità, bensì anche la non opportunità del richiamo al rimedio dell'ottemperanza, in quanto l'obbligo dell'amministrazione di eseguire la decisione straordinaria sarebbe direttamente desumibile da una lettura congiunta degli artt. 24, co. 1 e 100, co. 1 della Costituzione, in base ai quali "l'ordinamento non può tollerare che l'atto definitorio di un procedimento alternativo a carattere giustiziale, finalizzato a tutelare gli interessi del soggetto che ad esso volontariamente ricorre, non trovi un'adeguata esecuzione, con evidente frustrazione delle stesse finalità di giustizia sostanziale che ne giustificano l'esistenza"<sup>29</sup>.

In questo contesto, ormai apparentemente lineare, si pone in maniera significativa come "voce fuori dal coro" il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana. Già nell'ottobre del 2005, con sentenza n. 695, tale organo si era pronunciato favorevolmente circa l'esperibilità del ricorso in ottemperanza anche nei confronti della decisione su un ricorso straordinario. In quella sede, venivano sostanzialmente riproposti i diversi profili (garanzia del contraddittorio, ruolo ricoperto dal Consiglio di Stato, utilizzabilità dei mezzi cautelari, forza cogente della decisione) tradizionalmente richiamati da parte di coloro che ritengono debba riconoscersi natura giurisdizionale al rimedio in esame, concludendosi che "del tutto coerente con il carattere alternativo dell'istituto, con la forza della decisione straordinaria incontrovertibile (analoga a quella del giudicato) e con una logica di tutela del cittadino, appare lo strumento dell'ottemperanza che consente di concentrare tutte le denunce di inerzia (totale o parziale), di violazione e di elusione in un unico mezzo di tutela e che consente anche la esecuzione a mezzo di Commissario" 30.

A ben vedere, tuttavia, la pronuncia del 2005 nulla aggiungeva rispetto a quanto già ampiamente esaminato e confutato – come si è osservato *supra* – prima dalla Cassazione e, in seguito, anche dallo stesso Consiglio di Stato. Più di recente, invece, il massimo organo di giustizia amministrativa della Regione Sicilia ha avuto modo di tornare sul punto e di confermare la propria posizione minoritaria, introducendo, nuove argomentazioni che militerebbero a favore della

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, cit., 95.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Cons. Giust. amm. Reg. Sic., 19 ottobre 2005, n. 695, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066, con nota di A. Corsaro, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*. In quella sede, il Consiglio di Giustizia Amministrativa evidenziava un'ulteriore argomentazione idonea a confermare la configurazione del ricorso straordinario quale rimedio a carattere giurisdizionale. Tale ragione, tuttavia, non rileva nell'economia del presente contributo, in quanto in ogni caso, limiterebbe la propria valenza nell'ambito della sola regione Sicilia: essa consiste, infatti, nella circostanza che, ai sensi dello Statuto della regione siciliana, sui ricorsi straordinari il parere è reso dalle Sezioni riunite del Consiglio di Giustizia Amministrativa (pertanto, sia da quelle consultive che da quelle giurisdizionali).

stessa. In particolare, con la citata sentenza n. 379/2008, il Consiglio di Giustizia Amministrativa si sofferma innanzitutto su ragioni di ordine logico, ricordando come la scelta di agire in via straordinaria sia spesso dettata da motivi di carattere economico che finirebbero per essere del tutto frustrati nell'ipotesi in cui la parte – in caso di inerzia della p.a. – fosse costretta sostanzialmente a riproporre la propria domanda in sede giurisdizionale al fine di ottenere concreta soddisfazione del suo interesse, con rilevanti perdite in termini di tempo e costi.

Al riguardo, invero, pur condividendosi le preoccupazioni sollevate in relazione alle carenze del sistema in termini di giustizia sostanziale, appare sufficiente sottolineare come mere ragioni di opportunità non possano fondare, da sole, il riconoscimento, in capo ad un istituto giuridico, di una natura giurisdizionale piuttosto che amministrativa.

In realtà, tale pronuncia si segnala soprattutto per aver introdotto un profilo di indagine del tutto nuovo in favore dell'esperibilità del rimedio dell'ottemperanza nei confronti della decisione sul ricorso straordinario. Ivi viene, infatti, richiamato il recente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), il cui art. 245 dispone al primo comma che gli atti delle procedure di affidamento relativi a lavori, servizi e forniture sono impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente o mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e, al secondo comma, che si applicano "gli strumenti di esecuzione di cui agli articoli 33 e 37, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034" (ottemperanza per esecuzione di giudicato, per l'appunto). Ebbene, i giudici siciliani sostengono che l'espresso richiamo al giudizio di ottemperanza debba necessariamente riferirsi anche al ricorso straordinario, in quanto altrimenti esso non avrebbe alcun senso, laddove se si fosse riferito unicamente ai ricorsi innanzi al T.A.R. sarebbe stato implicito: "si deve allora concludere che con tali disposizioni il legislatore abbia inteso ribadire, chiarire e precisare - ciò essendosi reso opportuno proprio in ragione del dibattito giurisprudenziale in atto - che il sistema vigente consente di esperire il ricorso in ottemperanza anche per ottenere l'attuazione di quanto deciso, in conformità al parere del Consiglio di Stato, in esito a un ricorso straordinario".

In realtà, a parere di chi scrive, il legislatore, proprio perché consapevole della delicatezza della questione, se veramente avesse voluto affermare definitivamente l'utilizzabilità del rimedio dell'ottemperanza anche in relazione al ricorso straordinario, avrebbe agito in modo differente. Al di là della eccentricità dell'inserimento di una disposizione avente ad oggetto la materia della giustizia in uno degli ultimi articoli di una normativa di settore, è legittimo ritenere che egli si sarebbe espresso in maniera ben più chiara ed inequivoca, se non altro alla luce della posizione maggioritaria della giurisprudenza contraria a tale affermazione. Sembra, pertanto, trattarsi dell'ennesima disposizione di legge formulata in maniera imprecisa, con la quale si è detto più di quanto si volesse intendere, e che, di conseguenza, non modifica alcunché in merito all'inammissibilità di una even-

tuale riconduzione del ricorso straordinario agli istituti giuridici di natura giurisdizionale, a causa della mancanza di alcuni requisiti indispensabili sui quali ci si è ampiamente soffermati *supra*.

# 3. Il ricorso straordinario quale espressione della funzione giustiziale della pubblica amministrazione: i rimedi necessari

Nonostante, dunque, la perdurante sussistenza di sporadiche (anche se "ostinate") posizioni giurisprudenziali volte a riconoscere natura giurisdizionale al ricorso straordinario, si ritiene di dover aderire alla tesi, ad oggi ancora dominante sia in dottrina che in giurisprudenza, che riconduce il rimedio in esame alla funzione amministrativa<sup>31</sup>. Argomento determinante in tal senso, si ribadisce, è rappresentato dalla facoltà, riconosciuta al Ministro, di concludere il procedimento sulla base di una propria autonoma valutazione, che si discosti dal parere del Consiglio di Stato: nonostante, infatti, tale eventualità si riveli piuttosto rara, è evidente che anche una sua previsione astratta è in grado di inficiare qualsiasi ricostruzione del fenomeno in termini puramente giurisdizionali<sup>32</sup>. Particolarmente interessanti, al riguardo, le osservazioni di Bassi, il quale condivisibilmente sostiene che l'eventuale decisione governativa di discostarsi dal parere

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> V., da ultimo, M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, cit., 94; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., ove viene individuata, quale indice della natura amministrativa del rimedio in esame, la circostanza che "mentre nel ricorso straordinario la verifica di legittimità degli atti impugnati, sotto il profilo del controllo finale degli atti medesimi, si svolge in un contesto sostanzialmente interno all'amministrazione, diversamente il ricorso giurisdizionale presuppone la fuoriuscita dal processo formativo dell'atto", 509. V. anche L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., il quale, dopo aver richiamato l'art. 111, co. 2 Cost., a mente del quale ogni processo deve svolgersi, tra l'altro, in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale, sottolinea che "al fine di porre rimedio a tutti gli aspetti di incostituzionalità, che presenterebbe la normativa sul ricorso straordinario se considerato quale espressione della funzione giurisdizionale, occorrerebbe introdurvi tali e tante modifiche da alterare radicalmente l'istituto stesso", 702.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Sul punto cfr. M. Gola, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il* "caso" del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 152 ss.; E. Fren, *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3737 ss. Si richiamano anche le osservazioni effettuate dalla Cassazione, laddove individua il vero protagonista del procedimento in esame in "un'autorità amministrativa che, come si è posto in evidenza, non è neppure vincolata in modo assoluto dal parere espresso dal Consiglio di Stato, e può quindi risolvere la controversia secondo criteri diversi da quelli risultanti "dalla pura e semplice applicazione delle norme di diritto", che rappresentano l'aspetto caratterizzante delle decisioni adottate in sede giudiziaria", Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, cit.

del Consiglio di Stato non possa fondarsi su ragioni di pura interpretazione giuridica, bensì su valutazioni discrezionali di interesse pubblico: non sarebbe in alcun modo giustificabile, del resto, che ad un organo cui sono affidati poteri ampiamente discrezionali di direzione politico-amministrativa venisse assegnato "il compito di rivedere sotto il profilo strettamente giuridico l'opinione espressa da una struttura che è ovviamente contraddistinta da una competenza e da una preparazione assai più specifiche e penetranti di quelle del Governo"<sup>33</sup>.

La non correttezza dell'operazione con la quale si intende riconoscere natura sostanzialmente giurisdizionale alla decisione su ricorso straordinario e, di conseguenza, forza di giudicato alla stessa, risulta, altresì, confermata da un diverso profilo. La giurisprudenza amministrativa è concorde nell'affermare che, pur avendo la decisione in esame, in linea di principio, carattere cogente, tale obbligo di provvedere non risulterebbe privo di eccezioni: laddove, infatti, emergesse il carattere palesemente infondato della pretesa, l'amministrazione sarebbe legittimata a non eseguire la decisione "in quanto non sarebbe utile per il ricorrente e del tutto pregiudizievole per l'amministrazione l'imposizione dell'obbligo di pronunciare sulla domanda"<sup>34</sup>. Ebbene, attesa l'esistenza – anche se unicamente nel contesto delineato – di un pur minimo margine di discrezionalità che residua in capo all'amministrazione circa la necessità o meno di portare ad esecuzione quanto stabilito in sede di ricorso straordinario, non può che concludersi per l'inammissibilità di una riconduzione della decisione in esame ad un giudicato, tanto in senso formale, quanto in senso sostanziale.

Tutto ciò posto, è evidente che – sebbene non rilevi in termini di espressione della funzione giurisdizionale – l'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato configura uno strumento posto a tutela del cittadino. In particolare, esso sembra riconducibile all'esercizio della funzione giustiziale della pubblica amministrazione, funzione attraverso cui la p.a risolve al proprio interno, in modo imparziale ed obiettivo, un conflitto con il cittadino, attraverso procedure a carattere contenzioso in cui sono rispettati i caratteri del contraddittorio e della pubblicità, e senza la necessità che esso venga portato innanzi al potere giudiziario<sup>35</sup>. Tra gli elementi a favore del carattere giustiziale del rimedio in esame si

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Cfr. N. Bassı, Applicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai rapporti fra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale amministrativo, in Dir. proc. amm., 1999, 555 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 30 luglio 2007, n. 7179, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In termini v., anche, T.A.R. Toscana, Sez. II, 21 ottobre 2005, n. 4790 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 19 ottobre 2005, n. 9034, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> In dottrina non sono numerosi gli scritti che si sono occupati espressamente ed in maniera organica della funzione giustiziale della pubblica amministrazione. Tra questi si ricordano: F. Balboni, Amministrazione giustiziale, Padova, 1986; V. Caputi Jambrenghi, La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo, Milano, 1991; M.P. Chiti, L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale, in Scritti in onore di Pietro Virga, Milano, 1994, 543 ss.; G. Ligugnana, Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa, Padova,

pone innanzitutto la forza vincolante riconosciuta allo stesso, che – fatta salva la richiamata eccezione relativa ad una fattispecie di silenzio tenuto a fronte di una pretesa palesemente infondata – impone all'amministrazione di eseguirne il contenuto senza alcun margine di valutazione nell'*an* e nel *quid*<sup>36</sup>. A tale profilo si aggiunga come, per quanto attiene al rispetto del contraddittorio, la normativa preveda la notificazione del ricorso ad almeno uno dei controinteressati "nei modi e nelle forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali" (art. 9 d.P.R., n. 1199/1971)<sup>37</sup>, con consequenziale pieno rispetto del principio del giusto processo<sup>38</sup>. Anche in termini di completezza e tempestività della tutela il rimedio appare adeguato a soddisfare i requisiti propri della funzione giustiziale: la giurisprudenza ha, infatti, da tempo affermato – anticipando quanto poi disposto in sede legislativa dall'art. 3, co. 4 della l. n. 205/2000 – l'ammissibilità della richiesta di misure cautelari anche in sede di ricorso straordinario, attribuendo al Ministro competente, previo parere del Consiglio di Stato, il potere di sospendere il provvedimento impugnato<sup>39</sup>.

Alla luce di queste prime valutazioni sembrerebbe delinearsi un quadro piuttosto netto del ricorso straordinario, quale strumento contraddistinto – mal-

<sup>2004;</sup> S. Sticchi Damiani, Sistemi alternativi alla giurisdizione. Adr nel diritto dell'Unione Europea, Milano, 2004; N. Longobardi, Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie, in Dir. proc. amm., 2005, 52 ss.; M. Giovannini, Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie, Bologna, 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Si rinvia alle pronunce giurisprudenziali richiamate alla precedente nota 24. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. I, 11 novembre 1998, n. 688, in *Cons. St.*, 1999, 1801, dove si chiarisce che "Il ricorso straordinario, in virtù del principio di alternatività, e dunque di fungibilità rispetto al rimedio giurisdizionale, deve tendere ad assicurare il massimo grado di tutela al ricorrente, pur nel rispetto del diverso schema legale disegnato dal legislatore, al fine di rendere effettiva la funzione giustiziale, seppur non giurisdizionale, del procedimento".

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1874, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2004, n. 6593, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. I, 15 novembre 2000, n. 977, in *Cons. St.*, 2001, 147; Cons. Stato, Sez. I, 26 maggio, 1999, n. 299, *ivi*, 2000, 459. La giurisprudenza chiarisce altresì come l'onere della notifica operi unicamente nel caso sussistano controinteressati identificabili dal contesto dell'atto impugnato (Cons. Stato, Sez. II, 20 marzo 1996, n. 1740, in *Cons. St.*, 1997, 1160).

Collega espressamente la garanzia del contraddittorio al carattere giustiziale del rimedio in esame M. Immordino, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 514

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Il rispetto del contraddittorio non appare inficiato dalla circostanza del mancato obbligo della notifica anche all'amministrazione che ha emanato il provvedimento, atteso che il contraddittorio nei confronti di tale autorità deve in ogni caso essere integrato d'ufficio a cura del Ministero durante la fase istruttoria. In termini cfr. Cons. Stato, Sez. I, 9 luglio 2003, n. 2170, in *Cons. St.*, 2003, 2870; Cons. Stato, Sez. II, 24 settembre 1997, n. 2542, *ivi*, 1999, 138. Sulla tematica, in generale, v. P.L. Lod, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Cons. St.*, 2004, 1863.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 14 febbraio 2001, n. 127, in *Cons. St.*, 2001, 2222; Cons. Stato, 3 maggio 1991, n. 16, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 535, con nota di C.E. Gallo, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario.* 

grado la natura amministrativa – da profili che lo rendono particolarmente "vicino" ai rimedi giudiziari, tanto da apparire giustificato il richiamo alla nozione di paragiurisdizionalità $^{40}$ .

A ben vedere, tuttavia, non mancano aspetti idonei a porre in dubbio, se non a confutare del tutto, le suddette conclusioni. In particolare, per quanto attiene alla posizione del soggetto titolare della decisione, almeno apparentemente, il ricorso straordinario sembrerebbe soddisfare il necessario requisito di terzietà dell'organo decidente: la figura del Presidente della Repubblica, attese la garanzie costituzionali di indipendenza che lo connotano rispetto all'esecutivo, si rivela, infatti, perfettamente compatibile con lo svolgimento di funzioni giustiziali. In realtà, tuttavia – come si è già avuto modo di osservare – l'imputazione della decisione al Capo dello Stato nell'ambito del procedimento in esame è puramente formale (come del resto lo era anche quella del Sovrano<sup>41</sup>), laddove, al contrario, il soggetto concretamente titolare del potere di decidere sulla controversia è da individuare nel Ministro competente *ratione materiae*, il quale – all'esito dell'attività istruttoria, e raccolto il parere del Consiglio di Stato – comunica al Capo dello Stato il contenuto di quella che sarà la definitiva risoluzione della lite in via amministrativa.

Ebbene, ricoprendo il Ministro, per eccellenza, la qualifica di vertice dell'amministrazione, sembrerebbe doversi necessariamente attestare l'esclusione della riconducibilità del ricorso straordinario alla funzione giustiziale, a causa dell'incompatibile confusione che si viene a creare tra "parte" e "giudice", con consequenziale difetto dell'imprescindibile carattere della neutralità. A tali conclusioni viene usualmente contrapposta un'obiezione fondata sull'asserita imputabilità della decisione al Consiglio di Stato, e non al Ministro competente *ratione materiae*. Al riguardo, viene evidenziato il carattere sostanzialmente vincolante del parere del Consiglio di Stato, al quale il Ministro deve obbligatoriamente uniformarsi: nel caso egli intenda, invece, proporre una soluzione differente della controversia, è infatti costretto a sottoporre la questione alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, non essendo ammessa una richiesta di riesame all'organo consultivo, se non nei casi limitati ed eccezionali di revocazione<sup>42</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Riconosce espressamente valenza "paragiurisdizionale" allo strumento di tutela in esame Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2206, in *www.giustizia-amministrativa.it*, finendo in ogni caso per concludere per la non esperibilità del rimedio dell'ottemperanza.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> In termini, V. Bachelet, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, cit. 799. Il carattere non sostanziale rivestito dal Presidente della Repubblica è, del resto, desumibile dalla circostanza che, se anche gli effetti della pronuncia discendono dal decreto presidenziale, al Presidente della Repubblica non è concesso di chiedere il riesame della fattispecie, dovendosi limitare ad esternarlo così come gli è trasmesso.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 1996, n. 17, in *Cons. St.*, 1996, 1669; Cons. Stato, Sez. III, 1 marzo 1994, n. 1427, *ivi*, 1996, 1430; Cons. Stato, Sez. II, 16 giugno 1993, n. 22, *ivi*, 1993, 1750.

Come si è già avuto modo di osservare, tuttavia, la circostanza che il Consiglio di Stato esprima un semplice parere dal quale (anche se motivando, e attraverso una procedura peculiare che investe altri organi) il Ministero si può comunque discostare, induce a ritenere che la decisione sul ricorso straordinario non sia del tutto improntata sulla risoluzione della controversia attraverso l'oggettiva applicazione del diritto, bensì contenga una parte di scelta che potremmo definire "politica", nella misura in cui discende da scelte effettuate dall'esecutivo, evidentemente sulla base di valutazioni di migliore perseguimento dell'interesse pubblico<sup>43</sup>.

Molti anni or sono Giannini definiva il ricorso straordinario un "relitto storico" da eliminare<sup>44</sup>: le ragioni erano essenzialmente la sua segretezza, la sua ridotta efficacia (per il cittadino), nonché (per l'amministrazione) la circostanza che per 180 giorni gli effetti del provvedimento restavano sotto l'incertezza di una impugnativa. Da allora molte cose sono indubbiamente cambiate: il termine per la proposizione del ricorso si è ridotto a 120 giorni e, almeno dal punto di vista del cittadino, si sono registrati notevoli miglioramenti sia in termini di trasparenza che di completezza della tutela (si pensi, a titolo esemplificativo, alla possibilità riconosciuta agli interessati di accedere agli atti dell'istruttoria, o all'estensione dell'operatività della tutela cautelare) tanto che ne è stata da più parti proposta un'estensione a livello regionale, come attualmente previsto nella sola Regione Sicilia<sup>45</sup>. In merito al rapporto tra ricorso straordinario e atti amministrativi regionali, invero, sussistono non pochi profili di incertezza: come è noto, la giurisprudenza ha da tempo ampliato l'ambito di esperibilità del rimedio in esame, estendendolo per l'appunto anche ai provvedimenti delle regioni,

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> A simili conclusioni sembra essere pervenuta da tempo, del resto, anche la Corte Costituzionale, laddove riconduce la giustificazione dell'attuale permanenza del ricorso straordinario non alla sua "improbabile natura di appello al sovrano o al vertice amministrativo", quanto piuttosto alla circostanza che esso rappresenta "per la pubblica amministrazione un mezzo ulteriore di garanzia della legalità e dell'imparzialità della propria azione, che, insieme al buon andamento, sono pur sempre i valori costituzionali supremi cui deve ispirarsi l'attività amministrativa" Corte Cost., ord., 31 dicembre 1986, n. 298, in *Foro it.*, 1987, 674. Più di recente, sul tema, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.*, 2002, 2447, laddove, dopo essersi ricordato che requisito indefettibile dei procedimenti giurisdizionali, anche alla stregua di quanto stabilito dall'art. 111 Cost., è che il procedimento si svolga davanti ad un giudice terzo e imparziale, si sostiene che nel caso del ricorso straordinario il procedimento abbia invece per protagonista un'autorità amministrativa – neppure vincolata in modo assoluto dal parere espresso dal Consiglio di Stato – che ha la facoltà di decidere sulla base di criteri non necessariamente rispondenti alla oggettiva applicazione delle norme di diritto. Per una nota critica alla suddetta ordinanza v. I. Cacciavillani, *L'ottemperanza della decisione del ricorso straordinario: una negazione ingiustificata*, in *Riv. amm.*, 2002, 230 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> M.S. GIANNINI, La giustizia amministrativa, cit., 79.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Propongono un'estensione dello strumento in esame anche a livello regionale C.E. Gallo, La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario, in Foro amm. CDS, 2002, 1174 ss., e A. Meale, Ricorsi amministrativi e ordinamento regionale, cit.

sulla base della sussistenza del carattere giustiziale e della possibilità, da parte delle amministrazioni regionali, di chiedere la trasposizione del ricorso dalla sede amministrativa a quella giurisdizionale<sup>46</sup>. Non può non osservarsi, tuttavia, come la suddetta posizione giurisprudenziale necessiti di una rivisitazione alla luce della recente riforma del Titolo V della Costituzione e del consequenziale processo di rafforzamento delle autonomie regionali, ai sensi del quale appare ormai del tutto inammissibile una decisione ministeriale in sede di ricorso straordinario avente ad oggetto un provvedimento regionale rientrante tra le materia di competenza (legislativa ed amministrativa) regionale esclusiva<sup>47</sup>.

Ma al di là delle peculiari problematiche attinenti al contesto regionale, sembra comunque doversi ritenere che - nonostante le innegabili evoluzioni che hanno interessato lo strumento in esame - l'attuale configurazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato non risponde in maniera adeguata alle istanze di tutela di tipo amministrativo-giustiziale, come, invece, pure da più parti gli viene riconosciuto<sup>48</sup>. Coloro che propugnano la permanenza di tale strumento nel nostro ordinamento invocano diversi ordini di ragioni, tra cui la semplicità procedimentale, l'economicità e la rapidità della decisione, senza dimenticare la previsione di un termine più ampio per poter contestare gli effetti di un provvedimento amministrativo rispetto a quanto previsto in relazione al ricorso giurisdizionale. A bene vedere, invero, non tutti i suddetti profili trovano conferma da un'analisi "sul campo": in merito alla presunta semplicità del rimedio, ad esempio, se è vero che in linea astratta la normativa prevede l'assenza della necessità di utilizzare formule tecniche particolari per la predisposizione dell'atto, con consequenziale facoltà del privato di redigerlo senza l'ausilio di un difensore, di fatto tale circostanza avviene piuttosto di rado, atteso, tra l'altro, che la giurisprudenza ha da tempo chiarito che le censure devono essere formulate in modo non generico (sebbene atecnico) e supportate da idonei elementi probatori<sup>49</sup>. Il fatto,

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Sul punto cfr. Cons. Stato, parere 29 maggio 1998, n. 988, in *Cons. St.*, 1998, I, 1483; Corte Cost., 25 febbraio 1975, n. 31, in *Le Regioni*, 1975, 723; Corte Cost., 31 dicembre 1986, n. 298, in *Le Regioni*, 1987, 510.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> In termini, v. A. Meale, *op. ult. cit.*, 86 ss. Sul punto v. anche le osservazioni di L. Bertonazzi, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, cit., 191 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Si sofferma diffusamente sui diversi profili di criticità che ancora oggi fanno sì che il ricorso straordinario ricopra un ruolo secondario nel nostro ordinamento M. Immordino, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., la quale, tuttavia, auspica un "recupero del rimedio in oggetto, quale strumento di giustizia potenzialmente idoneo a garantire, nell'ambito della stessa amministrazione (con effetti, anche, di arretramento del contenzioso giurisdizionale), una piena tutela del cittadino", 509.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 1998, n. 109, in *Cons. St.*, 1999, 1272. La stessa giurisprudenza, invero, mitiga la suddetta posizione sostenendo che le doglianze eccepite devono essere in ogni caso esaminate cercando di interpretare l'effettivo intendimento del ricorrente (Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2002, n. 1395, in *Cons. St.*, 2002, 2064).

poi, che nella maggioranza dei casi il cittadino si rivolga comunque ad un legale per la predisposizione del ricorso straordinario, si ripercuote anche sul profilo della economicità, in quanto l'onere del pagamento delle spese relative al patrocinio legale finiscono per limitare la presunta "gratuità" del rimedio al mancato pagamento del contributo occorrente per il deposito degli atti giurisdizionali. Anche l'affermazione che l'istituto in esame garantisce una forma di tutela celere non si rivela del tutto esente da critiche: se è vero, infatti, che il Ministro competente è tenuto a concludere l'attività istruttoria entro centoventi giorni dalla scadenza del termine previsto per la deduzione dei controinteressati (pena la facoltà dell'interessato di rivolgere l'istanza direttamente al Consiglio di Stato), il legislatore non prevede alcun termine per la formulazione del parere da parte del Consiglio di Stato, con la conseguenza che la decisione finale viene spesso assunta dopo anni dalla presentazione del ricorso.

In conclusione, il ricorso straordinario resta una figura effettivamente ibrida, connotata da profili non sempre compatibili, come si è evidenziato, con l'obiettivo di tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini, in termini sia di scarsa efficacia, sia (e, forse, soprattutto) di carenza del requisito della neutralità: ciò non solo in ragione dell'attribuzione del potere decisionale sostanziale in capo al Ministro competente, ma anche alla luce del ruolo ricoperto dal Consiglio di Stato, che – sebbene operi in funzione consultiva – finisce inevitabilmente per comportare una nociva commistione con l'esercizio del potere giurisdizionale. Pertanto, delle due l'una: o si ritorna alla posizione gianniniana che consigliava la soppressione di un istituto ormai anacronistico ed obsoleto, o si ipotizza un'evoluzione del rimedio in esame che implichi l'attribuzione della titolarità in capo ad un soggetto che – per quanto pubblico – risulti effettivamente in grado di garantire una posizione neutrale rispetto agli interessi (pubblici e privati) di volta in volta in gioco. Un'operazione di questo tipo, in altri termini, richiederebbe una completa e coerente rivisitazione del ricorso straordinario, volta principalmente a definire con maggiore coerenza e chiarezza i rapporti esistenti, da un lato, con il ricorso giurisdizionale e, dall'altro, con il potere esecutivo, in vista di una sua concreta valorizzazione in termini di effettiva funzione giustiziale.

# Il federalismo negli USA e in Germania: due modelli a confronto\*

#### di Tullio Fenucci

Sommario: 1. Federalismo e Stato federale. - 2. La nascita degli Stati Uniti d'America. - 3. La partecipazione degli Stati membri alla revisione della Costituzione. - 4. La ripartizione del potere legislativo tra Federazione e Stati membri. - 5. Dallo Stato liberale allo Stato sociale: il New Deal e il passaggio dal federalismo competitivo a quello cooperativo. - 6. Il federalismo in Germania: la riforma della Legge Fondamentale del 2006. - 7. Il procedimento legislativo e la riduzione della misura della partecipazione del Bundesrat. - 8. La nuova ripartizione delle competenze legislative tra Bund e Länder: a) la competenza esclusiva della Federazione e quella concorrente; b) la soppressione della legislazione-cornice, la modifica dei compiti comuni e la competenza residuale dei Länder. - 9. Considerazioni conclusive.

### 1. Federalismo e Stato federale

Le parole "federale" e "federalismo" discendono dal latino "foedus", che significa patto¹. Un primo esempio di organizzazione di tipo "federale" sembra essere stato costituito dai patti di unione stipulati dall'antica Roma con le città del Lazio e dell'Italia centro-meridionale nella fase iniziale della sua espansione a conclusione di guerre combattute vittoriosamente. La città di Roma, detentrice della forza e garante della difesa nei confronti di pericoli esterni, rappresentava il perno di tale organizzazione; invece le altre città, pur essendo dotate di forme di autonomia più o meno ampie a seconda dell'entità dei tributi loro imposta e del numero di uomini ad esse richiesti per alimentare l'esercito, erano subordinate alla autorità romana dal momento che era loro precluso ogni diritto di recesso dal "foedus".

Il moderno concetto di federalismo nasce con lo Stato liberale ed è legato

<sup>\*</sup> Rielaborazione della lezione tenuta il 19 maggio 2008 nell'ambito del corso di dottorato di ricerca in "Teoria delle istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento", Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Salerno.

 $<sup>^{1}</sup>$  V. T. Groppi, Federalismo e Costituzione: la revisione costituzionale negli stati federali, Milano, 2001, 77.

106 Tullio Fenucci

allo sviluppo di forme di autonomia nei confronti dello Stato stesso<sup>2</sup>. Infatti la formula federale è stata concepita allo scopo di conferire agli enti politici territoriali subordinati allo Stato uno spazio di autogoverno, attraverso la separazione del potere in senso verticale tra i suddetti enti e l'autorità centrale<sup>3</sup> e si è affermata parallelamente all'idea di Costituzione scritta quale strumento per assicurare ai membri della comunità politica una sfera di libertà individuale<sup>4</sup>, garantita, tra l'altro, dalla separazione dei poteri in senso orizzontale.

Secondo taluni autori tale concetto va distinto da quello di stato federale<sup>5</sup>: infatti lo stato federale rappresenterebbe uno dei modi possibili di atteggiarsi dell'organizzazione politica dell'ordinamento e implicherebbe la garanzia costituzionale dell'autonomia di enti territoriali suscettibili di partecipare alle funzioni statali<sup>6</sup> mentre il federalismo si identificherebbe con l'ideologia in base alla

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Sul punto v. G. Bognetti, voce Federalismo, in Dig. disc. pubbl., VI, 1991, 277 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> V. K.C. Wheare, *Federal government*, London, New York, Toronto, 1963, tr. it. *Del governo federale*, Bologna, 1997, 50 secondo cui per principio federale si intende quel sistema di divisione dei poteri che consente al governo centrale e a quelli regionali di essere, ciascuno nella propria sfera, coordinati e indipendenti.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> V. B. Constant, De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819), tr. it. La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni, Torino, 2005, p 6-7, secondo cui la libertà dei moderni è la libertà dell'individuo, pressoché sconosciuta nell'antichità: "Chiedetevi innanzitutto, Signori, cosa un inglese, un francese, un abitante degli Stati Uniti d'America, intendano al giorno d'oggi con la parola libertà. È per ognuno il diritto di essere sottoposto soltanto alle leggi, di non poter essere arrestato, né detenuto, né messo a morte, né maltrattato in alcun modo, per effetto della volontà arbitraria di uno o più individui. È per ognuno il diritto di dire la propria opinione, di scegliere la propria occupazione ed esercitarla; di disporre della sua proprietà e persino di abusarne; di andare, venire, senza averne ottenuto il permesso e senza rendere conto d'intenzioni o comportamenti. È, per ognuno, il diritto di riunirsi con altri individui, sia per conferire sui propri interessi, sia per professare il culto preferito da lui e dai suoi consociati, sia semplicemente per riempire i giorni e le ore in modo più conforme alle sue inclinazioni, alle sue fantasie. Infine è il diritto, per ognuno, d'influire sull'amministrazione del governo, sia con la nomina dei funzionari, tutti o alcuni (vale a dire, rispettivamente, in un regime repubblicano o in uno monarchico-costituzionale), sia a mezzo di rimostranze, petizioni, richieste che l'autorità è più o meno obbligata a prendere in considerazione. Paragonate adesso questa libertà a quella degli antichi ........ Non troverete presso di loro quasi nessuna delle prerogative che abbiamo appena visto far parte della libertà fra i moderni. Tutte le azioni private sono sottoposte a una sorveglianza severa. ...... tra gli antichi, l'individuo sovrano pressoché abitualmente negli affari pubblici, è schiavo in tutti i suoi rapporti privati."

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> V. G. DE VERGOTTINI, voce Stato federale, in Enc. dir., XLIII, 831 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> V. M. Volpi, *La classificazione delle forme di Stato*, in AA.VV., *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2004, 213. Secondo tale dottrina, l'autonomia costituzionale e la partecipazione sono i principi che regolano i rapporti fra i diversi livelli di governo nello Stato federale. In particolare, per quanto concerne l'autonomia costituzionale, si ricorda che sono state prospettate varie interpretazioni, con riferimento al carattere originario degli ordinamenti federati, o anche alla garanzia costituzionale della loro autonomia, intesa in senso preclusivo della possibilità di sottoporre a revisione il principio federale, oppure alla capacità di darsi una costituzione, soggetta ad un controllo succes-

quale i rapporti politici tra entità di diversa natura, come stati, enti pubblici, persone fisiche e giuridiche, devono ispirarsi a forme di collaborazione impostate su un piano paritario.

In tal modo si può riscontare l'esistenza di principi federalisti nell'ambito di un ordinamento costituzionale di uno stato che federale non è. Al tempo stesso lo stato federale può essere inteso come una mera forma di decentramento delle strutture dello stato-apparato, in cui non vi sia un effettivo trasferimento di potere dal centro alla periferia né sul piano dell'adozione delle leggi né su quello dell'esecuzione delle medesime: questo tipo di decentramento nell'ambito di uno stato unitario è caratteristico di ordinamenti autocratici in cui il potere è esercitato prescindendo dal consenso della comunità sociale<sup>7</sup>.

Bisogna notare che il termine federalismo è stato utilizzato sia per indicare il processo tendente a conseguire un maggiore grado di unione fra più regioni o stati che per designare, al contrario, il processo volto a sottrarre poteri all'autorità centrale per conferirli agli enti locali.

Inizialmente il federalismo venne inteso prevalentemente nel significato di rafforzamento dell'autorità centrale nei confronti degli enti territoriali. Infatti negli Stati Uniti venne denominato "federalista" il partito che dominò la scena politica dall'entrata in vigore della Costituzione alla fine del XVIII secolo: i "federalisti" propendevano per l'espansione delle competenze dello Stato federale mentre gli "antifederalisti" erano coloro che difendevano le prerogative degli Stati membri<sup>8</sup>.

Invece poi si è assistito per lo più al fenomeno inverso, cioè all'affermarsi del federalismo inteso come decentramento, come ampliamento dei poteri delle realtà locali a scapito dell'autorità centrale.

Inoltre un tempo il federalismo veniva inteso come un percorso verso una realtà unitaria diversa e non ancora compiutamente realizzata, mentre oggi esso rappresenta piuttosto un elemento permanente degli assetti istituzionali e non un momento di transizione: a proposito di tale fenomeno si potrebbe affermare che da una concezione statica si è passati ad una dinamica.

-

sivo limitato al rispetto dei principi della costituzione federale, oppure al potere di organizzarsi da sé (per esempio, scegliendo liberamente la forma di governo): tale concetto servirebbe a distinguere gli Stati membri sia dalle Regioni, dotate solo di autonomia legislativa, che dagli enti locali, dotati solo di autarchia. Inoltre il principio della partecipazione delle entità federate alla formazione della volontà politica dello Stato si manifesta in due modi, costituiti dalla circostanza che la maggior parte degli Stati membri deve necessariamente essere consenziente alla revisione costituzionale e dall'esistenza di una seconda camera direttamente rappresentativa degli stessi.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Esempi di ordinamenti "federali" intesi in questa accezione sono rappresentati dall'ordinamento della Cina (su cui v. A. Rinella, *Cina*, Bologna, 2006), oppure da quello dell'Unione Sovietica (a tal proposito v. C. Моктаті, *Le forme di governo*, Padova, 1973, 353 ss.; quest'ultimo Stato, come è noto, non esiste più dal 1991).

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> V. L. Stroppiana, *Stati Uniti*, Bologna, 2006, 97.

108 Tullio Fenucci

### 2. La nascita degli Stati Uniti d'America

Lo Stato federale rappresenta la tipica espressione del federalismo, la realizzazione concreta di un'idea astratta<sup>9</sup>. Le più famose esperienze storiche di Stato federale, cioè gli Stati Uniti d'America alla fine del Settecento, la Svizzera a partire dal 1848 e la Germania degli ultimi trenta anni del XIX secolo nacquero da un processo di federazione di Stati indipendenti, precedentemente legati tra loro da vincoli di natura confederale<sup>10</sup>. Nondimeno più frequenti

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Le caratteristiche che solitamente accomunano gli Stati federali sono varie. Innanzitutto deve esistere un ordinamento federale fondato su una costituzione scritta che riconosca l'autonomia di enti politici territoriali collocati in posizione intermedia tra lo Stato e gli enti locali propriamente detti. L'autonomia di tali enti territoriali si spinge fino alla capacità di dotarsi di una costituzione: tuttavia tale costituzione deve essere subordinata a quella federale e, in genere, il diritto federale deve prevalere su quello degli enti politici territoriali. Inoltre nella costituzione federale deve essere prevista una ripartizione di competenze tra Stato centrale e enti politici territoriali: essa spesso elenca le materie attribuite alla Federazione e lascia alla competenza degli enti territoriali i poteri residui, cioè tutte quelle materie non comprese nel suddetto elenco. Strettamente legata alla precedente è la caratteristica funzione di risoluzione dei conflitti tra Stato federale ed enti territoriali affidata ad un organo giurisdizionale federale. Un'altra caratteristica è costituta dalla previsione di una seconda Camera rappresentativa degli enti politici territoriali, accanto a una Camera espressione dell'intero corpo elettorale nazionale. Le modalità di composizione e le funzioni svolte dalla seconda camera variano notevolmente da Stato a Stato. Infine molto significativo appare il conferimento agli enti politici territoriali degli Stati federali del potere di partecipare al procedimento di revisione della costituzione federale; tale partecipazione è una caratteristica fondamentale degli Stati federali (v. sul punto T. Groppi, Federalismo e Costituzione, cit., 110 ss.; v. anche A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, London, 1885, 19152°, tr. it. Introduzione allo studio del diritto costituzionale, Bologna, 2003, 123, secondo cui il potere di emendare la costituzione in uno Stato federale non potrebbe essere attribuito esclusivamente all'organo legislativo federale altrimenti lo Stato cesserebbe di essere federale e diventerebbe unitario, né potrebbe essere lasciato all'arbitrio di un singolo legislatore statale altrimenti non esisterebbe il governo centrale). Tale partecipazione può avvenire direttamente attraverso l'approvazione dei progetti di riforma costituzionale anche da parte dei parlamenti degli enti territoriali, come negli Stati Uniti, oppure indirettamente mediante l'approvazione dei suddetti progetti anche da parte della seconda Camera, come nel caso della Germania. Infine a lungo si è ritenuto che elemento caratterizzante lo Stato federale fosse l'attribuzione della potestà legislativa residuale agli enti locali, con l'enumerazione delle competenze legislative di spettanza federale (v. ad esempio il X emendamento della Costituzione degli Stati Uniti). Tuttavia tale criterio di ripartizione delle competenze non appare più decisivo ai fini dell'identificazione di uno Stato federale: ciò si può dedurre esaminando la Costituzione italiana in vigore. Come è noto, in origine la Costituzione italiana prevedeva che fossero enumerate esplicitamente le materie in cui, a certe condizioni, le Regioni ordinarie potessero legiferare, mentre lo Stato deteneva la potestà legislativa residuale. Oggi invece, dopo la riforma del titolo V della parte II della Costituzione da parte della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, la nuova formulazione dell'articolo 117 della Costituzione ha ribaltato il criterio originario di ripartizione delle competenze, attribuendo alle Regioni ordinarie la potestà legislativa residuale, senza che ciò di per sé comporti la trasformazione dell'ordinamento italiano in senso federale.

<sup>10</sup> Infatti la Costituzione federale degli Stati Uniti del 1787 era stata preceduta dagli Articoli

sono stati i casi in cui lo Stato federale ha avuto origine dal decentramento di uno stato unitario<sup>11</sup>.

Nell'esaminare l'evoluzione degli Stati federali si possono operare due grandi distinzioni, tra modello anglosassone o statunitense da una parte e modello europeo o tedesco dall'altra. Il primo si è presentato inizialmente come federalismo competitivo, il secondo come federalismo cooperativo.

Negli USA il federalismo competitivo trovava una sua giustificazione nell'origine dello Stato federale. Nel corso del 1776 le colonie dichiararono l'indipendenza dal Regno Unito e sottoscrissero tra loro un patto di unione. Con quell'accordo, concretatosi nella redazione degli Articoli della Confederazione, non si costituì un governo comune. Infatti in questa prima fase non si istituì una Federazione tra Stati ma piuttosto una Confederazione<sup>12</sup>. Tale assetto di governo, in vigore per circa un decennio, mostrò ben presto i propri limiti: la mancanza di un'autorità centrale dotata di poteri di imperio nei confronti degli Stati rendeva alquanto problematica l'esecuzione delle delibere della Confederazione, che, in pratica, era affidata alla libera volontà degli Stati. Pertanto, cessata la guerra di indipendenza, anche la coesione tra le ex colonie tendeva a venire meno. Per ovviare a tale situazione nel settembre del 1787, in rappresentanza delle tredici colonie, si riunì a Filadelfia un gruppo di delegati che comprendeva, tra gli altri, George Washington, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton e James Madison. In poche settimane essi predisposero una Costituzione allo scopo di dare un assetto stabile alla nuova Federazione. Tale Costituzione fu approvata il 17 novembre 1787 ed entrò in vigore all'inizio del 1789, dopo la ratifica di 9 Stati su 13<sup>13</sup>.

Al fine di rendere noto il nuovo testo costituzionale e di esaltarne i pregi rispetto agli Articoli della Confederazione precedentemente in vigore, favorendone così la ratifica da parte degli Stati, Madison e Hamilton pubblicarono un gruppo di brevi articoli noti con il nome di *The Federalist*<sup>14</sup>. In particolare uno degli argomenti utilizzati da Madison per convincere gli Stati a ratificare la Costituzione era costituito dalla teoria secondo la quale la sovranità doveva considerarsi ripartita tra Federazione e Stati membri<sup>15</sup>: gli enti territoriali, costituiti dalle

della Confederazione (1776-1787), e, analogamente, la nascita dello Stato federale in Svizzera e in Germania era stata preceduta da altrettante esperienze di tipo confederale (per la Svizzera nel periodo 1815-1848 e per la Germania negli anni 1815-1867).

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> V. G. De Vergottini, voce *Stato federale*, cit., 836, che in proposito cita i casi del Canada (1867), dell'Argentina (1853), del Brasile (1891), del Messico (1894 e 1917) e dell'Austria (1920).

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> V. Biscaretti di Ruffia, Voce Confederazione di Stati, in Enc. dir., VIII, 854 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Per una ricostruzione storica delle cause e dello svolgimento della guerra di indipendenza, della nascita della Costituzione e del dibattito sulla ratifica della stessa v. A.J. Maldwyn, *The limits of Liberty - American History 1607-1992*, Oxford, 1995, tr. it. *Storia degli Stati Uniti d'America - Dalle prime colonie inglesi ai giorni nostri*, Milano, 2005, p 52-102.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> V. J. Madison, A. Hamilton e J. Jay, *The Federalist*, tr. it. *Il Federalista*, Torino, 1997.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> V. The Federalist n. 39, attribuito a J. Madison, in J. Madison, A. Hamilton e J. Jay, The Federa-

ex colonie trasformatesi in Stati a seguito della Dichiarazione di indipendenza, avrebbero dovuto essere considerati titolari di una porzione di sovranità distinta da quella della Federazione ed inoltre avrebbero dovuto beneficiare di un'indipendenza dalla sfera del governo centrale pari a quella di cui quest'ultimo avrebbe dovuto godere nell'ambito della sua sfera di competenza<sup>16</sup>.

list, cit., 218; nello stesso senso v. W. Bagehot, *The English Constitution*, London, 1867, 1872<sup>2°</sup>, tr. it. *La Costituzione inglese*, Bologna, 1995, 208.

<sup>16</sup> Sulla natura giuridica dello Stato federale ed in particolare sull'individuazione del soggetto a cui spetta la sovranità nel corso del tempo si sono sviluppate varie teorie, oltre quella menzionata nel testo. Innanzitutto se ne può ricordare una secondo la quale la sovranità spetta agli Stati membri e non allo Stato centrale; essa riveste un interesse puramente storico, in quanto fu sostenuta in alcune situazioni in cui gli Stati membri rivendicavano la propria indipendenza, con esiti però opposti a quelli desiderati. Il caso più famoso è costituito dagli Stati secessionisti del sud degli Stati Uniti che si ribellarono all'autorità federale e vennero sconfitti dopo una guerra sanguinosa durata dal 1861 al 1865 (a tal proposito v. J.C. Calhoun, A Disquisition on Government and a Discourse on the Constitution and Government of the United States, 1853, tr. it. Disquisizioni sul governo e discorso sul governo e la costituzione degli Stati Uniti, Roma, 1986, 145; le teorie di tale autore, deceduto una decina d'anni prima dello scoppio del conflitto, divennero punto di riferimento ideologico degli Stati secessionisti). In realtà l'accoglimento di una simile teoria comporterebbe la fine dello Stato federale e la sua trasformazione in una Confederazione di Stati, da cui ciascuno Stato sarebbe libero di recedere in ogni momento. Un'altra teoria considera lo Stato federale come l'insieme di tre ordinamenti giuridici diversi: quello dello Stato centrale, quelli degli Stati membri e un terzo, composto dai primi due (v. H. KEISEN, Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs und der österreichischen Bundes-Verfassung, in Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Verlag von J.C. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1927, p 127-187, tr. it. L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca, in Id., La giustizia costituzionale, Milano, 1981, p 73-141, specie 79). Tale teoria non sembra trovare alcun riscontro nella realtà in quanto negli Stati federali non sembra possibile distinguere tra un ordinamento centrale e un presunto ordinamento complessivo. Nell'ambito del gruppo di teorie in esame, comunemente definite statiche, la più accreditata sembra essere quella che conferisce la sovranità allo Stato federale, traendo tale conclusione dalle previsioni contenute nelle costituzioni federali (a tal proposito v. M. Volpi, La classificazione delle forme di Stato, cit., 212; G. De Vergottini, voce Stato federale, cit., 835). Infatti le costituzioni federali prevedono la superiorità del diritto federale su quello degli Stati membri, l'attribuzione all'autorità centrale del potere di decidere la ripartizione delle competenze tra centro e periferia, la possibilità di procedere alla revisione della costituzione anche contro la volontà del singolo Stato membro, l'attribuzione ad un giudice federale del potere di decidere i conflitti sull'attribuzione delle competenze e del potere di interpretare la costituzione in modo da garantire l'uniforme applicazione del diritto su tutto il territorio della Federazione: dall'insieme di tali previsioni si deduce che gli Stati membri non sono enti sovrani ma semplicemente enti territoriali dotati di particolare autonomia. Accanto alle teorie statiche si pongono quelle c.d. dinamiche (la cui più significativa espressione è costituita da quella elaborata da Carl Friedrich; a tal proposito v. C.J. Friedrich, Constitutional Government and Democracy, 19361°, 1950, tr. it. Governo costituzionale e democrazia, Vicenza, 1950 e Ib., Trends of Federalism in Theory and Practice, New York, 1968): queste ultime oggi sembrano riscuotere maggiore successo rispetto alle prime. La differenza tra i due gruppi sarebbe da riscontrare nella circostanza che le teorie statiche si concentrerebbero sul concetto di Stato federale mentre le altre su quello di federalismo (in tal senso v. G. Di Genio, Stato regionale versus Stato federale, Milano, 2005, 67).

L'obiettivo dei costituenti era stato quello di creare un governo forte, espressione diretta della sovranità popolare, a cui abbinare la formula federale, escogitata con il dichiarato intento di non compromettere la sovranità dei singoli Stati<sup>17</sup>: essi così facendo realizzarono un sistema politico assolutamente inedito<sup>18</sup>. Il nascente Stato dovette fare i conti sia con gli Stati membri, timorosi di vedersi sottrarre poteri esercitati fin dalla Dichiarazione di indipendenza, che con i coloni, che, rifugiatisi nel nuovo mondo per sfuggire alle discriminazioni politiche, religiose, economiche e sociali patite in madrepatria, erano molto gelosi degli spazi di libertà conquistati e pertanto diffidavano di qualsiasi potere che potesse in qualche modo limitarli<sup>19</sup>.

## 3. La partecipazione degli Stati membri alla revisione della Costituzione

Onde venire incontro agli antifederalisti timorosi di un eccessivo rafforzamento del potere centrale, già nel dicembre del 1791 si procedette alla modifica

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> V. M.E. De Franciscis, *Il Presidente degli Stati Uniti d'America*, Napoli, 1996, 33 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> V. W. Bagehot, op. cit., 207 ss. Secondo tale autorevole dottrina i costituenti americani avevano l'intenzione di riprodurre la forma di governo della madrepatria: essi credevano che in Inghilterra il potere esecutivo risiedesse nel re ed essi, non avendo un re né volendolo, decisero di creare una figura analoga, ma naturalmente non ereditaria. Ciò si evince anche da *The Federalist n*. 69, attribuito ad A. Hamilton, in J. Madison, A. Hamilton e J. Jay, op. cit., 352 ss., che, nel tratteggiare la figura del Presidente degli Stati Uniti, dotata di grandi poteri per la coincidenza nella stessa delle funzioni di Capo dello Stato e di Capo dell'esecutivo, faceva esplicitamente riferimento come termine di paragone al monarca inglese. Pertanto i costituenti americani, scegliendo questo sistema, ritennero di ispirarsi all'Inghilterra, ma in realtà non fu così: essi, anzi, fecero l'esatto contrario fondando un sistema di governo totalmente diverso (v. W. Bagehot, op. cit., 213). Infatti il potere esecutivo in Inghilterra già nel corso del XVIII secolo non era più identificabile con il re ma piuttosto con il primo ministro, capo di una compagine governativa che doveva godere della fiducia della Camera dei Comuni; quest'ultima, sostanzialmente, rappresentava l'autorità suprema dell'ordinamento (v. W. Bagehot, op. cit., 213). Invece negli Stati Uniti d'America si decise deliberatamente di frammentare il potere tra strutture e soggetti differenti. Al Bagehot (op. cit., 299 ss.) il Presidente e il Parlamento statunitensi apparivano come due organi con funzioni separate, scelti con sistemi elettorali differenti; la forma di governo statunitense era (ed è tutt'ora) caratterizzata dall'assenza del rapporto fiduciario tra esecutivo e legislativo (la cui presenza, invece, rappresenta la caratteristica tipica dei sistemi parlamentari) con la conseguenza che per quest'ultimo era (ed è) impossibile licenziare il primo. Pertanto, mentre negli Stati Uniti si inventava un sistema di governo che prevedeva una rigida distinzione di funzioni e di strutture tra esecutivo e legislativo, nell'errata supposizione di ispirarsi all'ordinamento inglese contemporaneo, nel Regno Unito invece la situazione era completamente differente, proprio in virtù del consolidamento del rapporto fiduciario tra governo e Parlamento fin dalla fine del XVII secolo (v. W. BAGEHOT, op. cit., 258). Infatti sembra che gli statunitensi furono indotti in errore dal ruolo svolto durante la guerra di indipendenza da Giorgio III, monarca inglese dell'epoca, che impose al governo in carica la sua determinazione di proseguire la guerra contro i coloni ribelli; quest'ultimo, pur riluttante, fu incapace di non adeguarsi alla volontà del sovrano (v. W. BAGEHOT, op. cit., p 216, 221 e 222).

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> V. a tal proposito M. Teodori, *Il sistema politico americano*, Roma, 1996, 13.

formale della Costituzione approvata appena quattro anni prima, con l'aggiunta dei primi dieci emendamenti ad essa: si tratta del *Bill of Rights* statunitense, un elenco dei diritti fondamentali dell'individuo.

Bisogna notare che per l'approvazione di modifiche al testo costituzionale i costituenti americani escogitarono un sistema complesso, volto ad impedire il prevalere di umori passeggeri e a garantire la partecipazione degli enti territoriali alla revisione della Costituzione federale; a tal fine essi adottarono una soluzione che richiede maggioranze speciali sia nell'ambito del Congresso federale che all'interno dei singoli Stati. Il meccanismo predisposto dalla Costituzione consta di due fasi, una di proposta e una di ratifica. Per quanto concerne la fase di proposta, si prevede che il Congresso, con una votazione a maggioranza dei 2/3 in ciascuna delle Camere, possa presentare un emendamento oppure che le assemblee legislative di 2/3 degli Stati possano chiedere al Congresso di convocare una convenzione nazionale che presenti e discuta gli emendamenti; indipendentemente dalle modalità adottate nella prima fase, con la ratifica gli emendamenti devono essere approvati dagli Stati membri con il voto favorevole dei 3/4 delle rispettive assemblee legislative o di convenzioni costituzionali da essi appositamente convocate<sup>20</sup>.

Nella Costituzione sono contenuti alcuni limiti espliciti volti a tutelare gli Stati membri da eventuali abusi da parte della Federazione. In particolare l'articolo V della Costituzione stabilisce che nessuno Stato può essere privato senza il suo consenso della pari rappresentanza in Senato e l'articolo IV, sezione 3, comma 1, vieta che uno Stato possa essere costituito entro la giurisdizione di uno Stato esistente o formato dalla riunione di più Stati, o di parte di essi, senza il consenso delle assemblee legislative degli stessi.

Dopo la già ricordata introduzione dei primi dieci emendamenti, nel corso del tempo l'ordinamento federale è stato oggetto di altre modifiche. Innanzitutto ciò è avvenuto mediante emendamenti posposti al testo costituzionale, particolarmente nel periodo successivo alla guerra civile: tuttavia, compresi i primi dieci, gli emendamenti sono stati complessivamente solo ventisette. Da questo punto di vista l'ordinamento statunitense rappresenta un autentico miracolo: la sua Costituzione, oggi fondamento di una comunità di oltre 250 milioni di abitanti di origini, culture, razze e religioni diverse, organizzata in 50 Stati estesi per un immenso territorio tra l'Oceano Atlantico e quello Pacifico, fu concepita nel lontano 1787 per una comunità di meno di 4 milioni di abitanti, dispersa in tredici colonie che occupavano una striscia di territorio lunga circa 1500 km sulla costa atlantica. Tuttavia il modesto uso del potere di revisione costituziona-

V. G. Lucifredi, Appunti di diritto costituzionale comparato. 3. Il sistema statunitense, Milano, 1997, 36; sul procedimento di revisione costituzionale negli Stati Uniti v. anche K.C. Wheare, o cit., 340 ss. e N. Olivetti Rason, La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America, Padova, 1984.

le non deve trarre in inganno dal momento che la Costituzione è stata integrata da molte leggi federali e soprattutto è stata rimodellata e resa vitale dalla giurisprudenza della Corte Suprema; in realtà la Costituzione statunitense, pur essendo in vigore da oltre due secoli, non è più applicata nella sua lettera originaria<sup>21</sup>.

## 4. La ripartizione del potere legislativo tra Federazione e Stati membri

La dialettica tra gli Stati e la Federazione ha rappresentato una caratteristica costante del sistema politico statunitense. I contrasti tra gli Stati e il governo federale sono stati risolti all'interno dell'ordinamento costituzionale, tranne in un caso: nella seconda metà del XIX secolo si verificò la secessione di alcuni degli Stati del sud dalla Federazione a cui fece poi seguito una sanguinosa guerra civile tra quest'ultima e i primi. Tale conflitto ebbe origine dalla divergenza di opinioni tra gli Stati e il governo federale sulla spettanza della competenza a disciplinare la schiavitù: il governo federale rivendicava il diritto di regolamentare la schiavitù mentre il gruppo di Stati del sud riteneva che tale materia dovesse essere riservata all'autonomia di ciascuno Stato<sup>22</sup>.

Il criterio in base al quale devono essere risolti tali conflitti è rappresentato dalla *supremacy clause* contenuta nella Costituzione federale; tale clausola pone esplicitamente la Costituzione, le leggi e i trattati federali in posizione di supremazia rispetto alle Costituzioni e alle leggi dei singoli Stati membri<sup>23</sup>.

L'art. 1 della Costituzione degli Stati Uniti conferisce il potere legislativo a livello federale al Congresso, composto dalla Camera dei Rappresentanti e dal Senato. Dal 1913, a seguito dell'approvazione del XVII emendamento, entrambe le Camere vengono elette a suffragio popolare, mentre precedentemente i membri del Senato erano nominati dai Parlamenti statali per consentire agli Stati di

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> V. BISCARETTI DI RUFFIA, *Tendenze costituzionali contemporanee: Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 400, secondo cui ai pochi emendamenti hanno fatto da contraltare molte leggi federali, che hanno colmato le lacune e integrato il testo costituzionale con norme di dettaglio, e migliaia di sentenze della Corte Suprema, che hanno chiarito il significato di diverse disposizioni costituzionali.

La scintilla che portò un primo gruppo di sette Stati del Sud alla secessione dalla Federazione (South Carolina, Georgia, Florida, Alabama, Mississippi, Louisiana e Texas) fu l'elezione alla carica di Presidente federale di Abraham Lincoln, notoriamente non favorevole alla schiavitù. Sulle cause dello scoppio del conflitto v. R. MITCHELL, *The American Civil War, 1861-1865*, London–New York, 2001, tr. it. *La guerra civile americana*, Bologna, 2007, 7 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> V. l'articolo VI, comma 2 della Costituzione degli Stati Uniti. Inoltre v. anche l'articolo IV, sezione 4, che impone agli Stati membri di dotarsi di una Costituzione che preveda una "forma repubblicana di governo" (su cui v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le "forme di Stato" e le "forme di governo", le Costituzioni moderne*, Milano, 1974, 142): tale disposizione può consentire al governo federale di giustificare un intervento armato all'interno del territorio di uno Stato membro.

partecipare al procedimento legislativo federale<sup>24</sup>. Tale originario sistema di scelta dei membri del Senato venne modificato perché ritenuto contrario alla moderna idea di democrazia<sup>25</sup>. Si è osservato che l'approvazione del XVII emendamento ha cambiato radicalmente il sistema federale statunitense<sup>26</sup>; tuttavia si è fatto altresì notare che in realtà, con l'introduzione di tale emendamento, venne formalizzata la situazione di sostanziale indipendenza che i componenti del Senato avevano già raggiunto nei confronti degli Stati<sup>27</sup>.

Nel modello statunitense vige formalmente il principio separatista, che prevede un rigido riparto di competenze legislative<sup>28</sup>; infatti la Costituzione distingue le competenze della Federazione da quelle degli Stati membri, con l'enumerazione delle materie di spettanza federale<sup>29</sup> e di quelle sottratte alla legislazione degli Stati<sup>30</sup> nonché con l'attribuzione dei poteri residui agli Stati stessi<sup>31</sup>.

Le competenze espressamente attribuite al Congresso sono poche, principalmente nel campo della difesa (dichiarare la guerra, creare eserciti, reprimere eventuali insurrezioni etc.), in materia fiscale (imporre e percepire tasse e imposte etc.), di politica monetaria (battere moneta, regolare il valore della stessa, punirne la contraffazione etc.) e di commercio (regolare il commercio con le altre nazioni e tra gli Stati).

Tuttavia le sfere di competenza della Federazione e degli Stati sono mutate rispetto alla fine del Settecento, sia per opera della legislazione di attuazione della Costituzione che, soprattutto, delle pronunce della Corte Suprema<sup>32</sup>. Infatti

Negli Stati Uniti il Senato è attualmente composto da due membri per ciascuno Stato (per un totale di cento unità), eletti a suffragio popolare diretto. In origine, invece, esso costituiva la camera rappresentativa degli Stati membri; infatti i senatori erano nominati dalle assemblee legislative statali.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> A tal proposito v. G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. 3. Il sistema statunitense*, cit., 101.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Sul punto v. D. Currie, *Il federalismo statunitense*, in *Quale, dei tanti federalismi?*, a cura di A. Pace, Padova, 1997, 45.

 $<sup>^{27}</sup>$  V. M. Comba, *Il modello americano*, in *Federalismo regionalismo e riforma dello Stato*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 1998, p214e215.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> V. *The Federalist n. 45*, attribuito a J. Madison, in J. Madison, A. Hamilton e J. Jay, *The Federalist*, cit., 254; l'opinione dei costituenti era orientata nel senso che i poteri attribuiti dalla Costituzione al governo federale fossero pochi e definiti, quelli riservati ai governi statali, invece, molti e indefiniti.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> V. l'articolo I, sezione 8, della Costituzione degli Stati Uniti.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> V. l'articolo I, sezione 10, della Costituzione degli Stati Uniti.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> V. il X emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> A tal proposito v. Biscaretti di Ruffia, *Tendenze costituzionali contemporanee*, cit., p 405-406, secondo cui la potestà legislativa federale è cresciuta progressivamente nel corso del XIX secolo soprattutto dopo la fine della guerra di secessione; tale autore ricorda che ciò è avvenuto non tanto attraverso emendamenti alla Costituzione (che, come si fa notare, pure ci sono stati: es. il XVI emendamento nel 1913, che ampliò la potestà legislativa federale per quanto concerne l'imposizione fiscale sul reddito) ma piuttosto con nuove leggi in settori non suscettibili di essere disciplinati fruttuosamente dai Congressi statali e con l'interpretazione della Corte Suprema.

l'interpretazione evolutiva della Corte Suprema ha precisato l'ambito di estensione dei poteri federali favorendone una progressiva espansione ed è intervenuta profondamente negli affari economici della nazione e nella regolamentazione dei rapporti sociali tra i cittadini.

Gli strumenti che hanno maggiormente contribuito a ridisegnare i confini dei poteri federali e di quelli statali sono stati l'interpretazione estensiva della Corte Suprema del potere di regolare il commercio tra gli Stati membri della Federazione e tra quest'ultima e le nazioni straniere (la c.d. *Commerce clause*)<sup>33</sup> e la clausola relativa ai poteri impliciti<sup>34</sup>, in base alla quale il Congresso può fare tutte leggi necessarie e opportune per esercitare i poteri attribuiti alla Costituzione ad esso o al governo federale<sup>35</sup>.

A testimonianza di quanto sia stato significativo il ruolo della giurisprudenza in merito alla restrizione delle competenze statali a favore di quelle federali, appare utile ricordare che solo nel 1995, per la prima volta dopo mezzo secolo, la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge federale per incompetenza del Congresso per violazione della *Commerce clause*<sup>36</sup>.

D'altronde anche la clausola dei poteri impliciti fu, fin dall'inizio, oggetto di accesi dibattiti. A tal proposito si può ricordare la disputa sull'interpretazione di tale clausola sviluppatasi tra Hamilton e Jefferson, risalente agli albori della storia costituzionale degli Stati Uniti. In particolare, secondo Hamilton la suddetta clausola doveva essere interpretata in senso più ampio, come possibilità per gli organi federali di utilizzare tutti i poteri funzionali al conseguimento degli obiettivi fissati nella Costituzione; per Jefferson, invece, era necessaria un'interpretazione dei poteri impliciti molto restrittiva, sulla base della quale tali poteri erano solo quelli strettamente necessari all'esercizio delle competenze affidate alla Federazione<sup>37</sup>. La questione fu poi risolta dalla Corte Suprema, che accolse sostanzialmente la tesi sostenuta da Hamilton<sup>38</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> V. l'articolo I, sezione 8, comma 3 della Costituzione degli Stati Uniti.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> V. l'ultimo comma dell'articolo I, sezione 8, della Costituzione degli Stati Uniti.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> V. Biscaretti di Ruffia, *Tendenze costituzionali contemporanee*, cit., 407, secondo cui l'interpretazione estensiva della *Commerce clause* e degli *implied powers* da parte della Corte Suprema ha segnato la fine del *dual federalism*.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> V. A. Bonomo, *Viaggio nel federalismo economico statunitense: la Commerce clause*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 833 ss.; a proposito della sentenza citata (*United States v. Lopez*, 1995) e a testimonianza del vivace dibattito suscitato dalla decisione in questione, v. i contributi dottrinari contenuti nelle *Reflections on United States v. Lopez*, in *Michigan Law Review*, 1995, 533 ss. Invece la prima pronuncia della Corte Suprema sulla portata della *Commerce clause* risale al 1824 (*Gibbons v. Ogden*), epoca in cui essa era presieduta dal leggendario *Chief justice* John Marshall; sul punto v. più ampiamente A. Bonomo, *op. cit.*, 842 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> V. L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, New York, 2000, 791 ss.

 $<sup>^{38}</sup>$  Sul punto v. la decisione  $McCulloch\ v.\ Maryland\ (1819)$  della Corte Suprema, presieduta anche in quell'occasione da John Marshall.

Nonostante l'espansione dei poteri federali, gli Stati hanno conservato una serie di competenze di notevole importanza. Essi hanno piena competenza legislativa su settori dell'ordinamento giuridico come il diritto civile, il diritto penale e il diritto commerciale e la regolamentazione dei governi locali; più specificamente, sono di competenza degli Stati settori importanti quali l'ordine pubblico, l'istruzione, la sanità, il diritto di famiglia con matrimonio e divorzio, nonché la stessa definizione dei reati e delle pene come nel caso di quella di morte, prevista in alcuni Stati e non in altri.

Nell'ordinamento statunitense vige il principio separatista anche sul piano amministrativo, fiscale, finanziario e giudiziario: pertanto, coerentemente all'impostazione separatista per quanto concerne la ripartizione delle competenze legislative, in ciascuno Stato esistono un apparato amministrativo, un sistema di imposizione fiscale<sup>39</sup> e un sistema giudiziario<sup>40</sup> separati da quelli della Federazione<sup>41</sup>.

## 5. Dallo Stato liberale allo Stato sociale: il New Deal e il passaggio dal federalismo competitivo a quello cooperativo

I rapporti tra centro e periferia hanno subito un'evoluzione con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale. Infatti nello Stato liberale la Federazione godeva di competenze in alcune principali materie, come la politica estera, la difesa etc., mentre in molti altri campi non interveniva. La fine dello Stato liberale fu determinata dall'irruzione delle masse nella vita politica, accompagnata

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> V. A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico*, Torino, 2005, 126, secondo cui negli Stati Uniti esiste un complesso sistema fiscale articolato in tre livelli (federale, statale e locale) e ripartito in distinti centri di riscossione: l'imposizione fiscale sul commercio spetta allo Stato centrale, quella sulla proprietà agli Stati membri e agli enti locali, mentre gli altri tributi sono di competenza di tutti e tre i livelli di governo. A tal proposito v. anche D. Currie, *Il federalismo statunitense*, cit., 36-37.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Il potere giudiziario è articolato in tre gradi, con Tribunali ramificati in tutto il paese: alla base vi sono le Corti di distretto dove hanno inizio le cause, in mezzo le Corti di Appello e al vertice una Corte Suprema. La Federazione esercita poteri giurisdizionali che si affiancano a quelli di analoga natura che spettano anche agli Stati membri, dove funziona un sistema parallelo di organi giudiziari. Alle giurisdizioni statali spetta di conoscere il diritto locale, che, estendendosi ai settori del diritto civile e penale, fornisce la gran parte delle cause. La Corte Suprema rappresenta il vertice dell'ordinamento giudiziario federale. Come è noto, il peso politico della Corte Suprema deriva dal *Judicial Review of legislation*, cioè dal controllo di costituzionalità delle leggi. L'essenza di tale controllo di costituzionalità può essere riassunta in tre principi: il potere delle Corti federali di invalidare le leggi federali o statali se violano la Costituzione; la supremazia delle leggi e dei trattati federali quando entrano in conflitto con leggi statali; il ruolo della Corte Suprema come organo finale nell'interpretazione della Costituzione. V. sul punto G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. 3. Il sistema statunitense*, cit., 113 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> V. a tal proposito F. Pizzetti, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, in *Federalismo regionalismo e riforma dello Stato*, cit., 37 ss.

dall'emergere di problemi completamente nuovi a cui lo Stato era chiamato per la prima volta a far fronte. Lo Stato sociale nacque con l'assunzione del compito di regolare l'economia, ridistribuire la ricchezza mediante la creazione di un articolato sistema di tassazione progressiva, assicurare il rispetto dei diritti sociali adoperandosi a tutela dei lavoratori e delle categorie socialmente deboli allo scopo di eliminare o attenuare le crescenti disuguaglianze sociali.

Negli Stati Uniti tale trasformazione ha determinato un ampliamento dei poteri della Federazione a danno degli Stati membri e dell'esecutivo nei confronti degli altri poteri dello Stato federale.

Infatti, per risollevare l'economia della nazione annichilita dalla terribile crisi del 1929, il Presidente degli Stati Uniti Franklin Delanov Roosvelt impose l'attuazione di un vasto programma di intervento in economia. L'applicazione della dottrina di Roosevelt, il c.d. *New Deal*, sulla scorta delle idee di Keynes pose fine alla tradizionale politica del *laissez-faire* di stampo ottocentesco: il miglior governo non era più quello con il minimo dei poteri come nella filosofia jeffersoniana dello Stato, ma piuttosto quello che assegnava ad esso un ruolo attivo in campo economico e sociale, in particolar modo nell'assistenza e nella previdenza sociale<sup>42</sup>.

Tuttavia c'è chi ha evidenziato che lo spartiacque tra federalismo competitivo e cooperativo negli Stati Uniti sarebbe da ricondurre all'approvazione del XVI emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, avvenuta nel 1913<sup>43</sup>; in base a tale emendamento il Congresso è abilitato a stabilire ed esigere imposte sui redditi provenienti da qualunque fonte, senza obbligo di ripartirle tra i vari Stati e senza dover tenere conto di alcun censimento o conteggio (sottinteso: della popolazione).

In ogni modo i vari programmi di *federal financial assistance* a favore degli Stati membri, introdotti per la prima volta con il *New Deal*, hanno consentito al governo federale di controllare l'impiego delle sovvenzioni concesse agli enti territoriali periferici: pur essendo l'accettazione di questi contributi finanziari rimessa alla libera valutazione degli amministratori locali, nondimeno la subordinazione dell'erogazione degli stessi al perseguimento da parte degli Stati membri di programmi elaborati dal governo federale ha rappresentato un potente strumento di condizionamento delle politiche finanziarie degli enti territoriali<sup>44</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> V. J.M. Keynes, *The end of Laissez-faire*, London, 1926, tr. it. *La fine del laissez-faire*, Torino, 1936, ora in J.M. Keynes, *La fine del laissez-faire e altri scritti economico-politici*, Torino, 2002, 19 ss.; v. inoltre A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario. Il caso della legislazione antideficit*, Pisa, 2000, 32 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> V. M. Grodzin, *The American System*, Chicago, 1966, 41.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Si parla a tal proposito di *grants-in-aids*. Sul punto v. Biscaretti di Ruffia, *Tendenze costitu-zionali contemporanee*, cit., 408; M. Comba, *Il modello americano*, cit. 240 ss.; A. Zorzi Giustiniani, *Competenze legislative e «federalismo fiscale» in sei ordinamenti liberal-democratici*, in *Quad. cost.*, 1999, 43 ss.

Pertanto il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale ha prodotto anche negli Stati Uniti un progressivo superamento della rigida separazione delle sfere di competenza tra Stato centrale e Stati membri, predisposta dalle norme costituzionali allo scopo di tutelare le competenze degli Stati membri. L'affermarsi di una forma di federalismo di tipo cooperativo ha comportato che qualsiasi attività pubblica di rilievo, indipendentemente dall'attribuzione formale della relativa competenza, è divenuta oggetto di intervento congiunto dei diversi livelli di governo<sup>45</sup>.

Il federalismo cooperativo è caratterizzato da tre principi fondamentali: il principio di sussidiarietà, il federalismo fiscale, il principio di collaborazione.

Il principio di sussidiarietà ha una duplice valenza, tanto che, a seconda dei casi, si parla di sussidiarietà verticale o orizzontale<sup>46</sup>. Secondo la prima di tali accezioni, le funzioni pubbliche devono essere attribuite al livello di governo più vicino ai cittadini: il livello superiore di governo interviene soltanto quando quello inferiore non può provvedere autonomamente in maniera efficace o in presenza di un interesse nazionale o comunque se vi sia l'esigenza di un'uniforme disciplina della materia<sup>47</sup>. Si parla invece di sussidiarietà orizzontale per indicare che i poteri pubblici agiscono soltanto laddove il settore privato non è in grado di operare efficacemente<sup>48</sup>.

Il principio di sussidiarietà verticale in origine aveva la funzione di proteggere le competenze attribuite agli enti territoriali degli Stati federali mentre con il tempo ha assunto un carattere bifronte. Infatti la circostanza che lo Stato possa agire solo quando il suo intervento sia indispensabile non esclude la possibilità di un ampliamento delle competenze federali piuttosto che di un contenimento delle stesse: tramite il principio di sussidiarietà si può giustificare l'intervento dei poteri federali anche in settori originariamente riservati agli enti territoriali subordinati.

In effetti talvolta il principio di sussidiarietà ha funzionato come strumento di ampliamento delle competenze federali: soprattutto in Germania il principio di sussidiarietà è stato inteso quale elemento legittimante l'intervento del *Bund* nelle materie di competenza dei *Länder* sulla scorta dell'interesse nazionale al fine di rendere uniforme la legislazione in una specifica materia<sup>49</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> V. A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico*, cit., 121. Sul punto v. anche M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, Napoli, 1996, 168 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> V. A. LAMBERTI, Sussidiarietà e livelli di tutela dei diritti, in AA.VV., Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, vol. I (Teoria generale, Storia del diritto, Diritto pubblico), Milano, 2005, 421 ss. e l'ampia bibliografia ivi riportata nella nota 11.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> V. A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico*, cit., 123.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Come è noto, il principio di sussidiarietà inteso in quest'ultima accezione trova origine nella dottrina sociale della Chiesa cattolica, con la funzione di proteggere l'autonomia delle formazioni sociali e dell'individuo di fronte all'invadenza del potere pubblico.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> V. F. Pizzetti, *Il modello tedesco*, in *Federalismo regionalismo e riforma dello Stato*, cit., 46.

Il federalismo fiscale comporta che ogni livello di governo si procuri autonomamente, con tributi propri, le risorse adeguate all'esercizio delle proprie competenze<sup>50</sup>.

Il principio di collaborazione implica che per gestire al meglio le risorse siano indispensabili forme di accordo e cooperazione tra i diversi livelli di governo, che possono essere orizzontali, se riguardano gli enti territoriali tra loro, e verticali se relativi a centro e periferia. La collaborazione può essere istituzionalizzata o spontanea, a seconda che sia fondata su procedure prefissate in norme o che sia lasciata alla libera iniziativa dei diversi livelli di governo<sup>51</sup>.

Eppure la conclusione che l'attuale federalismo statunitense sia da etichettare decisamente come cooperativo non sembra del tutto soddisfacente.

Tra l'altro, bisogna osservare che a partire dalla presidenza Nixon il federalismo statunitense è stato caratterizzato da una minore interferenza del governo federale con le competenze statali rispetto al passato. In particolare, nel programma di governo del Presidente repubblicano Ronald Reagan, figuravano da una parte la riduzione dell'intervento dei poteri pubblici in economia e dall'altra un'autentica ristrutturazione dei rapporti tra la Federazione e gli Stati membri, ispirata chiaramente al federalismo duale o competitivo; tuttavia, a causa dell'opposizione da parte del Congresso nonché di divisioni interne alla stessa amministrazione repubblicana, la seconda parte di tale programma non venne mai realizzata<sup>52</sup>.

Pertanto non sembra agevole inquadrare la più recente fase del federalismo statunitense nella rigida contrapposizione tra federalismo competitivo e federalismo cooperativo; forse sarebbe più corretto affermare che l'ordinamento statunitense presenta elementi di federalismo cooperativo accanto a quelli di tipo competitivo.

## 6. Il federalismo in Germania: la riforma della Legge Fondamentale del 2006

Diversa, invece, è stata l'evoluzione del federalismo in Germania.

L'attuale ordinamento federale trova la giustificazione della sua peculiarità nella stessa storia della Germania. Si potrebbe affermare che, per certi versi, la genesi del federalismo tedesco ha preceduto quella dello Stato. Infatti dal me-

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Bisogna notare che il concetto di federalismo fiscale è caratterizzato da un certo grado di ambiguità: esso, da una parte, è stato sinonimo di superamento del localismo e, dall'altra, ha rappresentato uno dei pilastri del decentramento finanziario. Sul punto v. A. Zorzi Giustiniani, *Competenze legislative e «federalismo fiscale»*, cit., 33 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> In tal senso v. M. Volpi, *La classificazione delle forme di Stato*, cit., 219.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Sul punto v. J. Sundquist, Il "nuovo federalismo" di Ronald Reagan, in Quad. cost., 1982, 262 ss.; T. Conlan, From new federalism to devolution, Washington, 1998, 170 ss.

dioevo fino al XIX secolo sul territorio della Germania hanno insistito diverse entità politiche senza alcun coordinamento da parte di un potere centrale comune; nell'età moderna si è assistito ad una graduale trasformazione delle stesse in Stati. Ciò ha contribuito a far sì che i rapporti tra gli Stati tedeschi trovassero fondamento sulle relazioni intergovernative e tra le burocrazie ministeriali; d'altra parte nell'ordinamento tedesco fino ad oggi ha svolto un ruolo particolarmente significativo la collaborazione intergovernativa, a livello esecutivo e non assembleare, dei *Länder* tra loro, imperniata su un organo rappresentativo degli esecutivi, il *Bundesrat*<sup>53</sup>.

Nell'ordinamento tedesco vi è una sorta di interdipendenza permanente e strutturale tra le burocrazie federali e quelle dei Länder, tale circostanza ha contribuito all'intensa attività di cooperazione e di coordinamento tra Bund e Länder e tra i Länder. La struttura istituzionale che consente un risultato simile è di tipo integrato, in cui nessuno dei vari livelli sembra possa esistere senza l'altro: la Federazione non può fare a meno dei Länder, padroni della fase esecutiva a tal punto che, a differenza degli Stati Uniti, non esistono tribunali federali periferici né, salvo alcune eccezioni, un'amministrazione federale decentrata; allo stesso modo i *Länder* non possono esistere senza la Federazione. Sul piano strutturale si tratta di un federalismo profondamente diverso da quello degli Stati Uniti, che è di tipo duale, con la presenza di strutture amministrative parallele. Il federalismo statunitense si differenzia altresì da quello tedesco sul piano del riparto delle funzioni amministrative: mentre negli Stati Uniti vige il principio del parallelismo con le competenze legislative, cioè gli Stati sono responsabili delle funzioni amministrative nelle stesse materie in cui sono dotati di competenze legislative, invece in Germania il federalismo si manifesta come federalismo di esecuzione, in quanto al predominio federale in materia legislativa corrisponde il predominio degli enti territoriali in materia di esecuzione e di attuazione delle scelte legislative.

Nel sistema tedesco la leale collaborazione tra i vari livelli di governo non è solo una questione di buon senso ma piuttosto un elemento connaturato alla gestione politica dello Stato e diretta conseguenza della natura federale dell'ordinamento<sup>54</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> V. F. Palermo e J. Woelk, *Germania*, Bologna, 2005, 31.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> A tal proposito V. S. Labriola, *Il caso tedesco: la Grundgesetz del 1949*, in *Il decentramento politico negli Stati dell'Unione europea*, a cura di S. Labriola, Rimini, 1997, 50 ss., secondo cui nei rapporti tra *Bund* e *Länder* bisogna tenere conto del principio di lealtà federale (*Bundestreue*), risalente all'origine pattizia del moderno Stato tedesco; tale principio, inespresso nella Legge Fondamentale del 1949 ma presente nell'ordinamento imperiale del 1871 quale vincolo comune a *Reich* e Stati membri di osservanza del dovere di leale applicazione del patto federale nell'esercizio delle rispettive attribuzioni, è riemerso grazie alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale come dovere costituzionale dei *Länder* di tenere un comportamento ispirato alla lealtà federale sia nei rapporti intercorrenti tra essi che nei confronti del *Bund*, con la conseguenza che tutte le parti

Fermo restando la validità di tali osservazioni, bisogna notare che di recente l'ordinamento federale tedesco ha subito profonde modifiche le cui conseguenze si manifesteranno pienamente solo tra qualche anno. Infatti con riforma costituzionale entrata in vigore il 1° settembre del 2006 sono stati modificati molteplici articoli della Legge fondamentale: in particolare le innovazioni più significative hanno riguardato il ridimensionamento del ruolo del *Bundesrat* nel procedimento legislativo e la ripartizione delle competenze tra *Länder* e *Bund*<sup>55</sup>.

L'esigenza di una riforma costituzionale era avvertita da molto tempo; tuttavia l'esistenza di veti reciproci tra i partiti aveva costantemente impedito che in Parlamento si raggiungessero le maggioranze necessarie a modificare il testo costituzionale. Le condizioni per una riforma costituzionale si sono finalmente determinate in occasione delle elezioni politiche federali tenutesi nel 2005: preso atto che nessuno dei partiti più rappresentativi era riuscito a conquistare la maggioranza assoluta dei seggi, si è dato vita alla c.d. grande coalizione, cioè alla formazione di un governo a cui partecipano i principali partiti politici tedeschi. Una simile soluzione non è nuova nell'ordinamento tedesco regolato dalla Legge Fondamentale del 1949: in questo modo si archiviano temporaneamente il bipolarismo e le tradizionali divisioni maggioranza—opposizione al fine di prevenire una situazione di instabilità politica.

La riforma costituzionale ha costituito uno dei punti oggetto del programma in base al quale è stato formato il governo presieduto dal cancelliere cristianodemocratico Angela Merkel e sostenuto anche dal partito socialdemocratico. La revisione della Legge Fondamentale ha avuto come scopo la modernizzazione

della Federazione sono tenute ad operare congiuntamente per contribuire al rafforzamento di quest'ultima. Sul punto v. inoltre C. Grewe Leymarie, *Le fédéralisme coopératif en République Fédérale d'Allemagne*, Paris, 1981; G. Kisker, *La collaborazione tra stato centrale e stati membri nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 999 ss.

<sup>55</sup> L'iter della riforma costituzionale si è concluso nel 2006 (atti *Bundesrat* nn. 178/06 e 462/ 06): l'approvazione da parte del Bundestag è avvenuta il 30 giugno, quella da parte del Bundesrat il 7 luglio, la promulgazione il 28 agosto, la pubblicazione il 31 agosto, infine l'entrata in vigore il 1° settembre. La revisione costituzionale ha comportato la modifica di ben 25 articoli della Legge Fondamentale; pertanto si può affermare che nel 2006 è stata realizzata una delle più significative riforme dell'intera storia della Legge Fondamentale tedesca. Il testo costituzionale così novellato presenta numerose innovazioni, tutte più o meno legate al tema del federalismo; oltre a quelle miranti a ridimensionare il ruolo del Bundesrat nel procedimento legislativo e a ridisegnare la ripartizione delle competenze tra Länder e Bund si possono ricordare anche alcune modifiche in materia finanziaria (articoli 104a, comma 6, 104b, 105, comma 2a, etc.) ed in particolare la previsione della responsabilità solidale del Bund e dei Länder per il mancato rispetto degli obblighi a carico della Germania in relazione al patto di stabilità europeo (articolo 109, comma 5, L.F.), la previsione di Berlino capitale (articolo 22, L.F.) nonché una serie di norme transitorie che regolano le condizioni di validità del diritto federale e regionale adottato prima delle modifiche alla Legge Fondamentale. Bisogna inoltre notare che la riforma costituzionale è stata accompagnata da una legge ordinaria di attuazione della stessa, promulgata il 5 settembre 2006 (atto Bundesrat n. 179/06).

dell'organizzazione federale dello Stato e ha inteso rendere più trasparente e comprensibile le responsabilità dei diversi organi o soggetti protagonisti del sistema politico tedesco<sup>56</sup>.

## 7. Il procedimento legislativo e la riduzione della misura della partecipazione del Bundesrat

Bisogna osservare che con tale riforma la struttura del bicameralismo è rimasta inalterata ma sono state modificate le ipotesi in cui è richiesta l'approvazione necessaria da parte di entrambe le camere ai fini del perfezionamento del procedimento legislativo.

Infatti le due camere del Parlamento tedesco partecipano a tale procedimento in maniera differenziata; tanto è vero che non tutte le leggi seguono lo stesso iter.

L'iniziativa legislativa spetta al governo federale, ai membri del *Bundesrat*<sup>57</sup>, la camera composta dai membri dei governi dei *Länder*, nonché a quelli del

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Sul progetto di riforma v., tra gli altri, H.J. Dietsche e S. Hinterseh, Entflechtung der Gesetzgebungskompetenzen: eine Perspektive für "bessere" Verantwortungszuordnung der verschiedenen Ebenen?, in Der deutsche Föderalismus im Reformprozess, a cura di M. Borchard e U. Margedant, Sankt Augustin, Februar 2006, 11 ss.; S. Keller, Die Kommunen im Verbältnis zu Bund und Ländern, ibidem, 101 ss.; H. Oberreuter, Die Länder und Landesparlamente im föderalen Gefüge, ibidem, 117 ss.; M. Brenner, Zukunftsperspektiven des Föderalismus aus der Sicht des Verfassungsrechts, ibidem, 199 ss.; M.E. Geis e D. Krausnick, Die Neujustierung der Gesetzgebungskompetenzen, ibidem, 215 ss.; U. MARGEDANT, Die Föderalismusdiskussion in Wissenschaft und Politik, in Deutschland nach der Bundestagswahl 2005. Fit für die globalen Herausforderungen der erweiterten EU?, a cura di W. Gellner e M. Reichinger, Baden-Baden, 2006, 17 ss.; S. Leunig, Erfolgreich gescheitert?: Bundesrat, Länder und Parteien nach dem vorläufigen ende der Föderalismuskommission, ibidem, 27 ss.; Kirchgässner G., Föderalismus: mehr Wettbewerb, weniger Kooperation, in Deutschland - was nun?, a cura di K.F. Zimmermann, München, 2006, 29 ss.; Häberle, Föderalismus/Regionalismus - eine Modellstruktur des Verfassungsstaates: deutsche Erfahrungen und Vorhaben; Memorandum für ein spanisches Projekt, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 2006, 569 ss.; H.W. Waldeyer, Der Gesetzentwurf zur Föderalismusreform, in Die neue Hochschule: für anwendungsbezogene Wissenschaft und Kunst, 2006, 2, 8 ss.

<sup>57</sup> Il *Bundesrat* rappresenta i *Länder* ed è formato da membri dei governi dei *Länder*, perciò si rinnova ogni qualvolta si rinnovano i governi locali. Al contrario delle ordinarie assemblee parlamentari, il *Bundesrat* è composto da delegati dei governi statali, legati da mandato imperativo nell'esercizio delle loro funzioni. Infatti i componenti del *Bundesrat* sono semplici mandatari dei *Länder*, vincolati dalle direttive politiche impartite dai rispettivi governi; le delegazioni peraltro non esprimono i loro voti singolarmente ma unitariamente per ciascun *Land*. I *Länder* partecipano alla composizione del *Bundesrat* in maniera differenziata a seconda della loro popolazione. A tal proposito v. A. D'Atena, *Pedagogia spagnola e tedesca per le riforme italiane* (Nota per l'indagine conoscitiva delle Commissioni Affari costituzionali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica sulle questioni relative al Titolo V, Parte II, della Costituzione, 26 febbraio 2007), in *www.issirfa.cnr.it*; B. Pezzini, *Il Bundesrat della Germania: «la seconda Camera»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 19 ss.

*Bundestag*, la camera eletta a suffragio popolare<sup>58</sup>. Tuttavia il *Bundesrat* non ha solo il potere di iniziativa legislativa ma ha anche quello di esaminare per primo le iniziative legislative del governo federale<sup>59</sup>; tale obbligo, però, può essere aggirato con la formale presentazione da parte dei gruppi parlamentari di maggioranza del progetto di legge predisposto sostanzialmente dal governo federale<sup>60</sup>.

In ogni modo la procedura legislativa, non modificata nelle linee generali dalla riforma costituzionale<sup>61</sup>, stabilisce che tutte le leggi federali siano approvate dal *Bundestag*<sup>62</sup> e prevede differenti conseguenze a seconda che sia necessaria l'approvazione di entrambe le camere o che si possa fare a meno di quella del *Bundesrat*.

Innanzitutto, quando il progetto di legge richiede l'approvazione obbligatoria del *Bundesrat*, il voto contrario di quest'ultimo impedisce la promulgazione della legge. In questi casi, a meno che le due Camere non trovino una soluzione di compromesso con la riunione di una Commissione di conciliazione composta da membri appartenenti ad entrambe, l'opposizione del *Bundesrat* si traduce in un veto assoluto.

Invece per tutte le altre leggi si parla di veto sospensivo, dal momento che l'opposizione del *Bundesrat* può essere superata dalla successiva approvazione del *Bundestag*. In particolare, in caso di disaccordo su una proposta di legge approvata dal *Bundestag*, il *Bundesrat* può richiedere la convocazione della suddetta Commissione mista, alle cui conclusioni può opporsi; tuttavia, onde

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> V. l'articolo 76, comma 1, L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> V. l'articolo 76, comma 2, L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Sul punto v. J. Luther, *Il modello tedesco dello stato federale sociale*, in *Federalismo regionalismo e riforma dello Stato*, cit., 250; v. anche V. Baldini, *Il Bundesrat come camera federale ed organo di codecisione politica nell'ordinamento tedesco. Aspetti problematici di un'esperienza e nuove prospettive della riforma costituzionale*, in *Le autonomie al centro*, II, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2007, 793, secondo cui il governo tende a rinunciare alla presentazione di disegni di legge e ad utilizzare lo strumento della proposta di iniziativa parlamentare proprio allo scopo di evitare tale obbligatorio esame preliminare da parte del *Bundesrat*.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> V. l'articolo 77 L.F.

Garaticolo 81 L.F. prevede uno strumento di natura eccezionale che consente al Bundesrat di legiferare in luogo del Bundestag; si tratta dello stato di emergenza legislativa. In particolare, lo stato di emergenza legislativa può essere dichiarato dal Capo dello Stato, su richiesta del governo federale e con l'assenso del Bundesrat, qualora il Bundestag respinga un progetto di legge sul quale il governo abbia posto la questione di fiducia. In questa ipotesi il progetto, se nuovamente respinto dal Bundestag dopo la dichiarazione dello stato di emergenza legislativo oppure da quest'ultimo approvato in una stesura inaccettabile per il governo federale, può diventare comunque legge con l'assenso del Bundesrat; analogamente è possibile approvare ogni altro progetto di legge per un periodo di tempo non superiore a sei mesi. Il meccanismo dello stato di emergenza legislativa è circondato da diversi vincoli dal momento che la Legge fondamentale, oltre a richiedere il consenso del Bundesrat, prescrive un limite di tempo massimo per la sua utilizzazione (sei mesi) e stabilisce espressamente che le leggi promulgate in base al suddetto meccanismo non possono in nessun caso modificare, abrogare o sospendere le norme costituzionali.

evitare la bocciatura del progetto di legge, il *Bundestag* può approvarlo nuovamente con la stessa maggioranza con la quale il *Bundesrat* lo ha respinto<sup>63</sup>.

Prima della recente riforma costituzionale per le leggi che incidevano su competenze o interessi dei *Länder* principalmente in campo amministrativo, finanziario e fiscale era necessaria l'approvazione sia del *Bundestag* che del *Bundesrat* a maggioranza assoluta<sup>64</sup>.

Tuttavia la giurisprudenza costituzionale e la prassi avevano notevolmente esteso il concetto di interesse dei *Länder*: ad esempio, la presenza anche di un solo articolo incidente sugli interessi dei *Länder* veniva ritenuta sufficiente per sottoporre l'intera legge all'approvazione del *Bundesrat*. Pertanto, a differenza di quanto previsto dai costituenti, che avevano concepito il potere di veto del *Bundesrat* come ipotesi eccezionale, tale veto era diventato la regola.

Come è agevole intuire l'instaurarsi di una simile prassi aveva prodotto un rallentamento dell'iter di approvazione delle leggi, con conseguente inefficienza dell'intero procedimento; addirittura talvolta il *Bundesrat* assumeva il ruolo di camera di opposizione<sup>65</sup>. Infatti, nelle ipotesi in cui la coalizione di partiti che deteneva il potere a livello federale perdeva il controllo della maggioranza dei voti del *Bundesrat* a seguito di elezioni regionali con esito sfavorevole, si è osservato che in Germania si determinava una situazione di potenziale paralisi del sistema politico analoga a quella che si determina negli Stati Uniti con il c.d. governo diviso, cioè quando il Presidente non appartiene allo stesso partito che detiene la maggioranza dei voti della Camera dei rappresentanti e del Senato<sup>66</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> V. C. Mortati, *Le forme di governo*, cit. 278-279; G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituziona-le comparato*. 4. Il sistema tedesco, Milano, 1992, 53 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Tali ipotesi – contenute rispettivamente nelle vecchie formulazioni degli articoli 84 (in particolare n. 1) e 85 (in particolare n. 1), 104a nonché nei quasi inalterati articoli 105 e ss. L.F. – non esaurivano affatto le materie che nell'ambito del procedimento legislativo federale erano oggetto di approvazione obbligatoria da parte del *Bundesrat* (v. gli articoli 23, 87b, 87c, 87d etc. L.F.) A tal proposito v. V. Baldini, *Il Bundesrat come camera federale*, cit., 794 ss.

<sup>65</sup> In tal senso v. A. Anzon Demmig, Cooperazione e differenziazione nella riforma del federalismo tedesco (Intervento svolto al Senato della Repubblica il 26 febbraio 2007 nel quadro dell'indagine conoscitiva sul Titolo V, Parte II, della Costituzione, effettuata dalle Commissioni Affari costituzionali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica), in www.issirfa.cnr.it. A tal proposito v. anche R. Bifulco, La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006 (Nota per l'indagine conoscitiva delle Commissioni Affari costituzionali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica sulle questioni relative al Titolo V, Parte II, della Costituzione, 26 febbraio 2007), in www.issirfa.cnr.it, secondo cui in Germania il metodo cooperativo ha generato un sistema politico molto burocratizzato e, di conseguenza, lento nell'assunzione delle decisioni; in tale situazione il Bundesrat aveva assunto un ruolo di costante interdizione, dovuto per lo più alla frequente divergenza tra la maggioranza politica dominante nella gran parte dei Länder e quella esistente a livello federale.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> Sul punto v. A. Gunlicks, *German Federalism Reform: Part One*, in *German Law Journal no*. 1 (January 2007), tratto dal sito www.germanlawjournal.com.

La riforma del 2006 ha modificato l'ambito delle leggi soggette ad approvazione obbligatoria del *Bundesrat*, da una parte riducendolo, modificando la disciplina delle leggi federali a cui i *Länder* danno esecuzione<sup>67</sup>, dall'altra aumentandolo, con la previsione di nuove ipotesi di intervento del *Bundesrat* come conseguenza della riforma della ripartizione delle competenze e con la modifica delle leggi federali che comportano obblighi di natura finanziaria a carico dei *Länder*<sup>68</sup>.

In particolare le norme relative alla disciplina dell'organizzazione degli uffici e della procedura amministrativa dei *Länder* erano ritenute le maggiori responsabili dell'espansione del ruolo del *Bundesrat*; tali materie, nella precedente formulazione dell'art. 84, comma 1, della Legge Fondamentale, erano ordinariamente di competenza dei *Länder* quando questi ultimi davano esecuzione a leggi federali salvo che le leggi federali medesime, con l'approvazione del *Bundesrat*, non disponessero diversamente. Naturalmente l'espansione del ruolo del *Bundesrat* era diretta conseguenza dell'invadenza del *Bund* nella sfera di materie di ordinaria competenza dei *Länder*.

Oggi la nuova formulazione dell'articolo 84, comma 1, della Legge Fondamentale, prevede ancora l'eventuale intervento della Federazione ma non più l'approvazione obbligatoria del progetto di legge anche da parte del *Bundesrat*. Per compensare tale esclusione ai *Länder* è stato attribuito un potere nuovo, mediante il quale si consente ad essi di derogare alla disciplina federale. Tale potere di deroga si traduce nella possibilità che la divergenza tra legislazione federale e regionale venga risolta a favore della normativa approvata per ultima, con la precisazione che la legislazione federale entra in vigore soltanto sei mesi dopo la promulgazione<sup>69</sup>. Tuttavia il potere di deroga può essere escluso in casi eccezionali dalla legislazione federale quando vi sia l'esigenza particolare di una disciplina uniforme su tutto il territorio federale: in questo caso, però, il *Bundesrat* riacquista il suo potere di veto assoluto sul progetto di legge federale approvato dal *Bundestag*.

In ogni modo l'esercizio del potere di deroga da parte dei *Länder* non esclude un nuovo intervento da parte della Federazione<sup>70</sup>.

## 8. La nuova ripartizione delle competenze legislative tra Bund e Länder

Inalterata è invece la procedura per la modifica della Legge fondamentale: essa richiede la maggioranza qualificata dei due terzi dei membri di entrambe le

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> V. il nuovo articolo 84, comma 1, L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> V. la nuova formulazione dell'articolo 104a, comma 4, L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Ciò per consentire l'eventuale esercizio del potere di deroga da parte dei *Länder*; a tal proposito v. A. Gunlicks, *German Federalism Reform: Part One*, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> V. A. Anzon Demmig, *Il regionalismo «asimmetrico»: la via italiana e il modello tedesco*, in *Quad. cost.*, 2006, 794 ss., che parla a tal proposito di effetto "ping-pong".

Camere<sup>71</sup>. Tra i limiti alla revisione della Legge fondamentale si riscontrano quello della revisione della struttura federale dello Stato, con l'articolazione del *Bund* in *Länder* e la partecipazione dei *Länder* alla legislazione<sup>72</sup>; tuttavia, a prescindere dall'assenso del *Land* interessato, sono consentite modifiche costituzionali sulle competenze, sull'estensione territoriale e sulla stessa esistenza dei singoli *Länder*<sup>73</sup>.

La Legge fondamentale regolamenta la struttura federale dell'ordinamento tedesco<sup>74</sup>. Ogni *Land* organizza il proprio ordinamento sulla base della Costituzione che si è dato. Le costituzioni dei *Länder* devono rispettare i principi dello Stato di diritto repubblicano, democratico e sociale delineati dalla Legge fondamentale<sup>75</sup>.

La Legge fondamentale prevede il criterio generale di riparto tipico degli Stati federali, in base al quale tutte le competenze non attribuite espressamente spettano alle singole entità territoriali e non all'autorità centrale<sup>76</sup>.

Il potere dei *Länder* viene notevolmente ridotto da due principi fissati dalla stessa Legge fondamentale: il diritto federale prevale sul diritto dei *Länder*<sup>77</sup> e il governo federale può, con l'assenso del *Bundesrat*, costringere al rispetto degli obblighi imposti loro dalla Legge fondamentale o da altri leggi federali quei *Länder* che non lo facessero spontaneamente<sup>78</sup>.

Il principio della prevalenza del diritto federale sul diritto dei *Länder* deve essere però rivisitato tenendo conto che la riforma costituzionale del 2006 ha attribuito ai *Länder* il potere di deroga avverso la legislazione federale in alcune delle materie appartenenti alla legislazione concorrente.

## 8.a. La competenza esclusiva della Federazione e quella concorrente

La riforma del 2006 ha riorganizzato l'articolato sistema di riparto delle competenze legislative tra Federazione e *Länder* previsto dalla Legge Fondamentale.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> V. l'articolo 79, comma 2, L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> V. l'articolo 79, comma 3, L.F. A tal proposito v. J. Woelk, *La Germania: tra numerose revisioni e nucleo essenziale protetto*, in *La \*manutenzione\* costituzionale*, a cura di F. Palermo, Padova, 2007, 147 ss.; sul punto v. anche C. Tomuschat, *Il federalismo tedesco*, in *Quale, dei tanti federalismi?*, cit., 203.

<sup>73</sup> V. l'articolo 29 L.F. tedesca.

Nell'ordinamento tedesco è altresì presente un Tribunale costituzionale federale, che è competente anche a risolvere i conflitti tra Bund e Länder e che sovrintende alla legittimità delle leggi, garantendo la prevalenza della Legge fondamentale su ogni altra fonte del diritto federale o locale.

<sup>75</sup> V. l'articolo 28 L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> V. l'articolo 70, comma 1, L.F.

<sup>77</sup> V. l'articolo 31 L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> V. l'articolo 37, comma 1, L.F.

Innanzitutto vi sono le materie di competenza esclusiva della Federazione, che sono quelle relative agli aspetti più importanti della politica nazionale (difesa e politica estera innanzitutto, ma anche ferrovie, poste etc.). In tali materie i *Länder* possono legiferare solo se e nella misura in cui vi siano espressamente autorizzati da una legge federale<sup>79</sup>. La novella costituzionale ha ampliato le materie di competenza esclusiva della Federazione<sup>80</sup>.

Poi c'è la legislazione concorrente, che include un catalogo di settori più ampio di quello di legislazione esclusiva. Fin dall'origine la legislazione concorrente non era assimilabile a quella prevista dall'ordinamento italiano in quanto, a differenza di quest'ultima, la prima si ispirava all'alternanza dell'esercizio delle competenze tra l'autorità centrale e gli enti locali più che alla condivisione delle stesse<sup>81</sup>.

Nell'assetto derivante dalla riforma costituzionale del 1994, prima della modifica operata nel 2006, nelle materie concorrenti i *Länder* potevano legiferare fino a quando e nella misura in cui non intervenisse la Federazione per realizzare uniformi condizioni di vita in tutto il territorio federale o per la tutela dell'unità giuridica ed economica nell'interesse generale dello Stato; a tal proposito si parlava di clausola di necessità.

La revisione costituzionale ha ridimensionato l'ambito di applicazione di tale clausola, tuttora contenuta nell'articolo 72, comma 2, della Legge Fondamentale: essa non ha più una portata generale ma è limitata alle materie ivi identificate con il puntuale riferimento ai relativi commi del successivo articolo 74.

Per quanto concerne un altro gruppo di materie richiamate nell'articolo 72, comma 3, della Legge Fondamentale, è stato introdotto il potere di deroga da parte dei *Länder* nei confronti della legislazione federale. In tali ipotesi, la legislazione federale non entra in vigore se non dopo sei mesi dalla promulgazione, a meno che non venga stabilito un termine più breve con l'approvazione anche del *Bundesrat*. Si precisa, altresì, che, nelle suddette materie, in caso di divergenza tra legislazione federale e quella dei *Länder* prevale quella adottata per ultima.

Invece, un maggiore spazio rispetto al recente passato sembra che sia stato attribuito al legislatore federale per quanto concerne le materie di legislazione concorrente non comprese negli elenchi precedentemente menzionati. Infatti nelle materie di legislazione concorrente per le quali è esclusa l'applicazione del

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> V. l'articolo 71 L.F.

<sup>80</sup> V. l'articolo 73 L.F. oggi in vigore.

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> V. in proposito J. Luther, *La riforma del federalismo in Germania all'esame del Parlamento italiano* (Intervento svolto al Senato della Repubblica il 26 febbraio 2007 nel quadro dell'indagine conoscitiva sul Titolo V, Parte II, della Costituzione, effettuata dalle Commissioni Affari costituzionali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica), in *www.issirfa.cnr.it*, secondo cui una simile alternanza ha il vantaggio, tra l'altro, di offrire chiarezza e certezza ai cittadini.

meccanismo della clausola di necessità e per le quali ai *Länder* non è concesso un potere di deroga, la Federazione sembra aver acquisito un illimitato e incondizionato potere di legiferare: in tali casi ai *Länder* è preclusa la possibilità di legiferare ogni qualvolta la Federazione decida di esercitare la propria competenza legislativa. Inoltre appare quasi superfluo notare che al ridimensionamento della clausola di necessità si è aggiunto anche quello del controllo del Tribunale costituzionale federale sulla sussistenza dei presupposti a cui l'articolo 72, comma 2, della Legge Fondamentale subordinava l'esercizio da parte della Federazione del potere di legiferare nelle materie concorrenti<sup>82</sup>: tale forma di controllo non è stata soppressa ma, in conseguenza della riformulazione del suddetto articolo 72, comma 2, viene ad essere automaticamente limitata alle sole materie a cui quest'ultimo fa riferimento.

Tuttavia, a fronte di una simile riduzione, a favore del Tribunale costituzionale federale è stata introdotta una nuova competenza in materia<sup>83</sup>. Infatti il *Bundesrat* oppure un Governo o un Parlamento di un *Land*, nel caso in cui la discussione in sede parlamentare dell'abolizione della normativa federale richiesta da un *Land* sia stata infruttuosa<sup>84</sup>, può chiedere al Tribunale costituzionale federale di dichiarare che sia venuta meno la necessità di una disciplina legislativa federale adottata sulla scorta della clausola di necessità ex articolo 72, comma 2, della Legge Fondamentale, oppure che non potrebbe più essere adottata una disciplina federale in materia<sup>85</sup>. Tale decisione ha valore equivalente a quello di una legge federale che, quando sia venuta meno la necessità di una disciplina federale, stabilisca che quest'ultima sia sostituita dalla legislazione dei *Länder*<sup>86</sup>.

Peraltro la riforma ha sottratto alla competenza concorrente alcune delle materie precedentemente previste, attribuendole alla competenza esclusiva dei *Länder*.

Pertanto dopo la novella costituzionale l'articolazione delle materie di legislazione concorrente appare più complessa rispetto al passato. Infatti dalla precedente tipologia unica di legislazione concorrente ne sono state ricavate ben tre diverse: in primo luogo le materie per le quali la concorrenza va intesa nel senso in cui si intendeva prima della riforma, con l'esclusione della legislazione regionale nel caso in cui opera la clausola di necessità<sup>87</sup>; in secondo luogo le

<sup>82</sup> V. l'articolo 93, comma 1, n. 2a, L.F.

<sup>83</sup> V. l'articolo 93, comma 2, L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Più precisamente v. quanto stabilisce l'ultimo periodo dell'articolo 93, comma 2, L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Secondo quanto dispone l'articolo 125a, comma 2, L.F., relativo alla transitoria sopravvivenza del diritto federale adottato prima del 15 novembre 1994.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> V. a tal proposito gli articoli 72 e 125a, comma 2, secondo periodo, L.F.

<sup>87</sup> V. l'articolo 72, comma 2, L.F., che identifica una serie di materie concorrenti, ancora sottoposte alla clausola di necessità, mediante il riferimento esplicito ad una serie di commi del successivo articolo 74.

materie di competenza concorrente per le quali è esclusa l'applicazione della clausola di necessità e ai *Länder* è consentita la deroga nei confronti della legislazione federale<sup>88</sup>; in terzo luogo le materie concorrenti non comprese nelle ipotesi precedenti, per le quali, non applicandosi né la disciplina relativa alla clausola di necessità né quella relativa al potere di deroga, si deve ritenere che viga il principio generale della prevalenza del diritto federale su quello regionale secondo cui, qualora la materia venga disciplinata dal legislatore federale, è precluso al legislatore regionale qualsivoglia intervento successivo<sup>89</sup>.

Infine, come già osservato, una speciale forma di concorrenza è contemplata dalla nuova formulazione dell'articolo 84, comma 1, della Legge Fondamentale: nelle ipotesi ivi previste l'ordinaria competenza dei *Länder* può essere sostituita dall'intervento federale, a sua volta derogabile dai medesimi *Länder*, tranne quando particolari esigenze di disciplina uniforme a livello federale impongano alla Federazione, con la necessaria approvazione del *Bundesrat*, di legiferare escludendo qualsivoglia intervento in deroga da parte dei *Länder*.

# 8.b. La soppressione della legislazione-cornice, la modifica dei compiti comuni e la competenza residuale dei Länder

Inoltre la Federazione aveva il potere di emanare leggi-cornice in materie di grande importanza, tra cui la disciplina giuridica generale della stampa e i principi dell'istruzione superiore; in questi campi ai *Länder* era lasciata soltanto la redazione di norme di dettaglio<sup>90</sup>. La riforma del 2006 ha eliminato del tutto la legislazione quadro<sup>91</sup>, ripartendone le materie tra la competenza esclusiva dei *Länder*, quella esclusiva del *Bund* e quella concorrente<sup>92</sup>.

Anche le ipotesi di compiti comuni, introdotte nel 1969 a seguito di revisione costituzionale<sup>93</sup>, sono state parzialmente ridisegnate dalla riforma del 2006<sup>94</sup>. In particolare, con la riforma del 1969 le competenze dei *Länder* in materia di edilizia universitaria, economia regionale e agricoltura erano state sostanzial-

<sup>88</sup> V. l'articolo 72, comma 3, L.F.

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> L'ipotesi in questione riguarda le materie dell'articolo 74 non richiamate dall'articolo 72.

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> Si tratta di una tecnica di ripartizione delle competenze tra autorità centrale ed enti locali assimilabile alla legislazione concorrente dell'ordinamento italiano; a tal proposito v. A. Gragnani, *Il nuovo progetto di riforma del federalismo tedesco*, in *www.issirfa.cnr.it*.

<sup>91</sup> L'articolo 75 L.F., che disciplinava le materie della legislazione quadro, è stato abrogato.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Sul punto v. D. Schefold, Federalismo, regionalismo e riforma del federalismo tedesco (giu-gno-luglio 2006), in www.issirfa.cnr.it, secondo cui il concreto esercizio della potestà legislativa di cornice è stato spesso carente per difetto, con la mancata predisposizione della disciplina normativa, o, al contrario, per eccesso, con la regolamentazione completa della materia da parte della Federazione.

<sup>93</sup> V. la formulazione dell'articolo 91a L.F. prima della riforma del 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> V. la nuova formulazione dell'articolo 91a L.F.

mente trasferite alla competenza legislativa federale con il consenso dei *Länder* interessati in cambio della partecipazione economica della Federazione nella misura della metà delle spese<sup>95</sup>; la nuova riforma ha sottratto la materia dell'edilizia universitaria dai compiti comuni<sup>96</sup>.

Le materie di competenza esclusiva dei *Länder* sono quelle residuali, cioè tutte quelle non attribuite esplicitamente dalle varie disposizioni della Legge Fondamentale. Tradizionalmente, per il carattere fortemente cooperativo e unitario del sistema federale tedesco, le leggi dei *Länder* nei settori di loro competenza hanno sempre avuto la tendenza ad essere molto simili tra loro; infatti esse hanno beneficiato di un grado di differenziazione assai inferiore a quello di cui avrebbe potuto usufruire sulla scorta delle previsioni della Legge fondamentale.

Come già rilevato, la riforma ha ampliato le competenze proprie dei *Länder* a seguito del riordino delle materie di competenza concorrente e della soppressione della legislazione cornice; infatti tutte le competenze soppresse dagli elenchi esplicitamente previsti dalla Legge Fondamentale sono state automaticamente attribuite alla legislazione esclusiva dei *Länder*.

Invece la riforma del 2006 non ha intaccato il principio secondo cui ai *Länder* è affidata sia l'esecuzione delle proprie leggi che di quelle del *Bund*<sup>7</sup>. Pochissime sono le attività amministrative svolte dalla Federazione in proprio e attraverso una propria struttura amministrativa; tra queste il servizio diplomatico, l'amministrazione delle finanze federali, il servizio postale federale<sup>98</sup>, i servizi segreti e l'esercito<sup>99</sup>, i trasporti ferroviari<sup>100</sup>.

#### 9. Considerazioni conclusive

Pertanto la recente riforma della Legge Fondamentale mira principalmente a ridurre il peso del *Bundesrat* nell'ambito del procedimento legislativo federale nonché a semplificare e riordinare l'intreccio delle competenze legislative nell'ordinamento federale. Infatti sembra che la riformulazione delle ipotesi di approvazione obbligatoria dei progetti di legge da parte del *Bundesrat*, cioè dei casi in cui quest'ultimo dispone di un potere di veto assoluto nei termini sopra illustrati, debba condurre ad una significativa riduzione sul piano quantitativo delle leggi federali necessariamente bicamerali, con benefiche ricadute sulla

<sup>95</sup> Sul punto v. G. De Vergottini, voce Stato federale, cit., 853.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Infatti è stato abrogato l'articolo 91a, comma 1, n. 1 L.F.

<sup>97</sup> V. gli articoli 83 e 85 L.F.

<sup>98</sup> V. l'articolo 87 L.F.

<sup>99</sup> V. gli articoli 87, 87a e 87b L.F.

<sup>100</sup> V. l'articolo 87e L.F.

rapidità e sull'efficienza dell'intera attività legislativa<sup>101</sup>. Tuttavia non vi è concordia in dottrina a proposito di tale analisi; in proposito appare opportuno richiamare l'opinione secondo cui, a seguito della più recente riforma della Legge Fondamentale, nel procedimento legislativo federale l'incidenza del *Bundesrat* non sia effettivamente diminuita tanto da rendere tale organo suscettibile di rivestire ancora un rilevante ruolo politico<sup>102</sup>.

Nondimeno l'obiettivo perseguito dalla riforma nel suo complesso tramite le puntuali modifiche esaminate è costituito dal superamento del tradizionale e ormai inefficiente intreccio cooperativo tra centro e periferia.

Da ciò sembra si possa dedurre che i modelli di federalismo tedesco e statunitense, pur tendendo conto della profonda differenza tra i due ordinamenti, siano destinati ad attenuare sempre più le proprie differenze. Infatti, da una parte, è ben noto che la forte diversificazione tra le legislazioni statali è una caratteristica del federalismo statunitense, dall'altra, la riforma della Legge Fondamentale del 2006 sembra sia suscettibile di condurre nel lungo periodo a una differenziazione nella legislazione dei *Länder*, incrinando il tradizionale principio di uniformità tra gli stessi.

Ciononostante appare arduo, al momento, manifestare una netta propensione in un senso o nell'altro: per valutare in quale direzione si evolverà l'ordinamento tedesco bisognerà certamente attendere alcuni anni, tenendo anche conto dell'ulteriore elemento di cambiamento costituito dall'attesa seconda parte della riforma del federalismo, relativa alla c.d. costituzione finanziaria.

Indubbiamente è possibile che l'esercizio ripetuto del potere di deroga da parte dei *Länder* nei confronti della legislazione federale con il trascorrere del tempo favorisca la differenziazione tra le legislazioni dei vari *Länder* e determini un'evoluzione in senso competitivo del federalismo tedesco<sup>103</sup>; pertanto proprio a causa di tale circostanza si potrebbe supporre che le forme di federalismo tedesco e statunitense siano destinate a convergere verso un modello comune, in cui siano presenti contemporaneamente elementi di federalismo competitivo accanto a quelli di federalismo cooperativo<sup>104</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> V. F. Palermo, La riforma degli «altri Senati». I casi di Germania e Spagna, in Quad. cost., 2006, 561 ss. e J. Woelk, Eppur si muove: la riforma del sistema federale tedesco, in Le Istituzioni del federalismo, 2007, 193, secondo cui la percentuale delle leggi federali sottoposte al veto assoluto del Bundesrat a seguito della riforma costituzionale dovrebbe scendere dal 60% a circa il 35 % del totale delle leggi approvate.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> In tal senso v. V. Baldini, *Il Bundesrat come camera federale*, cit., 818.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> Secondo alcuni un'evoluzione in senso competitivo del sistema federale tedesco era già iniziata prima della recente riforma costituzionale; a tal proposito v. J. Woelk, *Eppur si muove: la riforma del sistema federale tedesco*, cit., 195.

Tuttavia la riforma sembra aperta a varie possibilità; in tal senso v. D. Schefold, Federalismo, regionalismo e riforma del federalismo tedesco, cit.; Id., Riflessioni di fine anno sulla riforma del federalismo tedesco (Dicembre 2006), in www.issirfa.cnr.it. Infatti, da una parte essa non appare

In effetti una simile convergenza sembrerebbe confermare l'idea di un modello di Stato federale misto, risultato dell'elaborazione della dottrina più attenta in materia di federalismo, in cui si mescolano elementi di competizione e separazione da una parte e di cooperazione e solidarietà dall'altra<sup>105</sup>.

così rivoluzionaria da superare immediatamente e decisamente il tradizionale federalismo cooperativo tedesco, districando il nodo delle competenze della Federazione e dei *Länder*, dall'altra, però, la possibilità attribuita a ciascun *Land* di assumere decisioni divergenti o opposte a quelle adottate dagli altri *Länder* e dalla Federazione nel lungo periodo potrebbe portare ad una differenziazione fra *Länder* deboli e *Länder* forti e quindi, in sostanza, favorire il passaggio dal federalismo cooperativo a quello competitivo.

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> V. a tal proposito P. Häberle, Le Prospettive del Federalismo in Europa. Un dialogo italotedesco, Roma, 26 gennaio 2007, tratto dal sito internet www.fondazionebasso.it.

## Strumenti e sedi della collaborazione tra enti. Una disciplina da definire

#### di Anna Lazzaro

Sommario: Premessa - 1. Il principio di collaborazione. - 2. Le sedi di raccordo: a) il "sistema delle Conferenze"; b) il Consiglio delle Autonomie locali. - 3. Il potere sostitutivo. L'art. 120 Cost. e la l. 131/2003. - 4. Gli strumenti della collaborazione e le decisioni della Corte Costituzionale: a) le procedure di "coinvolgimento"; b) le diverse forme della collaborazione e i loro effetti. - 5. Il principio di pariordinazione tra gli enti. Gli articoli 114 e 119 Cost. - 6. Gli statuti regionali e la collaborazione tra le Regioni e gli enti locali. - 7. Conclusioni.

## Premessa

Il nuovo sistema amministrativo disegnato dalla riforma costituzionale del 2001, si caratterizza da una parte per l'esigenza di espansione e affermazione delle differenze delle autonomie locali cui corrisponde, dall'altra, la necessaria presenza di strumenti di garanzia di unità e integrazione.

I principi di sussidiarietà e di collaborazione sul presupposto della pariordinazione tra gli enti di governo, costituiscono i riferimenti generali di una metodologia necessaria per realizzare il nuovo sistema delineato dalla riforma.

In questo nuovo ordinamento, definito "policentrico" e "paritario" secondo il disposto dell'art. 114, la volontà dello Stato non si impone sugli altri livelli di governo ma si coordina in modo cooperativo per la tutela delle esigenze unitarie, e le funzioni, non più attribuite in base a criteri rigidi, vanno allocate volta per volta in base a meccanismi flessibili, sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione, dopo una concreta valutazione della dimensione degli interessi.

Come è noto, sempre alla luce della riforma, l'attività amministrativa viene fondamentalmente imputata al governo locale sulla base del principio di sussidiarietà; la potestà legislativa statale e regionale viene parificata e distinta diversamente sul piano delle competenze, che sono limitate dal rispetto dei principi costituzionali e dall'ordinamento europeo e internazionale; sono eliminati i controlli di legittimità che limitavano lo svolgimento delle attività degli enti locali e delle Regioni e ne condizionavano la piena assunzione delle responsabilità del-

134 Anna Lazzaro

l'azione amministrativa svolta. Le nuove forme di controllo sono previste in funzione di garanzia dei principi di efficienza, economicità e dei risultati raggiunti dalle amministrazioni, la finanza si avvia a diventare autonoma con il governo locale chiamato a vivere con mezzi propri, con proventi derivanti dal prelievo fiscale riferibile al proprio territorio, salvi i principi di perequazione.

Questi, in estrema sintesi, alcuni punti fondamentali della riforma, che necessita ancora di interventi normativi per una coerente applicazione. Risultano, infatti, irrisolti numerosi problemi di coordinamento generale e applicativi. Il contrasto tra le nuove disposizioni costituzionali e la realtà di discipline esistenti modellate sul testo precedente ha prodotto difficoltà e problemi di non agevole soluzione, a cui si aggiunge la mancanza di nuove previsioni di strumenti idonei a garantire una ordinata transizione dal vecchio al nuovo.

Una questione fondamentale è costituita dal fatto che questo ordine policentrico determina la necessità di un riordino complessivo della organizzazione dei rapporti tra enti, che venga incentrata su sedi o procedure di incontro tra le varie componenti territoriali per realizzare quella integrazione che è ad esso connaturata.

La riforma indica in sostanza che gli interessi eventualmente comuni tra gli enti, non possono che trovare la loro tutela nelle sedi e nelle procedure di raccordo e non in quelle gerarchiche di un sistema improntato alla supremazia dello Stato.

## 1. Il principio di collaborazione

Il principio di collaborazione nasce come esigenza concreta di equilibrio tra il principio di unità e indivisibilità previsto nell'art. 5 Cost. e la valorizzazione delle autonomie.

È stata inizialmente la giurisprudenza della Corte Costituzionale ad introdurre il principio di leale collaborazione, attraverso un percorso, non del tutto continuo e lineare, che ha caratterizzato le vicende del regionalismo italiano fino alla l. cost. 3/2001¹.

Dopo gli anni novanta in cui si sviluppa e afferma un autonomismo più maturo, si delinea la tendenza anche sul piano normativo a creare relazioni, tra

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Il modello cooperativo viene elaborato dalla Corte Costituzionale in relazione al rapporto tra Stato e Regioni, per mitigare le conseguenze di una lettura troppo rigida della separazione delle competenze. La Corte parla già di collaborazione tra Stato e Regioni nella sentenza 49/1958, anche se non arriva a definire i caratteri di tale principio. Successivamente la Corte nella sent. 35/1972 fa riferimento "allo spirito di necessaria collaborazione tra tutti gli organi centrali e periferici che, pur nella varia differenziazione di appartenenza, sostengono la struttura unitaria dello Stato". Quindi negli anni ottanta ed in particolare nel 1988 la Corte opererà un massiccio richiamo al principio cooperativo che si evolverà fino a svolgere la funzione di parametro nel giudizio su norme primarie.

i soggetti istituzionali, improntate a principi collaborativi. La leale cooperazione diventa dato di diritto positivo nell'art. 4 della legge 59/1997, quale principio fondamentale per guidare il governo nella stesura dei decreti legislativi di riforma della pubblica amministrazione.

Come è noto, con la l. cost. 3/2001, il principio è stato recepito espressamente nell'art. 120 Cost. che lo prevede quale criterio guida, al quale la legge deve attenersi nel definire le procedure atte a garantire l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo nei confronti delle Regioni e degli enti locali. Questi poteri sono previsti in un contesto collaborativo tra livelli di governo posti sullo stesso piano, e non derivano da posizioni di supremazia dello Stato sulle Regioni, o delle Regioni sugli enti locali. Tuttavia il principio non riguarda solo l'utilizzo dei poteri sostitutivi ma sottende al testo di riforma costituzionale con riferimento a diversi momenti decisionali². Inoltre, la prassi che si è sviluppata negli anni successivi alla riforma ha introdotto con discipline di settore, numerose procedure di raccordo tra enti, di diversa natura, come obblighi di reciproca informazione, richieste di pareri preventivi, istituzione di sedi per la definizione di accordi.

Ma la portata fondamentale del principio di collaborazione si evince soprattutto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Per la Corte esso costituisce un principio guida che "deve governare i rapporti tra lo Stato e le Regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrano o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi", e il principio "va al di là del mero riparto costituzionale delle competenze per materia, e opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze amministrative proprie e delegate"<sup>3</sup>.

In particolare, poi, a partire dalla sentenza 303/2003, sentenza definita storica, la Corte ha riconosciuto la sussistenza di uno stretto rapporto tra principio di leale cooperazione e principio di sussidiarietà<sup>4</sup>, considerando la leale coope-

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Si vedano l'art. 116, 2° co., che prevede l'obbligo di sentire gli enti locali per richiedere le forme ulteriori di autonomia; l'art. 117, 8° co., che contempla la possibilità di istituire organi comuni interregionali; l'art. 117, 5° co., che prevede la partecipazione delle Regioni alle fasi ascendente e discendente di formazione e attuazione del diritto comunitario.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Sent. n. 242 del 1997.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Numerosi i commenti a questa sentenza: ne indichiamo alcuni: F. Cintioli, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*: in *www.forumcostituzionale.it* 2003; Q. Camerlengo, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte Costituzionale*, e in *www.forumcostituzionale.it* 2003; A. Ruggeri, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in *www.forumdiquadernicostituzionali.it* 2003; S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale. (Nota a Corte Costituzionale n. 303 del 2003*), in *Le Regioni* 2004; R. Capunzo, *Le intese tra Stato e Regioni come specifi-*

136 Anna Lazzaro

razione come una sorta di innesco della sussidiarietà, ovvero come un elemento che permette la giustificazione razionale della sussidiarietà. La Corte muove dall'idea che anche in materie appartenenti alla potestà legislativa concorrente o residuale delle Regioni, vi possono essere delle esigenze unitarie la cui tutela presuppone l'intervento dello Stato. La flessibilità necessaria ad operare questo spostamento di funzioni trova il proprio fondamento nel principio di sussidiarietà, ma lo spostamento delle funzioni amministrative deve avvenire mediante modalità negoziali, informate al principio di leale collaborazione. Risulta evidente che l'applicabilità generale e l'elasticità del principio richiede l'individuazione concreta di modalità attuative.

Tuttavia, sia il nuovo testo costituzionale, sia la normativa successiva, trascurano il problema delle forme, delle sedi e degli strumenti di coordinamento. Paradossalmente la riforma, mentre pone tra i suoi principi ispiratori la leale collaborazione, dimentica poi di dar vita ad un sistema che la realizzi nella pratica.

Oggi, come si dirà, la Corte Costituzionale considera obbligatorio il ricorso a forme di integrazione e collaborazione ogni qualvolta gli interessi coinvolti sul piano normativo e sul piano amministrativo siano comuni a più soggetti pubblici, ma il problema della strumentazione operativa resta ancora da definire attraverso una disciplina organica.

Pertanto, il sistema attuale comprende una disciplina preesistente relativa ad organi che, dopo la riforma, hanno assunto un diverso rilievo ai fini della realizzazione del principio di collaborazione e del coordinamento delle amministrazioni, le Conferenze, il Consiglio delle autonomie locali, l'art. 120 della Costituzione e altri generali riferimenti alla collaborazione contenuti nel Titolo V, la legge n. 131 del 2003 che si occupa dell'attuazione della riforma e una vasta giurisprudenza della Corte Costituzionale che si è assunta l'onere di determinare i contenuti procedurali della collaborazione ogni volta che, nei casi in cui non sia possibile una netta separazione delle competenze, vale il principio di collaborazione, suscettibile di essere organizzato in modi diversi per forme e intensità, e l'esercizio delle funzioni necessita del coinvolgimento di posizioni costituzionalmente rilevanti di più enti.

#### 3. Le sedi di raccordo

## a. Il sistema delle "Conferenze"

Un ruolo molto importante nel contesto delle riforme della pubblica amministrazione degli anni '90, hanno avuto l'istituzione delle tre Conferenze Stato-

cazione del principio di leale collaborazione. La giurisprudenza della Corte Costituzionale dalla sentenza n. 303/2003 alla sentenza n. 31/2006, in www.innovazionediritto.unina.it.

Regioni, Stato-città e autonomie locali, Unificata, previste o ampliate nelle loro funzioni dalla l. 59 del 1997 e dal d.lgs. 281 dello stesso anno. Queste hanno sicuramente concorso a costituire quell'apparato di raccordo e di coordinamento tra lo Stato e gli enti locali che oggi risulta fondamentale per la realizzazione del nuovo sistema amministrativo<sup>5</sup>.

In particolare, con la riforma Bassanini, rafforzate le competenze delle Regioni e delle autonomie locali, si sono individuate puntuali e dettagliate funzioni sia della Conferenza Stato-Regioni sia della Conferenza Stato-città-autonomie locali.

Dopo l'introduzione del principio di sussidiarietà la Conferenza Unificata, assume ulteriore risalto in quanto diventa fondamentale il passaggio in quella sede di tutti gli atti riguardanti il complesso processo di devoluzione a favore delle Regioni e degli enti locali, comprese le intese necessarie per la definizione dei provvedimenti riguardanti il conferimento delle risorse. A ciò si aggiunge una prevalente maggiore coesione e condivisione delle problematiche da parte degli enti locali, comuni e province, partendo dalla consapevolezza della necessità di strategie uniche nella risoluzione di esigenze comuni per le decisioni politiche e amministrative, e anche le Regioni iniziano a comprendere come da una più stretta condivisione di obiettivi e da una maggiore coesione di intenti con le autonomie locali, possa derivare una maggiore valorizzazione di tutti gli enti territoriali<sup>6</sup>.

L'istituzione delle Conferenze ha così determinato una significativa mutazione dei processi decisionali nelle tematiche che coinvolgono lo Stato e gli enti territoriali, dando vita a modalità collaborative che sono andate affinandosi nel tempo e che oggi sono considerate determinanti per realizzare il confronto e il coordinamento<sup>7</sup>.

Gli atti normativi che hanno successivamente disciplinato il sistema delle Conferenze, segnano il passaggio da una fase iniziale nel corso della quale a queste sedi si riconosce un ruolo consultivo, in prevalenza riferito a decisioni di natura amministrativa, ad una fase nella quale esse vengono considerate come sedi di previo confronto su decisioni di natura non solo normativa ma più in generale politica<sup>8</sup>.

La riforma costituzionale attraverso la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà e l'affermazione del principio di pari dignità degli enti territoriali e, poi, con le leggi n. 131 del 2003 e n. 11 del 2005, che prevedono numerose

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> F. Pizzetti, Il sistema delle Conferenze e la forma di governo italiana, in Le Regioni 2000, 473.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> C. Cittadino, *Il sistema delle Conferenze* in www.astrid-online.it 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> A. Pajno, L'attuazione del federalismo amministrativo, in Le Regioni 2001, p. 674; S. Mangiameli, L'attuazione della riforma del Titolo V Cost. L'amministrazione tra Stato Regioni ed Enti locali, in www.issirfa.cnr.it 2004; R. Carpino, Evoluzione del sistema delle Conferenze, in Ist. Fed., 1, 2006, p. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> C. Cittadino, *Il sistema delle Conferenze*, cit.

138 Anna Lazzaro

occasioni di accordi e intese tra Stato e autonomie, in relazione agli interventi sostitutivi e in relazione ai rapporti con l'ordinamento comunitario, hanno rafforzato ulteriormente il ruolo delle Conferenze. Non sempre, tuttavia, questo rafforzamento formale ha corrisposto, almeno in una prima fase, ad un rafforzamento sostanziale dell'attività dell'organo. Le cause sono da rinvenire nell'atteggiamento di chiusura verso le ragioni delle autonomie da parte del Governo, che nei fatti spesso si è dimostrato centralista e chiuso al confronto. La prova è data dai numerosi conflitti davanti alla Corte Costituzionale.

La Corte Costituzionale, quindi, si è espressa in molte occasioni sul sistema delle Conferenze, in una prima fase con particolare riguardo agli aspetti della legittimazione dell'esistenza stessa delle Conferenze e al ruolo della concertazione tra enti. In una fase successiva, la Corte ha spostato l'interesse sul problema della cogenza degli strumenti concertativi utilizzati, fino alle decisioni più recenti, come si dirà in seguito, in cui ha addirittura affermato che in determinati casi gli accordi presi da questo organo diventano vincolanti per la legittimità degli atti<sup>9</sup>.

Si è anche constatato che talvolta i temi trattati in sede di Conferenza pur essendo numerosi non sempre sono apparsi di particolare rilevanza politica. Spesso si è trattato della risoluzione di problemi poco rilevanti in un contesto di reale e paritario confronto, ridimensionando in tal modo il ruolo del raccordo<sup>10</sup>.

Tuttavia negli ultimi tempi appare ancor più evidente il ruolo fondamentale delle Conferenze in applicazione dei principi di sussidiarietà e collaborazione sia sul piano legislativo sia in relazione all'attività effettivamente svolta<sup>11</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Sentenza Corte Costituzionale n. 58 del 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> C. Cittadino, *Il sistema delle Conferenze* op. cit., p. 4. Altra questione, invece, è che il ruolo delle Conferenze non può essere sostitutivo della decisione del singolo ente quando l'interesse in questione riguarda il territorio di una determinata autonomia, in quanto l'affermazione di una volontà collegiale non potrebbe comportare l'eventualità per le singole autonomie di soccombere a decisioni non condivise. S. Mangiameli, *L'attuazione della riforma del Titolo V Cost. L'amministrazione: tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in *www.issirfa.cnr.it* 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Nuove disposizioni prevedono oggi l'intervento della Conferenza Stato-Regioni. Ad esempio numerose norme contenute nella legge n. 244/2007 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legga finanziaria 2008" prevedono un'intesa con la Conferenza Stato-Regioni in relazione alla distribuzione di risorse finanziarie alle Regioni. Sono previsti accordi in sede di Conferenza Stato-Regioni o la richiesta di pareri come nelle leggi n. 13/2007 legge comunitaria, n. 46/2007, n. 247/2007 in materia di lavoro e previdenza sociale, n. 222/2007 in materia di interventi urgenti economici e finanziari, per lo sviluppo e l'equità sociale.

Per quanto concerne l'attività della Conferenza il numero degli interventi e delle decisioni della Conferenza confermano un incremento notevole delle sue competenze. Anche l'importanza delle questioni trattate in sede di Conferenza dimostra una chiara tendenza verso non solo un incremento delle competenze ma una valorizzazione del ruolo e delle funzioni. Vedi al riguardo V. Tamburrini, Gli istituti della leale collaborazione: la Conferenza Stato-Regioni nel 2007, in www.issirfa.cnr.it 2008.

Come si vedrà, poi, nella valutazione dell'effettiva operatività dell'attività delle Conferenze, un ruolo fondamentale gioca il grado di efficacia e di pregnanza da attribuire agli atti prodotti. Su questo problema gli interventi della Corte Costituzionale sono stati importantissimi, ma non del tutto risolutivi e chiarificatori soprattutto in relazione alla classificazione degli atti stessi a secondo dell'incidenza sulle decisioni finali, e dell'obbligatorietà di questi<sup>12</sup>.

## b. Il Consiglio delle Autonomie

L'art. 123 Cost., modificato con la l. cost. 1/99, dispone l'istituzione del Consiglio delle autonomie locali "quale organo di consultazione tra la Regione e gli enti locali", evidenziando così l'esigenza di creare sedi di raccordo e relazioni tra gli enti territoriali impostate su basi collaborative<sup>13</sup>. La riforma del 2001 ha rimosso ogni dubbio riguardo la necessità di creare questo organo, dopo cioè la costituzionalizzazione dei principi di sussidiarietà e di collaborazione, ed ha dato avvio ad una prospettiva innovativa, diretta all'affermazione di una importante funzione di partecipazione e di raccordo degli enti locali che le Regioni sono chiamate a realizzare.

Il nuovo organo, dovendosi inserire nella nuova dimensione regionale assume la posizione di luogo istituzionale di rappresentazione degli interessi delle comunità locali, in conformità alle esigenze del nuovo sistema istituzionale paritario, fondato sul principio di sussidiarietà e di collaborazione interistituzionale. L'occasione data alle Regioni era quella di creare un organo che, in una visione evoluta e coerente con l'attuale sistema costituzionale, fosse potenziato e valorizzato nel ruolo e negli atti ad esso attribuiti, oppure di muoversi in una direzione di indebolimento della rappresentanza delle comunità locali coerente con la semplificazione dei processi decisionali delle Regioni, ma anche con una visione "regionocentrica" del sistema autonomistico<sup>14</sup>.

Come ha disposto la Costituzione, il Consiglio deve essere disciplinato, almeno nelle sue linee essenziali, nello Statuto regionale e la scarna previsione

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Vedi ad esempio le sentenze n. 308/2003, n. 96/2003, n. 422/2002

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> T. Groppi, Un nuovo organo costituzionalmente necessario. Il consiglio delle autonomie locali, in Istit. Fed., 2000, p. 840; M. Cosulich, La rappresentanza degli enti locali. Conferenza o Consiglio?, Istit. Fed., 2001, p. 220; L. Violini, Il Consiglio delle autonomie, organo di rappresentanza permanente degli enti locali presso la Regione, in Le Regioni, 2002, p. 989; G.U. Rescigno, Consiglio delle autonomie locali e Costituzione, in Pol. dir., 2003, p. 231; A. Gentilizi, Sussidiarietà verticale e Consiglio delle autonomie locali, in Dir. Pubbl., 2003, p. 907.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> L'esperienza della Regione Toscana è significativa in quanto ha progettato l'organo come una seconda camera *in fieri*, creandolo come organo consultivo per il Consiglio regionale quindi in relazione anche all'attività legislativa della Regione. A. Chellini, *Il Consiglio delle Autonomie locali nel dibattito nazionale e nell'esperienza della Regione Toscana, Le Regioni*, 2001, p. 587.

140 Anna Lazzaro

costituzionale affida alle Regioni un grande margine nella determinazione degli aspetti relativi al ruolo da attribuire al raccordo con gli enti locali, alla composizione dell'organo, ai compiti da svolgere e agli effetti da attribuire agli atti prodotti.

Innanzitutto, è evidente dalla disciplina regionale come questo organo pur avendo rappresentato una opportunità di autonomia e integrazione tra gli enti territoriali, è stato largamente sottovalutato. Spesso gli Statuti delle Regioni a Statuto ordinario, a cui è riferita la norma costituzionale, hanno addirittura rinviato la disciplina di questo organo alle successive leggi regionali, sminuendo in tal modo il ruolo di partecipazione e cooperazione con gli enti locali che esso avrebbe potuto assumere. In secondo luogo, l'organo è previsto solo per le Regioni ordinarie, per le altre Regioni valgono gli statuti speciali o, quelle forme di autonomia più ampie indicate nella l. cost. 3 del 2001, tra le quali si potrebbero configurare organi diretti a realizzare forme di collaborazione delle Regioni con gli enti locali<sup>15</sup>.

Riguardo la composizione dell'organo, il riferimento della norma costituzionale agli enti locali va interpretato in senso restrittivo intendendosi solo quelli indicati espressamente in Costituzione, Regioni, province, comuni, ed escludendo le cosiddette autonomie funzionali<sup>16</sup>.

Altra questione che ha destato non pochi problemi, è stata quella del numero dei componenti e degli enti locali che devono essere rappresentati in seno a questo organo. Infatti, non è facile pensare ad una presenza di rappresentanti di tutti gli enti locali della Regione, ma risulta problematico individuare criteri di scelta obiettiva dei rappresentanti stessi.

Su questi aspetti la disciplina statutaria è piuttosto scarna operando un ampio rinvio, come si diceva, alle leggi regionali, e spesso, in relazione al numero dei componenti, è indicata una cifra massima di rappresentanti<sup>17</sup>.

Per quanto riguarda i compiti, la Costituzione fa espresso riferimento ad una funzione consultiva dell'organo, quindi viene esclusa la possibilità di prevedere funzioni decisionali in relazione alle competenze regionali. Il coinvolgimento del Consiglio delle autonomie consiste nella emanazione di pareri. In relazione alla funzione legislativa il Consiglio delle autonomie finisce per funzionare come una seconda "camera". Da qui sono nate molte perplessità, tuttavia il coinvolgimento e la partecipazione degli enti locali alla produzione legislativa regionale

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Sulla questione relativa all'obbligo o meno delle Regioni a Statuto speiale di istituire il Consiglio delle autonomie locali nel proprio Statuto Vedi Corte Cost. sent. n. 175 del 2006 e n. 370 del 2006. Nella prima di queste sentenze la Corte afferma che anche tali Regioni sono tenute ad istituire l'organo mediante fonte statutaria, mentre nella seconda sentenza si afferma che l'art. 123 non è disposizione applicabile alle Regioni speciali. Vedi anche la l. r. Sardegna 17 gennaio 2005 n. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Lo Statuto della Regione Lazio contempla la partecipazione dei rappresentanti delle autonomie funzionali (università, camera di commercio), ma senza diritto di voto.

<sup>17</sup> Vedi Statuti Calabria, Emilia-Romagna, Lazio, Puglia.

è stato ammesso, relativamente alle leggi regionali che hanno il potere di disporre in relazione a funzioni amministrative che verranno svolte dagli enti locali<sup>18</sup>.

Con riguardo alle attività amministrative delle Regioni, invece, il Consiglio può assumere compiti più incisivi di quelli di mera proposta e parere, in quanto organo di raccordo tra gli enti. Infatti, sul modello della Conferenza Stato-Regioni devono essere mantenute ed estese forme di codecisione, in ogni caso dando motivazione dell'eventuale mancato accordo. Sul punto gli Statuti hanno in molti casi rinviato alle leggi regionali, in tal modo non cogliendo una importante occasione per definire e comporre una organizzazione integrata e coordinata delle autonomie.

Certamente la disciplina scelta dagli Statuti e dalle leggi regionali, avrebbe potuto conferire a questo organo un peso politico e una forza istituzionale tale da realizzare una sede di raccordo, corresponsabilità e condivisione di scelte in armonia con i principi di collaborazione posti alla base del nuovo sistema amministrativo.

La funzione di raccordo tra gli enti, esplicata dal Consiglio delle autonomie sarebbe fondamentale in considerazione che nell'art. 118 Cost. i Comuni, in quanto titolari delle funzioni amministrative, devono partecipare ai processi decisionali che riguardano la distribuzione delle funzioni amministrative. Secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza le Regioni possono disporre una diversa allocazione delle funzioni, ma ciò non può avvenire secondo decisioni che provengono dall'alto e determinate unilateralmente all'ente che si assume il potere, ma deve avvenire secondo un percorso che parte dal basso, dall'ente titolare per definizione delle funzioni, verso l'ente più esteso o più adeguato a realizzare l'interesse. Il passaggio delle funzioni assunte dall'ente territoriale più adatto deve avvenire secondo una disciplina legislativa che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento, ovvero le intese, secondo una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà<sup>19</sup>.

Le Regioni devono creare gli strumenti di raccordo con gli enti locali anche sulla base del disposto dell'art. 4 del T.U. 267 del 2000 secondo il quale "la legge regionale indica i principi della cooperazione dei comuni e delle province tra loro e con la Regione, al fine di realizzare un efficiente sistema delle autonomie locali al servizio dello sviluppo economico, sociale e civile". Il principio di sussidiarietà non dice chi è competente per una determinata azione, ma indica che bisogna compiere un percorso per confermare o modificare una competen-

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> In relazione al valore da attribuire a questo parere e alle leggi per le quali occorre richiederlo vedi gli Statuti Abruzzo, Calabria, Emilia-Romagna, Liguria, Lazio, Marche, Toscana, Umbria. Sull'obbligo di motivare qualora la Regione si discosti dal parere vedi Statuto Toscana. In certi casi il parere è previsto come intervento nella formazione degli Statuti.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Corte Costituzionale sent. n. 303 del 2003.

142 Anna Lazzaro

za, e ciò implica la collaborazione tra gli enti che sono titolari di interessi comuni e che sono chiamati a decidere, quale forma di garanzia delle autonomie locali.

In ogni caso la mancanza di chiarezza nella definizione costituzionale del Consiglio ha determinato in prevalenza il fallimento di questi organi, che nelle prime esperienze si sono rivelati "estremamente complessi, formati con alchimie complicatissime, in cui non tutti si sentono rappresentati, forse nessuno." E quando ha svolto delle funzioni ha finito con l'essere "non il luogo in cui si rappresentano gli enti locali come interlocutori della Regione, ma il luogo in cui la Regione mette gli enti locali a discutere tra loro perché si stemperino a vicenda"<sup>20</sup>. D'altra parte è stato osservato che qualora si affidassero pochi compiti al Consiglio, rischierebbe di rimanere un organo di poca utilità, se gli si affidassero molte competenze relative alla funzione legislativa rischierebbe il conflitto con il Consiglio regionale<sup>21</sup>. Da qui l'esigenza di rivedere e valutare le scelte relative all'istituzione di questo organo e l'opportunità di disporre altre forme di raccordo rafforzando il ruolo delle Conferenze.

## 3. Il potere sostitutivo. L'art. 120 della Costituzione e la l. 131 del 2003

L'art. 120 prevede la possibilità per il Governo di sostituirsi agli organi delle Regioni e degli enti locali "nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali".

L'art. 117 c. 5 prevede poi un potere sostitutivo statale in caso di inadempienza delle Regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano rispetto all'attuazione ed esecuzione di accordi internazionali o di atti comunitari nelle materie di loro competenza e l'art. 120 c. 2, fa riferimento ad un più generale potere sostitutivo del Governo rispetto non solo alle Regioni, ma anche alle Città metropolitane, province e comuni in caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria<sup>22</sup>.

L'art. 120 Cost. subordina l'esercizio del potere sostitutivo nei confronti delle Regioni e degli enti locali al ricorrere di determinati presupposti, e in ogni caso nel rispetto dei principi di leale collaborazione e sussidiarietà<sup>23</sup>.

La formulazione del disposto costituzionale ha posto molte questioni in-

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> R. Bin, L'amministrazione coordinata e integrata, in Le Regioni, 2002, p. 1009.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> R. Bin, L'amministrazione coordinata e integrata, cit., p. 1010.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> G. Veronesi, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120 c. 2 della Costituzione*, in www.filodiritto.com.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> G. Fontana, I poteri sostitutivi nella Repubblica delle autonomie, in www.issirfa.cnr.it.

terpretative riguardo la natura giuridica di questo potere, il suo ambito di applicazione, i presupposti giustificativi e i limiti di tali interventi, in quanto, a seconda di come venga interpretata la norma, può fortemente incidere sull'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni. Il potere sostitutivo, ci si è chiesti, se potesse essere fatto valere in termini giuridici e politici, essere limitato alla sfera amministrativa o investire quella legislativa, attivarsi in caso di inerzia regionale e a prescindere da essa ed operare in via preventiva, ovvero riguardare l'adozione di un singolo atto o l'attività complessiva di un organo<sup>24</sup>.

In generale, in relazione all'esercizio del potere sostitutivo si è manifestato il timore che il grado di autonomia delle Regioni e degli enti locali potesse essere ridotto per un'eccessiva dilatazione dei contenuti della sostituzione, e questi timori sono stati in certi casi confermati dall'atteggiamento del legislatore statale e dalle decisioni della Corte Costituzionale, che per tutelare l'unità dell'ordinamento ha consentito l'estensione dei poteri statali negli ambiti legislativi affidati all'autonomia legislativa regionale.

Ma, al di là dei dubbi interpretativi, è stato determinante il ruolo assunto da questa disposizione per l'interpretazione generale che se ne è dedotta ai fini del complessivo funzionamento del sistema riformato. È, infatti, rilevante il fatto che l'indicazione dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione è posta a fondamento dei rapporti Stato Regioni ed enti locali e dell'applicazione della norma in questione. Dal principio cooperativo introdotto nel testo costituzionale si ricava un indirizzo di generale necessità di integrazione fra le funzioni dello Stato e delle Regioni che si manifesta anche attraverso la reciproca partecipazione alle funzioni dell'altro.

Nel nuovo assetto istituzionale il principio di collaborazione va al di là dell'enunciazione contenuta nell'art. 120 perché costituisce il fondamento giuridico per la costruzione di un sistema nuovo dei rapporti tra enti pariordinati che siano improntati non soltanto alla formale correttezza reciproca, ma anche alla costante ricerca della coesione e condivisione nell'interesse generale. Il modello cooperativo emerge in tutte quelle situazioni in cui competenze interferenti, non devono più determinare conflitti, ma devono essere meglio definite sulla base di un'azione concertata tra i soggetti coinvolti. In particolare, in questa direzione deve avvenire l'applicazione dell'art. 118 Cost. dal momento che il conferimento delle funzioni con legge statale o regionale ad un livello di governo superiore deve essere posta valutando le capacità degli enti e ciò può essere evidenziato solo in sede di procedure di cooperazione. Inoltre, la Corte Costituzionale fa riferimento al principio di sussidiarietà e collaborazione per l'attribuzione ad altro ente delle competenze, anche in relazione alle funzioni legislative dello Stato e delle Regioni<sup>25</sup>.

 $<sup>^{24}</sup>$  G. Scaccia, Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003 in Le Regioni, 4, 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Come nella più volte citata sentenza n. 303 del 2003.

144 Anna Lazzaro

Tuttavia la norma è lacunosa non disponendo nulla circa le modalità della collaborazione e demandando la disciplina del potere sostitutivo alla legge ordinaria.

La legge n. 131/2003 (La Loggia) di attuazione della riforma costituzionale, non riesce però a risolvere i dubbi sorti in relazione al procedimento relativo al potere sostitutivo e ai contenuti del principio di collaborazione, anzi ha posto altre questioni interpretative.

In sintesi, sono due le ipotesi di sostituzione da parte del Governo previste, una che possiamo definire ordinaria quando venga assegnato un termine a provvedere e una d'urgenza quando il Consiglio dei Ministri adotta esso stesso i provvedimenti necessari. A sua volta la procedura ordinaria prevede due ipotesi. Nella prima il Presidente del Consiglio senza ancora investire il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente per materia oppure su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o quelli necessari. La seconda ipotesi è legata alla prima dall'inutile decorso del congruo termine assegnato all'ente; in tal caso, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente o ancora, su proposta del Presidente del Consiglio e, in ogni caso, previamente sentito l'organo interessato, comunque inottemperante, può adottare i provvedimenti necessari o nominare un Commissario. In ogni caso, in entrambe le procedure che abbiamo definito ordinaria e d'urgenza, alla seduta del Consiglio dei Ministri dovrà partecipare il Presidente della Giunta regionale. Nel caso in cui si nomina un Commissario questo avverrà secondo quanto dispone l'art. 11 della legge n. 400/88 e la sua nomina deve tenere conto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. Infatti, il rispetto di questi principi riguarda tutte le modalità di esercizio del potere sostitutivo. L'ipotesi che abbiamo definito d'urgenza riguarda i casi in cui l'inerzia o l'inadempienza dell'ente regionale o locale possa mettere in pericolo gli interessi di cui all'art. 120 Cost. In questo caso i provvedimenti adottati devono essere trasmessi alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città, in modo da permettere ad esse la richiesta di riesame. E qui sorge il dubbio se il riesame richiesto possa sospendere l'efficacia del provvedimento. Poiché ci troviamo di fronte ad una procedura d'urgenza ammettere la sospensione dell'efficacia significa vanificare l'operato dell'esecutivo, ma nel caso contrario in cui non si attribuisca al riesame tale valore, non si comprende quali sarebbero le conseguenze prodotte dall'intervento della Conferenza<sup>26</sup>.

La legge n. 131/2003 chiarisce, invece, la questione della natura normativa del potere sostitutivo governativo su cui inizialmente si erano posti dei dubbi. Vi è, infatti, un riferimento specifico alla sua natura normativa che apre, peraltro, ulteriori questioni interpretative, in relazione al modo in cui debba avvenire la

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> G. De Luca, L'esercizio del potere sostitutivo ex art. 120 Cost.: tra stato d'eccezione organizzativa e strumento per la fisiologica "chiusura" del sistema, in www.federalismi.it.

sostituzione normativa. Tra le varie ipotesi, l'unica soluzione possibile appare quella del decreto legge, anche se lo svolgimento di una procedura preparatoria, la messa in mora dell'ente inadempiente e la fissazione di un termine per provvedere sono elementi incompatibili con l'essenza di un intervento che si giustifica solo sull'assunto della indifferibilità di esso, inoltre, l'inutile decorso del termine e l'audizione dell'organo interessato sono ulteriori elementi che alterano lo schema formale del decreto legge presente nella Costituzione<sup>27</sup>. Neanche la procedura d'urgenza prevista al quarto comma dell'art. 8 ricalca il modello di decreto legge previsto dall'art. 77 Cost. In questa ipotesi sostitutiva si inserisce infatti, una variante: la richiesta di riesame da parte della Conferenza Stato-Regioni o Stato-Città e Autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane. Un procedimento di questo tipo funziona perfettamente quando l'atto sostitutivo ha natura amministrativa, se invece ipotizziamo che sia stato adottato un decreto legge, l'effetto giuridico del riesame si mostra di problematica analisi e definizione. La disposizione contenuta nell'art. 8 esclude che il riesame blocchi l'entrata in vigore dell'atto. Infatti, il Consiglio dei Ministri nei casi di assoluta urgenza e qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile, è autorizzato ad adottare i provvedimenti necessari che saranno immediatamente esecutivi. Sarebbe arrischiato, in assenza di una disposizione al riguardo, riconoscere all'istanza di riesame effetto sospensivo di un atto di rango legislativo, poiché sarebbero messe a repentaglio le finalità alla cui tutela è preordinato l'intervento d'urgenza. L'unica soluzione possibile per conservare rilievo giuridico e valore procedimentale all'istanza di riesame è quella di dargli veste di una proposta emendativa anche di tipo soppressivo, che il Governo sarebbe vincolato a presentare in sede di discussione sul disegno di conversione del decreto legge adottato in via sostitutiva. Per quanto la soluzione sia artificiosa, essa si rende necessaria per conservare un contenuto giuridico e non meramente politico, all'istanza di riesame<sup>28</sup>.

Le decisioni della Corte Costituzionale, poi, sono state importanti per il riconoscimento del potere sostitutivo regionale nei confronti delle autonomie locali precisando che tale potestà surrogatoria va vista nell'ottica di un sistema improntato ai principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, dovendosi presupporre le garanzie procedurali e sostanziali a tutela degli enti minori<sup>29</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> G. Fontana, I poteri sostitutivi nella Repubblica delle autonomie, in www.issirfa.cnr.it.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> G. Scaccia, Il potere di sostituzione in via normativa della legge n. 131 del 2003, in Le Regioni, 2004, p. 883; C. Mainardis, Poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre, in Le Regioni, 6, 2001; G. Veronesi, Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione, in www.filodiritto.com; C. Mainardis, Nuovo titolo V, poteri sostitutivi statali, autonomie speciali, in Le Regioni, 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> In particolare la sent. 313 del 2003 stabilisce la necessità di criteri generali di governo e di garanzia dell'attività sostitutiva regionale nei confronti delle autonomie locali. Il rispetto o meno di

Una strategica funzione di garanzia è individuata dalla Corte Costituzionale nel principio di legalità sostanziale. In base ad esso la legge regionale deve prevedere e disciplinare i presupposti sostanziali e le garanzie procedurali dell'esercizio dei poteri sostitutivi. La Corte poi afferma che la sostituzione può prevedersi per il compimento di atti o attività obbligatorie, comunque prive di discrezionalità nell'*an*. Riprendendo un indirizzo affermatosi a partire dalla sentenza n. 177 del 1988, la sentenza n. 313 del 2003 ha stabilito che l'inadempimento imputabile all'ente sostituito debba essere giuridicamente qualificato e tale da compromettere la realizzazione degli interessi unitari alla cui tutela è preordinato l'intervento di sostituzione.

Altro punto importante è che il potere sostitutivo deve essere esercitato da un organo di governo della Regione o sulla base di una decisione di questo. Da tale assunto deriva l'opposizione del giudice delle leggi a previsioni normative regionali che non esplicitano la titolarità del potere sostitutivo ovvero ne affidano l'esercizio ad organi di amministrazione privi di responsabilità politiche di governo. Altro criterio indicato dalla Corte per la predisposizione di procedure surrogatorie regionali è che la legge deve apprestare garanzie procedimentale in conformità al principio di leale collaborazione, dando così all'ente sostituito la possibilità di evitare la sostituzione e di essere coinvolto nella determinazione delle misure sostitutive da adottare.

Il potere sostitutivo regionale assume natura di completamento del principio di sussidiarietà nel rispetto delle condizioni di autonomia dell'ente sostituito e in una dimensione di generale flessibilità, in virtù della quale l'ente sostituito deve partecipare attivamente all'intervento e la sostituzione deve svolgersi secondo forme che non determinino l'alterazione della natura giuridica della funzione da questo esercitata con l'atto sostituito<sup>30</sup>.

questi criteri determinano l'illegittimità costituzionale di quelle leggi regionali che prevedono poteri sostitutivi nei confronti degli enti locali. R. Dickmann, La Corte riconosce la legittimità dei poteri sostitutivi regionali (osservazioni a Corte Costituzionale, 27 gennaio 2004, n. 43) in www.federalismi.it; R. Dickmann, Note sul potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, in www.federalismi.it.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> La sentenza n. 43 del 2004 chiarisce che quella contemplata in Costituzione non è l'unica ipotesi di sostituzione ammessa nei confronti degli enti autonomi e quindi che il governo non è l'unico titolare di poteri sostitutivi. La Corte afferma che in base all'art. 118 sarà la legge regionale o statale ad operare la concreta collocazione delle funzioni in conformità alla generale attribuzione costituzionale ai Comuni o in deroga ad esse per esigenze di carattere unitario, a livello sovracomunale, delle funzioni medesime. Rientra nello stesso schema logico la previsione di eccezionali sostituzioni di un livello ad un altro restando affidato al legislatore competente per materia, sia esso quello statale o quello regionale. Inoltre stabilisce che "l'art. 120 c. 2, non può essere inteso nel senso che esaurisca, concentrandole tutte in capo allo Stato, la possibilità di esercizio di poteri sostitutivi. In realtà esso prevede solo un potere sostitutivo "straordinario" in capo al Governo, da esercitarsi sulla base di presupposti e per la tutela dagli interessi ivi esplicitamente indicati, mentre lascia impregiudicata

In ogni caso la previsione di questo istituto, come si è visto, è strettamente connessa con il principio di collaborazione. Tale connessione è importante per la posizione di pari dignità istituzionale che assumono gli enti territoriali alla luce dell'art. 114 del Titolo V e che comporta la necessità di un coinvolgimento nella procedura sostitutiva. La sostituzione non può in questo quadro rinnovato inserirsi in un rapporto conflittuale tra gli enti, ma deve essere il riflesso della collaborazione tra enti pariordinati. I rapporti tra lo Stato e le Regioni improntato al principio di collaborazione richiede l'attivazione di meccanismi di coordinamento tra i diversi livelli di governo per giungere ad una decisione il più possibile condivisa. Il potere sostitutivo può essere considerato una clausola generale di recupero di funzioni e competenze in favore dello Stato e quindi norma di chiusura del sistema<sup>31</sup>.

l'ammissibilità e la disciplina di altri casi di interventi sostitutivi, configurabili dalla legislazione di settore, statale o regionale, in capo ad organo dello Stato o delle Regioni o di altri enti territoriali, in correlazione con il riparto di funzioni amministrative da essa realizzato e con le ipotesi specifiche che li possono rendere necessari. Il carattere straordinario e aggiuntivo degli interventi governativi previsti dall'art. 120 c. 2, risulta sia dal fatto che esso allude a emergenze istituzionali di particolare gravità, che comportano rischi di compromissione relativi ad interessi essenziali della Repubblica, sia dalla circostanza che nulla nella norma, lascia pensare che si sia inteso con essa smentire una consolidata tradizione legislativa, che ammetteva pacificamente interventi sostitutivi nei confronti degli enti locali, ad opera di organi regionali, anche diversi dagli organi di controllo già previsti dall'art. 130 Cost. ora abrogato. Pertanto è da escludere anche che da questa norma costituzionale si possa far discendere una riserva a favore della legge statale di ogni disciplina dell'esercizio di detti ulteriori poteri sostitutivi. La legge di cui è parola nell'ultimo periodo dell'art. 120 c. 2, è bensì la legge statale ma in quanto la disciplina ivi prevista, pur se espressiva di principi di portata più generale, è quella relativa all'esercizio di poteri straordinari di sostituzione delle amministrazioni di qualunque livello, spettanti al Governo a norma del periodo precedente". Quindi la Corte ritiene che l'art. 120 non precluda in via di principio la possibilità che la legge regionale intervenendo in materie di propria competenza e nel disciplinare l'esercizio difunzioni amministrative di competenza dei comuni preveda anche poteri sostitutivi in capo ad organi regionali, per il compimento di atti o attività obbligatorie in caso di inerzia o di inadempimento da parte dell'ente competente per salvaguardare interessi unitari compromessi dall'inerzia o dall'inadempimento medesimi.

T. Groppi, nota alla sentenza n. 43 del 2004, in *www.forumcostituzionale.it*; M. Belletti, *Potere sostitutivo "straordinario" e "ordinario" dopo la sentenza n. 43 del 2004*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. Si vedano anche le sentenze n. 69-70-71-72-73 del 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Afferma la Corte Costituzionale: "limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze (basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco, Konkurrierende Gesetzgebung, o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense, Supremacy Clause." Sent. n. 303 del 2003.

## 4. Gli strumenti della collaborazione e le decisioni della Corte Costituzionale

## a. Le procedure di "coinvolgimento"

Il periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della riforma del Titolo V è stato caratterizzato da un contenzioso tra Stato e Regioni di grandissime dimensioni che ha costretto la Corte Costituzionale, in oltre cinquecento pronunce in cinque anni, a svolgere una eccezionale ricostruzione del sistema<sup>32</sup>. Nella quasi totale inerzia del legislatore ordinario, il primo intervento di attuazione della riforma è la legge n. 131 del 2003, si è venuta ad affermare e consolidare una nuova giurisprudenza costituzionale, spesso creativa, caratterizzata da una tendenza al progressivo ridimensionamento del ruolo della divisione delle materie, secondo l'art. 117 Cost., in favore di un sistema di ripartizione delle competenze flessibile e che tiene conto della dimensione degli interessi e degli enti coinvolti<sup>33</sup>.

Negli anni più recenti, dal 2006 in poi, la tendenza è in parte mutata, per una maggiore affermazione politica del principio di collaborazione e per il progressivo assestamento delle competenze conseguenza del consolidamento della giurisprudenza costituzionale e dei principi che essa ha ritenuto determinanti per delineare il nuovo sistema.

Una Direttiva del Ministro per gli affari regionali e le Autonomie locali del 26 giugno 2006, ha previsto l'istituzione di tavoli di negoziazione tra le parti "di carattere tecnico, intesi ad accertare di comune accordo la ricorrenza dell'interesse al ricorso e a definire le questioni controverse nel senso più rispettoso dei principi costituzionali, utilizzando quali criteri guida i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale e finalizzati al raggiungimento di una intesa con la quale le parti si impegnano ad apportare alla normativa oggetto dell'esame le modifiche concordate".

Nel districare le numerose questioni sui confini delle materie statali e regionali, la Corte Costituzionale ha individuato una serie di criteri che, tranne nei casi in cui il riferimento è al principio di continuità e quindi alla normativa previgente e al valore dei vecchi limiti, trovano nel principio di collaborazione il presupposto fondamentale come nel caso delle sovrapposizioni di competenze, dove è emerso il criterio della prevalenza, o del necessario coinvolgimento delle

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> S. Musolino, La legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3 all'origine di una lunga serie di conflitti, in www.federalismi.it n. 13/2007.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Sui dati relativi alle pronunce costituzionali vedi "La giurisprudenza costituzionale nei rapporti tra Stato-Regioni a seguito di ricorsi statali" a cura del Dipartimento per gli affari regionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri dicembre 2006. A. Morrone, La Corte Costituzionale riscrive il Titolo V?, in www.forumdiquadernicostituzionali.it 2003; P. Caretti, La giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra Stato e Regioni, in www.camera.it 2004.

competenze, o come per le non-materie, le materie trasversali, dove sono emersi il criterio delle finalità e degli sconfinamenti proporzionati ed adeguati<sup>34</sup>.

Il risultato di questo sistema delineato dalla Corte, che comporta una valutazione degli interessi coinvolti da una determinata materia e del livello di legislazione più adeguato a disciplinarla, è del tutto compatibile con il principio di sussidiarietà e finisce per attenuare il riparto di materie operato dall'art. 117.

La Corte Costituzionale nella fondamentale sentenza n. 303 del 2003 ha rinvenuto un meccanismo per rendere meno rigido il riparto di competenze tra Stato e Regioni introducendo il principio della "sussidiarietà legislativa" <sup>35</sup>. Nel caso di specie in materia di lavori pubblici la c.d. legge obiettivo nell'attribuire al Governo il compito di individuare le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, non lede alcuna prerogativa regionale, trattandosi propriamente di applicazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza<sup>36</sup>. La Corte parla della c.d. "attrazione in sussidiarietà", riconoscendo l'operatività di questo principio ispiratore della riforma non solo rispetto all'ambito amministrativo, ma anche nell'ambito delle competenze legislative. L'attrazione della funzione amministrativa a livello statale, in virtù del principio di sussidiarietà, giustifica lo spostamento verso l'alto anche della funzione legislativa, in forza del principio di legalità. L'attitudine ascensionale della sussidiarietà implicherebbe un temperamento della stessa distribuzione delle competenze legislative a vantaggio dello Stato e la flessibilità del modello complessivo introdotto con la riforma assume così ancora più ampie potenzialità<sup>37</sup>. Tuttavia il ricorso alla sussidiarietà comporta una deroga ad un assetto individuato dalle norme costituzionali, pertanto si giustifica, sempre secondo la Corte, solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza, sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata<sup>38</sup>. La Corte subordina la riallocazione in capo allo Stato delle funzioni

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> F. Marcelli-V. Giammusso, *Tra Stato e Regioni: guida all'orientamento. Sintesi di 350 pronunce della Corte Costituzionale (2002-2005)*, in *Quaderni di documentazione n. 41.* Senato della Repubblica 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> A. Ruggeri, Il parallelismo redivivo e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare) in una storica (e però solo in parte soddisfacente) pronuncia, in www.forumdiquadernicostituzionali.it, 2003.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> F. Marcelli-V.Giammusso, *Tra Stato e Regioni: guida all'orientamento. Sintesi di 350 pronunce della Corte Costituzionale (2002-2005)*, in *Quaderni di documentazione n. 41*, cit., p. 195-204.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> M. Di Paola, Sussidiarietà e intese nella riforma del Titolo V della Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale: la sentenza della Corte Costituzionale 1 ottobre 2003 n. 303, in www.lexitalia.it 2003.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> R. Capunzo, Le intese tra Stato e Regioni come specificazione del principio di leale collaborazione. La giurisprudenza della Corte costituzionale dalla sentenza n. 303/2003 alla sentenza n. 31/2006, in www.innovazionediritto.unina.it.

regionali in ragione della sussidiarietà, intesa in senso dinamico, ad una valutazione dell'interesse pubblico che sia stata condotta attraverso il parametro della proporzione e della ragionevolezza, e che questa valutazione trovi il proprio fondamento nella stipulazione di un accordo concluso tra lo Stato e la Regione interessata<sup>39</sup>.

La Consulta dà così avvio ad una concezione *procedimentale e consensuale del principio di sussidiarietà* perché esso può operare sulla base di un *iter* in cui assumono rilievo le attività di coordinamento, le intese, secondo i canoni della leale collaborazione<sup>40</sup>.

La leale collaborazione costituisce il principio informatore dei rapporti tra Stato Regioni ed enti locali e opera attraverso vari strumenti di dialogo, volti a coordinare l'esercizio delle rispettive competenze e lo svolgimento di attività di interesse comune; ma tra gli strumenti individuati dalla Corte e necessari per soddisfare pienamente il criterio collaborativo diverso valore hanno le intese e gli accordi, che sono strumenti di codecisione, mentre i pareri e in generale tutte le attività concertative, soddisfano il criterio di partecipazione dove la decisione spetta in ogni caso all'ente che rimane unico titolare della funzione.

La Corte Costituzionale, poi, ha sostenuto che alcune materie rientranti nell'elenco dell'art. 117 c. 2, non sono delle vere e proprie materie, bensì modalità di disciplina lasciate nella disponibilità del legislatore statale, pur senza escludere completamente l'intervento regionale. Ad esempio, la materia dell'ambiente che viene considerata nella sentenza n. 407 del 2002 "un valore costituzionalmente protetto", una materia trasversale, nell'ambito della quale possono manifestarsi competenze diverse, anche regionali, spettando invece allo Stato le determinazioni che rispondono a esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale. Sulle medesime realtà incidono sia competenze esclusive statali, sia competenze concorrenti, sia competenze residuali delle Regioni, aprendo la via ad ipotesi di collaborazione. Nella sentenza n. 88 del 2003 relativa all'art. 117 c. 2, lett. m), la determinazione dei livelli minimi essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, la Corte afferma che la forte incidenza di quest'ultima sul complesso delle funzioni amministrative e legislative delle Regioni e delle Province autonome "impone evidentemente che queste scelte, almeno nelle linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessari nei vari settori". Le materie

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale. Nota a Corte Costitu-zionale n. 303 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, p. 578.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> F. Cintioli, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in *www.forumcostituzionale.it*.

trasversali presentano l'attitudine ad intrecciarsi con spazi materiali e competenze affidati alla potestà legislativa regionale, esse esprimono valori ed interessi prevalenti e sono in grado di muoversi orizzontalmente nell'ordinamento, toccando oggetti molto diversi tra loro. Tuttavia avendo questa capacità espansiva, le materie trasversali, secondo la Corte, devono rispettare dei limiti e osservare un contenuto che non le porti a comprimere le materie regionali, le quali conservano i loro spazi garantiti in Costituzione<sup>41</sup>.

Secondo le argomentazioni della Corte, l'attrazione allo Stato di competenze che in base alle regole di riparto spetterebbero alle Regioni, può verificarsi solo in virtù di una previa intesa con l'ente interessato o di un accordo stipulato con la Regione. Non sarebbe sufficiente l'emersione nel corso del procedimento delle ragioni e delle istanze delle parti, ma sarebbe necessaria una *codecisione tra gli enti interessati* per operare una deroga.

La Corte se da un lato ribadisce la natura flessibile della sussidiarietà, dall'altro chiarisce che questa applicazione dinamica per la sua incidenza sul riparto delle competenze tra i diversi livelli di governo deve essere concertata dagli interessati e che un'eventuale attività unilaterale del Governo, esercitata in assenza di concertazione con la Regione interessata, non può vincolare la Regione stessa sino a quando l'intesa non venga raggiunta<sup>42</sup>.

Nei casi di sovrapposizioni tra le competenze, emergono dalle posizioni assunte dalla Corte, due elementi fondamentali: il rilievo del principio di collaborazione e il fatto che esso si possa modulare, diversamente e variamente in più forme, come partecipazione che si concretizza in azioni consultive e concertative, o codecisione che si realizza attraverso intese e accordi, e che diversa è l'incidenza di tali attività.

## b. Le diverse forme della collaborazione e i loro effetti

L'orientamento della Corte in questi anni ha individuato nelle procedure di raccordo il contenuto del principio di collaborazione in tal modo cercando di colmare le lacune del testo costituzionale<sup>43</sup>.

 $<sup>^{41}</sup>$  A. Guazzarotti, La competenza legislativa concorrente nel nuovo Titolo V al banco di prova della giurisprudenza costituzionale, in Le Regioni, 5, 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> La Corte ha specificato l'imprescindibilità del passaggio concertativo anche in altre decisioni (sent. n. 6 del 2004, n. 27 del 2004, n. 285 del 2005), nelle quali ha riconosciuto il necessario raggiungimento di un accordo tra i due livelli di governo quale condizione per l'attrazione in sussidiarietà di funzioni regionali a livello statale, orientandosi a favore dell'intesa in senso "forte" come strumento collaborativo. La previsione di idonee forme di raccordo deve assicurare che la flessibilità del sistema operi all'interno di precisi moduli concertativi.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Significativa è anche la recente sent. n. 31 del 2006 in cui decide un conflitto tra Stato e Re-

Ciò che ha impegnato particolarmente la Corte, è stata la ricerca di strumenti idonei dal punto di vista procedimentale valutando le competenze attribuite, la tutela degli interessi coinvolti e la forza del tipo di coinvolgimento adottato.

Gli strumenti di cooperazione comprendono oltre le intese e gli accordi, anche i pareri, gli inviti, le proposte, espressione di attività consultiva e di impulso, ma oggi spesso la Corte non considera sufficienti queste forme di coinvolgimento. Il parere appare la forma minima presa in considerazione e non sempre è stato ritenuto modulo procedimentale sufficiente<sup>44</sup>. Infatti, solo gli accordi e le intese possono dirsi veri e propri strumenti di codecisione, espressione procedimentale del principio di leale collaborazione<sup>45</sup>.

La tendenza più recente sembra ritenere l'intesa la forma di concertazione necessaria. La legge n. 131 del 2003 nel dettare norme di adeguamento dell'ordinamento alla riforma costituzionale prevede diffusamente il ricorso alle intese e agli accordi; la legge n. 11 del 2005 in relazione alle azioni dirette alla partecipazione dello Stato e delle Regioni alla formazione degli atti comunitari e in relazione all'applicazione dell'ordinamento comunitario da parte dello Stato, delle Regioni e degli enti locali a seconda delle proprie competenze, prevede procedure di coinvolgimento degli enti attraverso intese e attività di raccordo.

Anche la Corte Costituzionale ha così valorizzato lo strumento dell'intesa, prevedendo due possibili alternative dell'intesa, quella "debole" e quella "forte". Nel primo caso esperito ogni tentativo di raggiungere l'accordo entro un determinato termine, anche una sola delle parti può assumere la decisione finale, nel secondo caso, il mancato raggiungimento dell'accordo costituisce ostacolo insuperabile per la conclusione del procedimento, e quindi per l'assunzione della decisione finale. Dal punto di vista funzionale l'intesa forte assicurando la parità delle diverse posizioni, permette il raggiungimento di una codecisione, ma nell'ipotesi di mancato raggiungimento della decisione non è ammesso il superamento del dissenso decidendo comunque. L'intesa debole, al contrario, realizza una forma di coordinamento ma consente di superare il dissenso di una parte, instaurando un disequilibrio tra le rispettive posizioni che di fatto fa de-

gione Lombardia in materia di demanio idrico e lacuale e riconosce la lesione delle attribuzioni regionali per violazione del principio di leale collaborazione. Vedi C. Fraticelli, *Stato, Regioni e sdemanializzazione:* la Corte "rafforza" il principio di leale collaborazione, in www.forumdiquadernicostituzionali.it.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Nella sentenza n. 51 del 2005 la Corte ritiene l'intesa una forma più pregnante rispetto al parere dell'organo regionale di coordinamento tecnico per la formazione professionale, che è stato tuttavia ritenuto – nel caso di specie, relativo al finanziamento statale dell'apprendistato – testimonianza di una non insufficiente tutela dell'interesse regionale. Al contrario nelle sentenze n. 376 del 2003 e n. 35 del 2005, la Corte ritiene il parere una garanzia procedimentale in sé sufficiente e idonea ad assicurare il necessario coinvolgimento delle Regioni e degli enti locali.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> M. Grana, Le forme di cooperazione istituzionale. Gli strumenti di cooperazione e coordinamento: accordi e intese tra Stato, Regioni ed Enti locali, in www.astrid-online.it, 2006.

gradare la posizione della parte più debole al rango di mera consultazione. Anche nella sent. n. 6 del 2004, in materia di localizzazione di strutture produttive energetiche, la Corte conferma il ruolo condizionante delle attività concertative tra gli enti interessati, e prevede un'intesa "forte", nel senso che il suo mancato raggiungimento costituisce un ostacolo alla conclusione del procedimento.

In un altro caso la Corte descrive un procedimento dove l'intesa tra le Regioni interessate è considerata "debole" e, pertanto, il mancato raggiungimento dell'accordo permette l'intervento decisorio dello Stato<sup>46</sup>.

Secondo le argomentazioni della Corte, l'attrazione allo Stato di competenze che in base alle regole di riparto spetterebbero alle Regioni, può verificarsi solo in virtù di una previa intesa, non sarebbe sufficiente l'emersione nel corso del procedimento delle ragioni e delle istanze delle parti, ma sarebbe necessaria una codecisione tra gli enti interessati per operare una deroga.

Questo ci fa comprendere come occorra definire non solo la necessità di una procedura di coinvolgimento, ma anche per quali atti sia necessaria una procedura concertativa o partecipativa e per quali altri atti sia necessaria una procedura di codecisione.

Particolarmente significativo è l'aspetto evidenziato dalle pronunce costituzionali in riferimento al carattere vincolante di intese intercorse tra lo Stato e le Regioni tali da determinare la illegittimità costituzionale di norme statali in una materia di competenza esclusiva dello Stato, che tuttavia riguarda ambiti di competenza regionale e quando sia stata disattesa la precedente intesa seppure minima tra gli enti. È l'ipotesi prevista nella sentenza n. 58 del 2007, in materia di servizio civile in relazione all'emanazione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri di una circolare che disponeva diversamente dall'intesa precedentemente intercorsa tra Stato e Regioni in sede di Conferenza. In essa si è affermato che: " Pur avendo riconosciuto che è attribuita allo Stato in via esclusiva la competenza a disciplinare il servizio civile nazionale, trattandosi di una forma di adempimento del dovere di difesa della Patria, ha tuttavia precisato che ciò non comporta che ogni aspetto dell'attività dei cittadini che svolgono detto servizio ricada nella competenza statale. Vi rientrano certamente gli aspetti organizzativi e procedurali del servizio. Questo in concreto comporta lo svolgimento di attività che investono i più diversi ambiti materiali, come l'assistenza sociale, la tutela dell'ambiente, la protezione civile: attività che per gli aspetti di rilevanza pubblicistica, restano soggette alla disciplina dettata dall'ente rispettivamente competente e dunque se del caso alla legislazione regionale o alla normativa degli enti locali, fatte salve le sole specificità direttamente connesse alla struttura

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Nella sentenza n. 133 del 2005 dove nel caso di concorso di Regioni finitime sulle medesime derivazioni di acqua a scopo energetico, sulla base della normativa statale che richiede l'intesa tra le Regioni interessate, in caso di mancata intesa, rimette il provvedimento allo Stato.

organizzativa del servizio e alle regole previste per l'accesso ad esso. Ne consegue che al fine di assicurare la partecipazione dei diversi livelli coinvolti, nelle ipotesi in cui il compimento delle attività attraverso le quali si svolge il servizio civile ricada entro ambiti di competenza delle Regioni o delle Province autonome di Trento e Bolzano, l'esercizio delle funzioni spettanti, rispettivamente allo Stato ed ai suddetti enti dovrà improntarsi al principio di leale collaborazione." Inoltre, si afferma nella stessa sentenza, che "le intese in sede di Conferenza Stato-Regione rappresentano la via maestra per conciliare esigenze unitarie e governo autonomo del territorio. Ne deriva che il principio di leale collaborazione che si realizza mediante tali accordi, anche in un'accezione minimale, impone alle parti che sottoscrivono un accordo ufficiale in una sede istituzionale di tener fede ad un impegno assunto<sup>47</sup>".

L'intenzione di realizzare una riforma del sistema delle Conferenze, si era avuta nella passata legislatura con lo schema di disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2006, che non ha avuto un seguito parlamentare. In questo si disponeva l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, di una nuova Conferenza denominata Conferenza Stato-Istituzioni territoriali in sostituzione di quelle attuali. Erano previste indicazioni per alcune modifiche organizzative. Per le funzioni dell'organo, il disegno di legge delegava il Governo, secondo i criteri di razionalizzazione e semplificazione, all'individuazione dei casi in cui fosse obbligatorio il parere della Conferenza su atti normativi e su atti amministrativi a valenza generale, individuando i casi specifici. Relativamente alle intese venivano individuate diverse tipologie di intese in attuazione dei principi affermati dalla Corte Cotituzionale nelle sentenze n. 303/2003 e n. 6/2004. Venivano anche disciplinate le modalità di formazione della volontà della Conferenza<sup>48</sup>.

## 5. Il principio di pariordinazione tra gli enti. Gli articoli 114 e 119 Cost.

Un'altra questione dibattuta nelle pronunce della Corte riguarda la prevalenza dello Stato nei casi in cui si debba soddisfare un interesse unitario.

Come si sa, infatti, il Titolo V nell'art. 114 delinea un sistema istituzionale policentrico e paritario, dove non possono coesistere posizioni di preminenza gerarchica. In realtà, come si evince da quanto poco prima abbiamo visto, la Corte Costituzionale nella valutazione della costituzionalità, quando si toccano interessi relativi a più enti, dà importanza fondamentale all'esistenza di procedu-

<sup>47</sup> Vedi sent. n. 31 del 2006.

 $<sup>^{48}</sup>$  Vedi V. Tamburrini,  $\it Gli$  istituti della leale collaborazione: la Conferenza Stato-Regioni nel 2007, cit.

re di coinvolgimento degli enti, ma sicuramente non li pone sempre sullo stesso piano. Nelle decisioni della Corte da una parte si afferma che "l'interesse nazionale non è sotteso alla disciplina del Titolo V della Costituzione, come limite implicito ma imprescindibile, di cui tener conto al fine di disciplinare settori essenziali per garantire i diritti primari dei cittadini", prendendo così una netta posizione nel negare il criterio dell'"interesse nazionale" quale principio cui riferirsi ai fini del giudizio di costituzionalità, ma altrettanto netta è la posizione della Corte nell'affermare una posizione peculiare dello Stato, sulla base dell'art. 5 della Cost., e in ogni caso evocando un'istanza unitaria contenuta nell'art. 117 e per il riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120). Tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto, lo Stato, avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento. Lo stesso art. 114 della Costituzione, continua la Corte, non comporta affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati<sup>49</sup>. Numerose sono le decisioni della Corte che individuano un'istanza unitaria e su di essa basano il titolo dell'intervento statale o negano la possibilità di una disciplina regionale differenziata.

I principi che stanno alla base del disegno costituzionale, e secondo l'interpretazione complessiva che ne dà la Corte Costituzionale, sono dunque inscindibilmente connessi. Le problematiche della pariordinazione, sussidiarietà, collaborazione, del potere sostitutivo non possono essere affrontate se non prendendo in considerazione anche le altre.

La Corte Costituzionale riconduce le sue decisioni a questi parametri generali con riferimento sia al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, sia ai fini della disciplina e attuazione della complessiva organizzazione amministrativa e delle risorse finanziarie.

La disposizione contenuta nell'art. 114 va letta alla luce dei principi fondamentali contenuti nell'art. 5 e non in contraddizione con esso, anche se ne dà una interpretazione diversa ed evolutiva, determinando una struttura dell'ordinamento policentrica, basata sul pluralismo istituzionale tra soggetti che hanno pari dignità costituzionale. Il pluralismo, infatti, non può dare origine a separazioni o contrapposizioni conflittuali, ma comporta una molteplicità di centri di azione coordinati o coordinabili attraverso principi e strumenti concreti che diano equilibrio al sistema.

La sussidiarietà determina la vicinanza con i cittadini e il territorio oltre a disegnare un sistema amministrativo flessibile, cosicché appare sempre più decisivo il ruolo delle realtà territoriali per consentire condizioni migliori per la crescita e lo sviluppo del sistema economico e sociale.

L'equiordinazione tra gli enti scardina l'assetto gerarchico dei rapporti e determina tutta una serie di conseguenze sul piano legislativo e amministrativo,

<sup>49</sup> Sentenza n. 274 del 2003.

si pensi anche alla trasformazione del sistema dei controlli. Il venir meno del vecchio sistema comporta l'affermazione della garanzia costituzionale della autonomia degli enti e dell'intangibilità dei loro poteri e funzioni e la trasformazione del modello di relazioni interistituzionali secondo il principio di collaborazione in modo da poter concorrere alla definizione delle scelte politiche, realizzando in modo coordinato e convergente finalità dirette allo sviluppo e al miglioramento della qualità della vita. Il sistema che si fonda su sussidiarietà e collaborazione va in concreto realizzato anche mettendo gli enti minori in condizione di realizzare al meglio funzioni ed interessi, e ciò attraverso l'erogazione di servizi di informazione, di sostegno, di consulenza, di attribuzione di strumentazioni adeguate.

Discorso a parte è quello delle risorse finanziarie. Attualmente il punto debole del nuovo sistema è rappresentato dall'inattuazione delle disposizioni contenute nell'art. 119 della Costituzione sulla finanza degli enti territoriali. È opinione condivisa che fino a quando le Regioni e gli enti locali non siano nelle condizioni di potere disporre e gestire risorse finanziarie certe e adeguate, utilizzandole in modo autonomo, responsabile e in coerenza con le proprie scelte politiche, le procedure concertative e di coinvolgimento di questi enti non potranno essere effettivamente paritarie e tutto il sistema risulterà inevitabilmente alterato. Le intese intercorse tra un ente che detiene il potere della gestione delle risorse economiche e gli altri enti, non possono realmente corrispondere a scelte e decisioni adeguate e tali da costituire uno strumento capace di realizzare una paritaria collaborazione.

La mancata attuazione del federalismo fiscale, soprattutto nei casi in cui un ente minore può subire ricatti di tipo economico, costituisce elemento distorsivo dell'applicazione dei principi di sussidiarietà e collaborazione, allargando in modo ingiustificato i poteri dello Stato<sup>50</sup>.

Nella sentenza 423 del 2004 la Corte Costituzionale si occupa del federalismo fiscale affermando che il sistema di autonomia finanziaria che deriva dall'art. 119 richiede l'intervento del legislatore statale, che, al fine di coordinare l'insieme della finanza pubblica, dovrà non solo fissare i principi cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ma anche determinare le grandi linee dell'intero sistema tributario, e definire gli spazi e i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva, rispettivamente, di Stato, Regioni ed enti locali, per uscire da una finanza ancora in non piccola parte derivata, che conferisce oggi limitate possibilità alle autonomie territoriali<sup>51</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Vedi diffusamente in *Astrid, L'attuazione del federalismo fiscale*, a cura di F. Bassanini - G. Macciotta, Bologna, 2004; F. Bassanini, *Principi e vincoli costituzionali in materia di finanza regionale e locale nel nuovo art. 119 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2006.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Vedi anche sentenze n. 320 del 2004 e 37 del 2004.

È evidente che l'attuazione dell'art. 119 costituisce una condizione necessaria al funzionamento di un sistema policentrico che si fonda sui principi di equiordinazione, sussidiarietà, autonomia, responsabilità, unità ed integrazione e che dovrà prevedere le procedure di concertazione interistituzionale sia a livello nazionale sia a livello regionale.

Non si può pensare a decisioni unilaterali da cui scaturiscano ripartizioni di risorse e funzioni, ma le scelte devono provenire da valutazioni ispirate alla piena cooperazione secondo procedure concertative effettive.

## 6. Gli Statuti regionali e la collaborazione tra le Regioni e gli enti locali

Il quadro generale del Titolo V e le indicazioni che emergono dal T.U.E.L., che fissa l'assetto inderogabile dell'ordinamento degli enti locali, conferiscono un ruolo molto importante alle Regioni, oltre che per le funzioni legislative e nel nuovo rapporto con lo Stato, per l'attribuzione consequenziale dei poteri sul territorio e per l'esercizio di quelle funzioni da cui discendono le modifiche organizzative e l'individuazione degli ambiti ottimali di esercizio dell'azione amministrativa. La funzione, sotto il profilo organizzativo, della Regione è determinante sotto l'aspetto del migliore dimensionamento degli enti locali e dell'adeguatezza dello svolgimento delle funzioni spettanti agli enti locali<sup>52</sup>. Le Regioni hanno un ruolo attivo ed una significativa responsabilità in materia, per integrare o completare il disegno generale che discende dalle norme costituzionali. Questo ruolo non può prescindere da forme di cooperazione con le realtà delle comunità locali; infatti, il principio di collaborazione esprime un'esigenza avvertita in tutti i sistemi basati sul federalismo o sul regionalismo cooperativo, l'istituzione di sedi stabili di collegamento tra i diversi livelli di governo, per coordinare le decisioni politiche e l'azione amministrativa e per ridurre le posizioni conflittuali<sup>53</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> L. Chieffi, G. Clemente di San Luca (a cura di), Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione, Torino 2004 ed in particolare gli scritti di F. Pinto, Regioni ed enti locali nella Costituzione novellata, p. 179; V. Cerulli Irelli, Principio di sussidiarietà ed autonomie locali, p. 269; A. Romano Tassone, Sul valore garantista del principio di sussidiarietà, p. 279; F. Merloni, I rapporti tra Regioni ed enti locali: dalla separazione (e competizione) alla necessaria collaborazione, p. 283; L. Vandelli, La costruzione del sistema regionale delle autonomie locali secondo le disposizioni del T.U. 267/2000. Il metodo cooperativo come imprescindibile perno per il funzionamento del sistema regionale: governo locale e programmazione, p. 293; A. Police, Sussidiarietà e poteri sostitutivi: la funzione amministrativa nello Stato plurale, p. 315.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> A. SIMONCINI, La leale collaborazione dopo la riforma: prime osservazioni e tendenze, in L. VIOLINI - Q. CAMERLENGO (a cura di), Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano, Primo incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale. Milano, 2005.

I nuovi statuti delle Regioni e le leggi regionali possono costituire un passaggio importante verso l'innovazione dei rapporti tra gli enti territoriali previsto nel disegno costituzionale. In particolare, le modalità di relazioni equiordinate tra Regioni ed enti locali dovrebbero correggere in modo significativo le propensioni regionocentriche presenti nei vecchi statuti improntati ad una visione gerarchica dei ruoli<sup>54</sup>.

Secondo l'art. 118 Cost., alle Regioni spettano funzioni amministrative giustificate in ragione di una gestione unitaria e caratterizzata in ragione di interessi generali di alta amministrazione (indirizzo, coordinamento, alta amministrazione). Inoltre, non è del tutto chiaro se possa residuare uno spazio per la delega di funzioni amministrative regionali ad enti locali, con riferimento al termine "conferite" utilizzato dal legislatore, oppure si debba ritenere superato l'istituto della delega nei rapporti Regioni ed enti locali, a fronte di un fondamentale criterio rovesciato di allocazione delle funzioni amministrative che implica l'identificazione delle funzioni proprie e di quelle ulteriormente considerate di competenza di un determinato livello istituzionale, a partire dal comune, in applicazione del principio di sussidiarietà. Il che non esclude che si possa pensare a funzioni regionali svolte sulla base di forme più o meno flessibili di coinvolgimento di enti locali o di amministrazione condivisa.

Va poi sottolineata l'ampia prospettiva di un sistema di autonomie non separate ma integrate che comporta forme di raccordo procedimentale paritarie. Lo scenario è, infatti, quello di un sistematico ricorso ad intese e accordi, a procedure di concertazione, a forme di amministrazione partecipativa e negoziata che debbono necessariamente intercorrere tra i diversi enti.

A fronte di questo quadro innovativo, si può già evidenziare come anche nelle procedure relative alla formazione dei nuovi statuti non si sia dato spazio adeguato alla partecipazione degli enti locali, non si è realizzata quella prospettiva di concertazione tra Regioni ed enti locali per segnare una svolta nelle relazioni interistituzionali proprio all'interno delle scelte statutarie. In quasi tutte le realtà regionali ci si è limitati a prevedere mere forme di consultazione di rappresentanze degli enti locali senza dar vita ad una specifica forma di condivisione in chiave paritaria delle scelte che avrebbero dovuto regolare i loro reciproci rapporti.

Per quanto riguarda il Consiglio delle Autonomie locali i nuovi statuti hanno effettivamente introdotto questo organo e in molti casi hanno previsto un rafforzamento del loro ruolo configurandolo quale "organo di consultazione, di concertazione e di raccordo tra le Regioni e gli Enti locali", andando oltre la scarna disposizione costituzionale. Va, tuttavia, rilevato che quasi tutti gli statuti si limitano a indicare le modalità di costituzione e il ruolo di questo organo,

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> L. Vandelli, Considerazioni sui rapporti tra Regioni e enti locali nella prospettiva dei nuovi Statuti, in Le Regioni, 2000, p. 611.

rinviando per tutto il resto ad una legge successiva. Questa scelta lascia al di fuori delle previsioni statutarie una serie di profili importanti e delicati per gli aspetti organizzativi e funzionali all'interno delle Regioni. In effetti il ruolo di questo organo per l'importanza che può assumere nei rapporti tra Regione ed Enti locali richiederebbe una specifica attenzione dello statuto specialmente in ordine alla composizione, durata ed eventuale scioglimento, presidenza e ufficio presidenziale, regolamenti organizzativi interni e autonomia amministrativa e contabile, nonché riguardo le funzioni e gli effetti giuridici degli atti.

In ogni caso, è evidente che bisognerà attendere il pieno funzionamento di questi organi per capire quale concreta influenza potranno esercitare nell'ambito del nuovo assetto di rapporti e per la conformazione della stessa amministrazione regionale e si potrà verificare solo in concreto, quali reali dinamiche si produrranno nei rapporti tra gli enti, se resteranno prevalentemente nell'ottica di una mera attività consultiva propositiva o se si evolveranno verso sistematiche forme di concertazione, secondo quella che sembra essere la giusta prospettiva di interazione tra istituzioni interdipendenti, anche considerando il ruolo di coordinamento "naturale" che dovrebbe avere l'amministrazione regionale<sup>55</sup>.

Guardando alle norme statutarie concernenti le modalità di relazione tra Regione ed Enti locali di tipo procedimentale si può osservare in via generale che è effettivamente ricorrente un generico riferimento alla necessità di raccordo tra la programmazione regionale e locale e alla prospettiva di partecipazione degli enti locali all'attività programmatoria delle Regioni, ma è meno frequente la previsione di un raccordo sulla definizione di obiettivi e sulle politiche regionali<sup>56</sup>. Solo quattro Statuti prevedono forme di concertazione istituzionale per la determinazione delle politiche regionali. In particolare la Calabria prevede che "La Regione utilizza la concertazione e programmazione negoziale come strumento essenziale di governo, regolando con legge le modalità di accordi e intese", mentre il Piemonte prevede che "La Regione promuove e favorisce con leale collaborazione rapporti di sistema con gli enti locali".

Sono previste le forme di sostituzione in caso di inerzie o inadempimenti locali<sup>57</sup>, e talora gli interventi sostitutivi sono subordinati a varie clausole (Lazio) o ci si preoccupa di riservare tali interventi ad organi regionali di governo o di stabilire, come in Umbria, meccanismi improntati alla leale collaborazione (con un parere obbligatorio del Consiglio delle Autonomie). Si possono poi menzionare i casi in cui sono prefigurate forme di relazione legate a poteri di iniziativa locale rispetto a compiti amministrativi regionali, come poteri di carattere ispettivo

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> G. De Martin, La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali. Relazione al Convegno di studi su "I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria Roma 2005", in www.issirfa.it e dello stesso Autore Il processo di riassetto dei ruoli istituzionali dello Stato, delle Regioni e degli enti locali. Contributo per gli "Studi in onore di Giorgio Berti", in www.amministrazioneincammino.it

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> V. Statuti Marche, Lazio, Toscana.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> V. Statuti Abruzzo, Emilia Romagna, Lazio, Liguria, Umbria.

o previsioni di sollecitazioni qualificate, come nel caso della Toscana i cui enti locali possono concorrere a "orientare la Regione per quanto di loro interesse nella formazione di atti comunitari".

Nel complesso nei nuovi statuti non mancano alcune significative innovazioni e qualche generale riferimento ai nuovi rapporti tra Regioni ed Enti locali, ma non sono previsioni adeguate alle aspettative. Spesso è evidente la preoccupazione di mantenere una posizione preminente delle Regioni rispetto agli enti "minori" senza stabilire un particolare coinvolgimento nelle politiche regionali e senza fare emergere una organizzazione amministrativa regionale diretta allo svolgimento di funzioni programmatorie e di coordinamento, decentrando sulle autonomie locali le funzioni operative e di servizio, supportata da un adeguamento di strutture e risorse.

### 7. Conclusioni

Dall'esame dei temi trattati emerge che il nostro ordinamento mostra grandi carenze per quanto attiene la disciplina delle sedi di raccordo e delle procedure di intesa tra gli enti.

I principi di sussidiarietà, di collaborazione, la pariordinazione tra gli enti sono l'ispirazione di un metodo di realizzazione del sistema che si delinea nel nuovo Titolo V, e i contenuti risiedono negli strumenti di garanzia che concretamente vanno predisposti a tutela delle autonomie e dell'intangibilità delle loro funzioni, pur prevedendo, come avviene in altri sistemi federali, i mezzi per soddisfare le esigenze unitarie del sistema istituzionale.

Dalle decisioni della Corte Costituzionale, che ha svolto un'importantissima opera di riordino dei principi e dei loro contenuti, le garanzie sono determinate, quando, in base alla flessibilità dell'assetto delle competenze sia necessario operare una diversa attribuzione di funzioni, dalla proporzionalità dell'intervento, dalla ragionevolezza di questo, e più in concreto dall'individuazione e obbligo di attuazione di procedure di coinvolgimento degli enti interessati, prevalentemente nelle sedi attuali, le Conferenze, o attraverso altre modalità, e ci riferiamo ad esempio ad organi di maggiore pregnanza a livello regionale rispetto agli attuali Consigli delle autonomie locali.

Nella sempre maggiore affermazione di una esigenza di attività concertate tra gli enti territoriali, il ruolo e il peso delle "Conferenze" sia sul piano politico che su quello giuridico è diventato sempre più forte e determinante per il funzionamento del nuovo sistema, tanto da poter dire che esso assume rilevanza costituzionale. Le "Conferenze" nate come organi di consulenza e partecipazione, oggi sono la principale sede di raccordo e codecisione oltre ad essere chiamate ad intervenire, nelle leggi più recenti, in un numero sempre maggiore di procedimenti. Occorre prevedere procedure relative alle diverse tipologie di atti

dove vengono individuati i momenti di cooperazione necessari, intese, accordi, atti di concerto, e siano definiti gli effetti giuridici e il grado della loro incidenza sulle decisioni finali. Occorre definire quando si è in presenza di un obbligo delle procedure e quale grado di coinvolgimento degli altri enti sia necessario: se è sufficiente un intervento di natura consultiva o se sia necessaria una codecisione degli enti coinvolti.

In ogni caso, a seguito dell'evidente valorizzazione del ruolo delle Conferenze, che si evince dalle affermazioni della Corte Costituzionale, emerge anche un nuovo impegno a ricercare da parte dello Stato e degli enti territoriali soluzioni soddisfacenti per un buon esito delle questioni dove sia necessario il contemperamento degli interessi. Nonostante sia auspicabile l'intervento legislativo che regoli le modalità di svolgimento dei lavori, la previsione di un regolamento della Conferenza, l'introduzione di *quorum* di validità delle sedute e di validità delle votazioni, oltre che, naturalmente, la regolamentazione relativa alla vincolatività delle deliberazioni per il Governo, per le Regioni, anche in caso di dissenso, e l'estensione del potere deliberativo a grandi questioni di carattere politico, e in relazione a tutti quegli aspetti messi in evidenza non adeguatamente disciplinati nelle attuali normative, la Conferenza rimane l'organo che può tutelare al meglio gli interessi delle Regioni e degli altri enti locali.

Emerge nel dibattito attuale, infatti, la posizione di chi sostiene che la Conferenza potrebbe risultare, adeguatamente riformata, uno strumento più efficace e funzionale per la salvaguardia delle posizioni degli enti territoriali rispetto all'introduzione da tempo auspicata di una Camera federale rappresentativa degli interessi regionali<sup>58</sup>.

A conferma, poi, della necessità di individuare parametri concreti attuativi dei principi generali, è noto come nell'ambito dell'ordinamento comunitario per l'effettività del concetto di sussidiarietà, che ha presentato difficoltà interpretative, e ai fini dell'intervento dell'azione comunitaria rispetto ai paesi membri, per concretizzarne l'applicazione, la Commissione ha individuato precisi criteri, innanzitutto stabilendo che le competenze degli Stati sono la regola e quelle comunitarie l'eccezione; inoltre, il Consiglio europeo di Edimburgo del 1992, ha affermato che l'azione comunitaria deve essere avallata da indicatori qualitativi

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> 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 Ist. Fed. 6/2006, p. 918. Sull'opportunità di procedere all'istituzione della "bicameralina", A. D'Atena, Sette tesi per il riavvio delle riforme costituzionali, in Rass. Parl. 1/2007; N. Lupo, Sulla necessità costituzionale di integrare la Commissione parlamentare per le questioni regionali, in Rass. Parl. 2/2007. Al contrario, V. Lippolis, Le ragioni che sconsigliano di attuare l'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001, in Rass. Parl. 1/2007; G.M. Salerno, L'integrazione della Commissione parlamentare per le quetioni regionali con i rappresentanti delle autonomie locali: problemi e disarmonie costituzionali, in Rass. Parl. 2/2007.

o se possibile quantitativi. Il Protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà e proporzionalità allegato al Trattato di Amsterdam, contiene, poi, importanti modalità procedimentali, e per l'assegnazione delle competenze, richiede l'indicazione delle motivazioni qualitative e quantitative, il valore aggiunto degli interventi comunitari e l'effettuazione dell'analisi dei costi. Tali elementi sono senz'altro utili per un eventuale giudizio della Corte di Giustizia che prima aveva come riferimento solo il generico parametro del Trattato di Maastricht.

Risulta evidente la necessità di emanare una disciplina generale in relazione ai raccordi tra enti, organica, coerente e chiara relativa agli organi e ai procedimenti necessari per ricondurre il nuovo sistema amministrativo nell'ambito dei principi di sussidiarietà e di collaborazione.

Alla luce degli stessi principi non sono ammesse alterazioni unilaterali dell'assetto dei poteri e delle competenze. Tuttavia, come in tutti gli Stati federali, cioè assetti costituzionali fortemente pervasi dal pluralismo istituzionale, viene giustificata una deroga alla normale ripartizione delle competenze<sup>59</sup>. Nel nostro ordinamento si potrebbe individuare nel potere sostitutivo, con una maggiore chiarezza nella determinazione dei limiti, il principio che riporta ad unità il sistema e che pone lo Stato in quella particolare posizione che si giustifica in ogni stato federale e che finisce per dare coerenza al sistema stesso.

Come si è detto, un altro anello mancante nell'attuazione della riforma e che pone in condizione per niente paritaria gli enti territoriali rispetto allo Stato, è l'inattuazione del federalismo fiscale. La mancanza della legislazione di attuazione dei principi costituzionali in materia di federalismo fiscale finisce, infatti, per distorcere la soluzione concertativa immaginata dalla Corte per la applicazione del principio di sussidiarietà, trasformandola, di fatto, in uno strumento di "smaccata utilizzazione del principio di collaborazione in funzione della negoziabilità delle competenze regionali", che, in regime di forte asimmetricità tra le due parti del rapporto negoziale, finirebbe per legittimare un sistematico "allargamento del potere legislativo dello Stato oltre i limiti richiesti dall'assunto della tutela di interessi unitari" 60.

L'attuazione dell'art. 119 è dunque uno strumento necessario per il funzionamento della nuova forma di stato e per la concreta realizzazione della sussidiarietà<sup>61</sup>. Parlare di sistema significa individuare una connessione tra istituti e strumenti giuridici, diretti e riconducibili a principi che riportano ad unità i diversi aspetti organizzativi e funzionali.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Come nell'ordinamento federale tedesco o la clausola di supremazia nel sistema federale statunitense

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> S. Bartole, Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale (Nota a Corte Cost. n. 303 del 2003), in Le Regioni, 1, 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> F. Bassanini, La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione, in www.astrid-online.it 2006.



Salute (tutela della) - Stupefacenti e sostanze psicotrope - Legge regionale (Piemonte) - Uso di sostanze psicotrope su minori - Ricorso del Governo - Eccezione d'inammissibilità per asserita mancanza di motivazione in ordine alla dedotta violazione dell'art. 2 Cost. - Respinta - Eccezione d'inammissibilità, per genericità, della censura relativa al comma 3 dell'art. 3 della legge denunciata - Respinta - Disciplina con legge regionale di moduli e procedure per prestare il consenso informato alle terapie - Violazione di principi fondamentali in materia di "tutela della salute", rimessa alla competenza statale - Illegittimità costituzionale.

L'eccezione di inammissibilità per asserita mancanza di motivazione in ordine alla dedotta violazione dell'art. 2 della Costituzione va respinta poiché è presente il richiamo a tale parametro in stretto collegamento con l'art. 32 della Costituzione, nella parte in cui il ricorrente assume che la disciplina impugnata violi il diritto alla salute del paziente inteso quale diritto fondamentale della persona.

L'eccezione di inammissibilità per affermata genericità della censura relativa al comma 3 dell'art. 3 Legge regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 va respinta, in quanto è sufficiente il richiamo delle motivazioni già utilizzate per gli altri commi dell'articolo impugnato al fine di consentire l'individuazione dell'esatta portata delle censure ad esso riferite stante l'assoluta omogeneità e consequenzialità delle diverse disposizioni contenute nel citato articolo.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 3 L. r. Piemonte n. 21 del 2007. Il principio del consenso informato trova fondamento negli articoli 2, 13 e 32 Cost. e costituisce la sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute (artt. 2, 13, 32 Cost.); in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative. Il consenso informato è principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui disciplina spetta alla legge statale. Il legislatore regionale eccede la propria competenza legislativa, allorché individua i soggetti

legittimati al rilascio del consenso informato, nonché le modalità con le quali esso deve essere prestato, trattandosi di aspetti di "primario rilievo" della disciplina ad esso relativa ed in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale (1).

(1) Segue una nota di Elisa Cavasino

L'individuazione dei principi fondamentali in materia di potestà legislativa concorrente fra criterio sostanziale-materiale e criterio della struttura nomologica

#### 1. Il tema

La dichiarazione d'illegittimità costituzionale della L. r. Piemonte n. 21 del 2007, ad opera della sentenza n. 438 del 2008 della Corte costituzionale, rappresenta l'ultima tappa di un percorso di progressiva riconduzione della potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute entro gli aspetti strettamente legati all'organizzazione dei servizi sanitari.

Questa decisione esclude ogni possibile intervento della legge regionale incidente sulla sfera del principio di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche e sugli aspetti relativi alla tutela della salute direttamente connessi con la garanzia del principio di uguaglianza o con la tutela della libertà della ricerca scientifica.

La L.r. Piemonte n. 21 del 2007 dettava una disciplina di carattere "procedurale" per la raccolta del consenso informato dei tutori o dei genitori di minori che dovevano essere sottoposti alla somministrazione di psicofarmaci. La disciplina regionale è stata dichiarata illegittima per invasione della competenza legislativa statale in quanto incidente sulla disciplina del principio del consenso informato, qualificato dalla Corte come "istituto" che ha carattere "di principio" in materia di tutela della salute e che, pertanto, deve essere integralmente regolato dalla legge statale.

## 2. La dichiarazione d'illegittimità della l.r. Piemonte n. 21 del 2007

La disciplina regionale piemontese non introduceva né "integrava" i caratteri del principio del consenso informato come configurato dalla legge statale. Essa interveniva, sulla base dei principi già presenti nell'ordinamento in materia di consenso informato, per assicurare ad essi effettività sul territorio regionale nei casi di somministrazione di sostanze psicotrope ai minori nel corso di terapie mediche.

La legge regionale, nella parte in cui dettava delle prescrizioni sulle modalità di raccolta del consenso informato "codificava" delle regole che potevano già essere dedotte e ricondotte nel quadro dei principi fondamentali della materia. Il legislatore piemontese, in particolare, non indicava criteri in tema di manifestazione del consenso per i minori difformi dai principi espressi dalla "legislazione statale" e dalle convenzioni internazionali richiamate dalla stessa Corte costituzionale<sup>1</sup>.

I giudici costituzionali hanno però ritenuto di dover pronunciare la dichiarazione d'illegittimità della L.r. Piemonte n. 21 del 2007 sulla base dell'assunto che la potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute sia potestà di «fissare una disciplina di dettaglio»<sup>2</sup> e che, quindi, il legislatore regionale non potrebbe mai intervenire, in materia di tutela della salute, dettando una «disciplina di aspetti di primario rilievo dell'istituto nell'ambito considerato, sempre in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale»<sup>3</sup>.

La Corte costituzionale non ha ritenuto che la disciplina regionale fosse conforme ai principi fondamentali della materia, intesi in senso "sostanziale-materiale".

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Artt. 2, 3, 13, 30 e 32 Cost.; art. 147 c. civ.; art. 33 codice di deontologia medica; art. 24 Convenzione dei diritti del fanciullo delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989 di cui è stata autorizzata la ratifica ed ordinata l'esecuzione con l. 27 maggio 1991 n. 176. La Corte ha poi invocato una serie di disposizioni di atti internazionali, in chiave retorica, fra le quali l'art. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e l'art. 5 Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 (di cui, con l. 28 marzo 2001, n. 145 è stata autorizzata la ratifica e ordinata l'esecuzione, ma di cui, ancora non è stato depositato lo strumento di ratifica). Sulla Convenzione di Oviedo, R. Sapienza, La convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina, in Riv. dir. internaz., 1998, 457. Per trattamenti particolarmente lesivi dell'integrità psico-fisica, a scopo di ricerca, la "legislazione nazionale" pone una disciplina anche rispetto alla forma di espressione del consenso (scritta), ad es. per la radioterapia (art. 108 d. lgs. 17 marzo 1995, n. 230) su cui P. Procaccianti, Radioprotezione e problematiche medico-legali. Valutazione alla luce delle recenti disposizioni in materia di consenso informato, in Riv. it. medicina legale, 1999, 799. Cfr. in generale sul tema del consenso informato F. Mantovani, Il consenso informato: pratiche consensuali, in Riv. it. medicina legale, 2000, 9. In., Diritto penale. Delitti contro la persona, 1995, 39 ss; L. D'Avack, Sul consenso informato all'atto medico, in Dir. fam, 2008, 759 E. CALÒ, Anomia e responsabilità nel consenso al trattamento medico, in Resp. civ. e prev., 2000, 1220 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> C. cost. n. 438 del 2008, par. 2.2, 2º cpv. *considerato in diritto*. V. anche la sent. n. 94 del 2009 che riguarda la potestà legislativa concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica (i profili della questione attenevano alla spesa sanitaria) par. 7.2 *in diritto* e, soprattutto 7.7. *in diritto*.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cfr. anche in tal senso C. cost. n. 203 del 2008 par. 6.2. in diritto.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Criticamente (a commento della Corte cost. n. 59 del 2006) A. Anzon, "Legislazione concorrente" o konkurrierende Gesetzgebung?, in Giur. Cost. 2006, 530 spec. 531-532 Critico rispetto all'applicazione che la Corte costituzionale ha dato di questo criterio (a commento della C. Cost. sent. n. 359 del 2003) G. U. Resciono, La Corte scambia i principi fondamentali della materia per i principi fondamentali dell'oggetto, in Giur. Cost., 2003, 3722 ss., spec. 3724. Sul punto, v. anche, a commento della C. Cost. n. 279 del 2005 M. Manetti, La Corte, le Regioni e la materia dell'istruzione, in Giur. Cost., 2002, 5117 e G. Scaccia, Norme generali isull'istruzione e potestà legislativa concorrente in materia di istruzione: alla ricerca di un criterio discretivo, in Giur. Cost., 2002, 2719.

168 Elisa Cavasino

Questa decisione sembra dunque offrire un ulteriore argomento in favore della tesi per cui i "principi fondamentali della materia", nelle materie di potestà legislativa concorrente, sembrano aver assunto una consistenza "sostanziale-materiale". L'applicazione di tale criterio consente l'attrazione d'interi oggetti nell'ambito della competenza legislativa statale<sup>4</sup>.

Tuttavia, se si osserva la giurisprudenza costituzionale, il criterio del contenuto sotanziale-materiale non è stato sempre utilizzato. In alcune decisioni, infatti, è venuto in rilievo un criterio differente: quello della struttura "nomologica" della disciplina. Secondo questo criterio, già emerso nella giurisprudenza anteriore alla riforma del titolo V, parte II della Costituzione<sup>5</sup>, i principi fondamentali concorrente non possono avere contenuto auto-applicativo né ridurre la potestà regionale a potestà di attuazione o di materiale esecuzione<sup>6</sup>.

Ora, per quale ragione questi due criteri continuano a permanere nella giurisprudenza costituzionale?

La tesi che si prospetta è che la compresenza del criterio sostanziale-materiale e di quello della struttura nomologica, dipenda dalla circostanza che la Corte, nello scrutinare questioni relative all'esercizio della potestà concorrente, abbia costruito il riparto di competenze legislative come articolato in due "sub-

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Cfr. C. cost. n. 177 del 1988. Sul tema dei criteri d'individuazione dei principi fondamentali, nel senso della *continuità* della giurisprudenza costituzionale *post* l.c. 3/2001 cfr. F. Drago, *legislazione concorrente e ricognizione dei principi fondamentali nel processo di attuazione del Titolo V della Costituzione*, in *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, a cura di B. Caravita, Milano, 2004, 82. A. Anzon, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, 113; M. Carli, *I limiti alla potestà legislativa regionale*, in *Le Regioni*, 2002, 1357, spec. 1365; anteriormente all'entrata in vigore della l.c. n. 3 del 2001, M. Carli, *Il limite dei principi fondamentali. Alla ricerca di un consuntivo*, Torino, 1993; R. Tosi, *"Principi fondamentali" e leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Padova, 1987; S. Bartole, *Art.* 117 Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1985, spec. 213.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Sulla portata del 117 c. 3° Cost., senza pretese di completezza, F. Benelli, Art. 117 cc. 2° ss., in Commentario breve alla Costituzione, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova, 2008, 1059-1061; A. Ruggeri, Leggi statali e leggi regionali alla ricerca di una nuova identità (relazione al convegno "il regionalismo italiano in cerca di riforme", Moncalieri 9-10 marzo 2007) in Quaderni regionali, 2007, 401 ss.; L. Antonini, Art. 117, 2°, 3°, 4° co. Cost., in Commentario alla Costituzione, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, III, Torino, 2006, 2227, spec. 2245 ss.; G. Falcon, La riforma costituzionale e la legislazione regionale, in Le Regioni, 2005, 707; M. Luciani, L'autonomia legislativa, in Le Regioni, 2004, 355; A. Guazzarotti, La competenza legislativa concorrente nel nuovo Titolo V al banco di prova della giurisprudenza costituzionale, in Le Regioni, 2004, 1099; U. De Siervo, Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni, in Le Regioni, 2004, 1245; A. RUGGERI, C. SALAZAR, Le materie regionali tra vecchi criteri e nuovi (pre)orientamenti metodici di interpretazione, in Scritti in memoria di Livio Paladin, IV, Napoli, 2004, 955; R. Tosi, La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa, in Le Regioni, 2001, 1233. In particolare sulla materia tutela della salute cfr. R. Balduzzi, Cinque anni di legislazione sanitaria decentrata: varietà e coesione di un sistema nazional-regionale, in Le Regioni, 2005, 717.

settori materiali", nei quali i rapporti fra legge statale e legge regionale devono essere costruiti in modo differente per garantire effettività ad alcuni *principi di struttura* dell'ordinamento costituzionale. Tali principi di struttura comprendono con ogni probabilità i "principi supremi", oltre ad altri "beni" ed "interessi" di rango costituzionale: l'equilibrio economico-finanziario è uno di questi e lo è anche il "generale" riferimento che si ritrova nella giurisprudenza costituzionale alla combinazione fra principio di uguaglianza ed esercizio dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantite, avvicinando così la giurisprudenza costituzionale più recente a moduli già presenti anteriormente alla riforma del 20017.

In breve, dalla giurisprudenza in materia di tutela della salute emerge il seguente scenario.

All'interno di questo settore dell'ordinamento sono stati individuati due sub-settori materiali. Un primo comprende gli oggetti legati all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali o alla garanzia dell'effettività di principi di struttura dell'ordinamento (come il principio di uguaglianza o l'interesse alla salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario)<sup>8</sup>. Esso è materialmente riservato alla legge statale: è il settore dei principi fondamentali della materia intesi in senso materiale-sostanziale. La legge regionale è radicalmente esclusa dalla disciplina degli oggetti che ricadono in questo sub-settore. Un altro sub-settore, che viene ad essere ricostruito in via *residuale*, invece, si caratterizza per l'assenza di oggetti la cui disciplina incide sulla tutela di tali principi o interessi in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale. In questo sub-settore, la legge statale e la legge regionale concorrono nella disciplina degli oggetti secondo il criterio della struttura nomologica delle disposizioni (secondo il rapporto principio-regola).

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> La questione è talmente complessa da non poter essere rappresentata in questo contributo. Alcuni spunti di riflessione sul tema si ritrovano in S. Pajno, *L'"adeguamento automatico" degli statuti speciali*, in *Federalismi.it*, n. 23/2008, par. 13 e O. Chessa, *L'autonomia locale nelle Regioni speciali*, in *I nodi tecnici della revisione degli Statuti speciali*, a cura di R. Bin, L. Coen, Padova, 2008, 77 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Oppure interessi connessi al principio di unità della Repubblica. Cfr. D. Messineo, Competenze finalistiche concorrenti e giudizio costituzionale: sindacato teleologico vs limite dei principi, in Le Regioni, 2007, 543 cfr. ad es. in materia di professioni, in cui però s'intersecano chiaramente la competenza esclusiva statale di cui all'art. 117 c. 2° lett. g) e la competenza concorrente di cui al comma 3° dello stesso articolo: C. Cost. n. 353 del 2003 e n. 405 del 2005, quest'ultima con commento di G. Colavitti, Gli interessi pubblici connessi all'ordinamento delle professioni libere: la Corte conferma l'assetto consolidato dei principi fondamentali in materia di professioni, in Giur.cost., 2005, 4417. Sembra così riemergere, sostanzialmente, una configurazione dei limiti alla potestà legislativa concorrente secondo moduli propri del modello originario di riparto di competenze dettato dal vecchio testo dell'art. 117 Cost. Su cui si veda A. Barbera, Regioni e interesse nazionale, Milano, 1973, 139 ss. e 147 ss. e G. Volpe, L'intreccio delle competenze nel servizio sanitario e l'eguaglianza dei cittadini, in Le Regioni, 1985, 157 ss.

170 Elisa Cavasino

Le tappe principali di questo percorso ideale di ricostruzione del sub-settore interno alla materia di potestà legislativa concorrente "tutela della salute", che riserva *in toto* alla legge statale la disciplina di alcuni oggetti, in base all'applicazione del criterio sostanziale-materiale, possono essere individuate nelle sentenze 19-26 giugno 2002 n. 282, 10-14 novembre 2003 n. 338 e n. 438 del 2008.

Invece, rispetto alla definizione dei rapporti fra legge statale e legge regionale nel sub-settore dal quale la legge regionale non è integralmente esclusa, la definizione dei rapporti fra le fonti avviene secondo l'applicazione del criterio della struttura nomologica della disciplina. Il riferimento obbligato per la materia "tutela della salute" è costituito dalla sentenza 6-10 marzo 2006 n. 87.

La combinazione dei due criteri si ritrova, invece, nei casi in cui la disciplina sottoposta a scrutinio in materia di tutela della salute presenti aspetti attenenti sia al primo che al secondo sub-settore (ad esempio, nella sentenza n. 19-23 novembre 2007, n. 387).

## 3. Legge statale e legge regionale nella sentenza n. 282 del 2002

Nella sentenza n. 282 del 2002 sono stati indicati alcuni criteri che consentono lo svolgimento della funzione legislativa in un ordinamento costruito sul policentrismo normativo ed informato al principio pluralista.

Rispetto al tema del policentrismo normativo, la Corte ha affermato che «la legislazione regionale concorrente dovrà svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali *comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore*» (par. 4, 4° cpv. considerato in diritto, corsivo aggiunto). In tal modo è stato fugato ogni dubbio rispetto alla possibilità per le Regioni di esercitare le 'nuove' potestà legislative anche prima che lo Stato provvedesse ad adeguare l'ordinamento ai criteri di riparto delle competenze introdotti con la l.c. n. 3 del 2001°.

È stata, poi, affrontata la questione dei limiti che incontra la potestà legislativa rispetto alla libertà di ricerca scientifica (*latu sensu* intesa), alla libertà personale ed al diritto alla salute.

La Corte ha dichiarato che: "salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni [...] la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»<sup>10</sup>.

 $<sup>^9</sup>$  A commento della sentenza cfr. A. D'Atena, La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore, in Giur. Cost., 2002, 2027 e D. Morana, La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale, in Giur. Cost., 2002, 2034.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Corte cost. n. 282 del 2002 par. 4 considerato in diritto.

Il legislatore potrà quindi intervenire sul "merito" delle scelte terapeutiche soltanto sulla base di una «verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sentenza 20-26 maggio 1998, n. 185)»<sup>11</sup>, ossia potrà intervenire solo in accordo con l'opinione largamente dominante in ambito "tecnico-scientifico" in merito alla necessità, all'efficacia, all'adeguatezza di determinati trattamenti sanitari<sup>12</sup>.

Ciò che emerge da questi passaggi della sentenza n. 282 del 2002 è il tentativo di indurre il legislatore a "seguire" e non ad "indirizzare" i professionisti della sanità verso la scelta di alcuni metodi terapeutici. Il riferimento alla comunità scientifica nazionale ed internazionale contenuto nelle motivazioni di questa decisione è volto, in prima battuta, a garantire l'autonomia e l'autorevolezza del "mondo" scientifico, e, in secondo luogo, a dirimere un conflitto di competenze legislative.

Poiché era in gioco il rapporto fra autodeterminazione della persona nelle scelte terapeutiche, autonomia e libertà della scienza e della ricerca e potere legislativo, la Corte ha qui immaginato un meccanismo che inibisse ai centri di decisione politica di poter orientare e condizionare le posizioni della comunità scientifica.

Da qui è discesa l'illegittimità costituzionale della disciplina regionale che sospendeva l'esecuzione di alcune terapie sul territorio regionale a titolo precauzionale. In altri termini, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale è dipesa non tanto dall'invasione della competenza statale sui "principi" in materia di tutela della salute, quanto, piuttosto, dall'assenza di fondamento tecnico-scientifico dell'intervento del legislatore regionale.

Il fondamento tecnico-scientifico che il legislatore regionale avrebbe dovuto porre alla base del proprio intervento doveva essere rinvenuto negli indirizzi provenienti da "organi statali" (è da sottolineare che la Corte non fa riferimento agli indirizzi provenienti dal "legislatore statale")<sup>13</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Corte cost. n. 282 del 2002 par. 5 considerato in diritto.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> L. Violini, La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica, in Le Regioni, 2002, 1450 spec. 1455. Sia consentito rinviare, sul punto anche ad E. Cavasino, I "vincoli" alla potestà legislativa regionale in materia di "tutela della salute" tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari, in Giur. Cost., 2002, 3282.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5 considerato in diritto: «Nella specie, l'intervento regionale contestato dal Governo non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti che dovrebbero essere compiuti dall'autorità sanitaria nazionale (in ordine ai quali, peraltro, il legislatore regionale non stabilisce, né avrebbe potuto stabilire alcunché)». Sull'ampiezza della competenza legislativa delle Regioni secondo la ricostruzione operata dalla Corte nella sentenza n. 282 del 2002 R. Bin, *Il* 

## 4. La costruzione dei due sub-settori materiali: la sentenza n. 338 del 2003

La definizione del limite tecnico-scientifico che incontra il potere legislativo regionale in materia di terapie mediche è stata successivamente integrata dalla sentenza n. 338 del 2003.

Qui la Corte ha sostanzialmente mutato il quadro dei rapporti fra legge statale, legge regionale e libertà fondamentali.

I criteri che erano stati fissati nella sentenza n. 282 del 2002 sul rapporto fra libertà fondamentali e potere legislativo non rappresentano più un limite generale alla funzione legislativa che incontra anche il legislatore regionale, ritenuto in quel caso potenzialmente competente ad intervenire sul merito delle scelte terapeutiche (nel rispetto e sulla base delle evidenze scientifiche fornite dagli organi tecnico-scientifici nazionali).

Nella sentenza n. 338 del 2003, quei criteri posti a presidio del rapporto fra libertà fondamentali e potere legislativo, sono invece configurati come un limite che condiziona soltanto l'esercizio della potestà legislativa statale. Questo perché la legge regionale non è ritenuta fonte competente a intervenire sul merito delle scelte terapeutiche (infatti, in questa decisione si afferma che, altrimenti, sarebbe violato il limite posto dai principi generali in materia di potestà concorrente).

Il rapporto fra libertà della scienza e autodeterminazione nelle scelte terapeutiche appartiene alla "sfera" di competenza statale: «è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali»<sup>14</sup> della materia "tutela della salute".

La Corte torna sulla questione affrontata nella sentenza n. 282 del 2002 in nome della salvaguardia del principio di uguaglianza, o meglio, interpreta alla luce del principio di uguaglianza la disposizione recata dal III comma dell'art. 117 della Costituzione che disciplina il riparto della potestà legislativa in materia di tutela della salute<sup>15</sup>.

Il principio di uguaglianza rappresenta l'ostacolo a che possano essere dettate discipline differenziate, da regione e regione, in materia di terapie mediche. O meglio, alla luce di una interpretazione sistematica del testo costituzionale, orientata al rispetto dei principi di struttura dell'ordinamento costituzionale, la disciplina dei divieti e dei limiti posti alle terapie mediche è qui riservata alla legge statale.

Le conseguenze di questa ricostruzione dei rapporti fra funzione legislativa e diritti fondamentali sono due.

nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento, in Le Regioni, 2002, 1445 spec. 1449.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5.1. 2° cpv. considerato in diritto.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Cfr. anche le notazioni, rispetto a questo punto, a commento di altre decisioni della Corte relative ad altre materie di competenza concorrente, di A. ANZON, *«Legislazione concorrente»*, loc. cit., e G.U. RESCIONO, *La Corte scambia i principi fondamentali*, loc. cit.

La prima è che sembra essere stata individuata una riserva di legge in materia di divieti di trattamenti sanitari, in parallelo alla riserva di legge prevista dall'art. 32 c. 2° Cost. in materia di trattamenti sanitari obbligatori. Ciò discende dall'interpretazione della disciplina costituzionale della libertà personale, della libertà della scienza, del diritto alla salute e del riparto di competenze legislative Stato-regioni di cui all'art. 117 Cost.

La seconda è che la materia tutela della salute inizia ad essere "divisa" in due sub-settori, uno *riservato* alla legge statale, l'altro nel quale legge statale e legge regionale concorrono secondo il rapporto principio-regola (norma di principio-norma di dettaglio). Le leggi regionali, infatti, non possono «incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte al livello nazionale»<sup>16</sup>.

La sfera della potestà legislativa regionale è esplicitamente ricondotta all'ambito dell'organizzazione dei servizi, dell'uso delle risorse pubbliche e della "procedura" per l'erogazione dei servizi sanitari<sup>17</sup>.

Questo riferimento alle norme di procedura viene posto in evidenza dalla stessa Corte, la quale precisa che, in presenza di una previa legge statale che intervenga sul merito delle terapie mediche, il legislatore regionale può dettare delle "norme di procedura" che "possano" «meglio garantire l'appropriatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie per l'utilizzo di mezzi terapeutici rischiosi o destinati ad impieghi eccezionali e ben mirati»<sup>18</sup>.

La competenza del legislatore regionale non atterrebbe quindi alle scelte sui divieti (e sugli obblighi) di praticare determinati trattamenti sanitari. Una volta che tali obblighi e tali divieti siano stabiliti con legge statale, il legislatore regionale potrebbe intervenire dettando anche norme che attengano alle modalità di somministrazione delle terapie per garantire che quel determinato trattamento sanitario sia svolto in modo "appropriato".

L'argomentazione svolta nella sentenza n. 338 del 2003, quindi, lascia ancora "scoperta" una parte del settore materiale di competenza concorrente che riguarda aspetti incidenti sulla garanzia dell'uguaglianza nell'esercizio dei diritti fondamentali.

Infatti, se si ammette che il legislatore regionale può porre una disciplina che riguarda le procedure per assicurare l'appropriatezza delle terapie, allora può accadere che il legislatore regionale, nel rispetto dei principi generali della materia, detti delle prescrizioni che il sanitario debba seguire affinché il trattamento sia effettuato laddove necessario ed adeguato per la cura di una determinata patologia.

Ma le decisioni sulla necessità e l'adeguatezza per la cura di una patologia coinvolgono, com'è ovvio, non solo il sanitario, ma anche il paziente, in ragione della circostanza che la salute è uno stato di benessere psico-fisico ed è, quindi, anche una

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5.1. 3° cpv. considerato in diritto.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5.1. 4° cpv. considerato in diritto

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5.1. 4° cpv. considerato in diritto.

percezione del "soggetto" e non solo un "dato oggettivo" ancorabile a parametri biologici o chimico-fisici. Per tale ragione la tutela della salute coinvolge anche aspetti relativi alla tutela della libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche.

Quindi, il legislatore regionale potrebbe dettare delle regole di procedura che, sempre nel rispetto dei principi fondamentali dettati dalle leggi statali, potrebbero riguardare la "somministrazione di terapie" volte alla cura di determinate patologie: potrebbero incidere sul rapporto fra medico e paziente nell'ambito del servizio sanitario regionale.

Come si è detto, quest'aspetto della materia è relativo ad un ambito materiale direttamente incidente sull'effettività del principio di uguaglianza e del principio di autodeterminazione individuale in materia di scelte terapeutiche.

Ora, l'intervento del legislatore regionale in questi ambiti sarebbe possibile se s'intendesse il limite dei principi fondamentali della materia soltanto come limite alle modalità di esercizio della potestà legislativa concorrente: come limite di struttura nomologica posto alla disciplina dettata dalla legge regionale.

In conclusione, la sentenza n. 338 del 2003 non ha chiarito in modo netto che il limite dei principi fondamentali, in nome della garanzia del principio di uguaglianza, deve essere configurato come limite che ha un duplice significato: quello di porre una riserva di competenza legislativa statale, tracciando un confine interno alla materia di potestà concorrente (criterio sostanziale-materiale), e quello di incidere sull'esercizio della potestà legislativa regionale nella sfera della materia concorrente non riservata alla legge statale secondo la dialettica principio-regola (criterio della struttura nomologica).

La sentenza n. 438 del 2003 interviene, invece, in modo deciso sul punto, chiarendo quest'aspetto, mediante una più netta demarcazione del sub-settore materiale riservato alla legge statale mediante l'applicazione del criterio sostanziale-materiale.

# 5. La sentenza n. 438 del 2008: la competenza della legge statale nel settore individuato dal criterio sostanziale-materiale

Come si è avuto modo di mostrare in apertura di queste note, a distanza di cinque anni dalla sentenza n. 338 del 2003 la Corte costituzionale ha chiuso nettamente ogni spazio allo svolgimento della potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute rispetto ad ambiti che esulino dalla "mera" organizzazione del servizio sanitario. La sentenza n. 438 del 2008 delinea il "confine interno" alla materia di potestà concorrente mediante l'applicazione del criterio sostanziale-materiale, individuando l'ambito della materia riservato alla legge statale.

Si è mostrato che la Corte, pur in presenza di una disciplina regionale sostanzialmente conforme al complesso dei principi fondamentali della materia, relativi all'*oggetto* (ossia le "procedure per la raccolta del consenso informato per la somministrazione di terapie *particolarmente lesive* dell'integrità psico-

fisica ai minori"), ha ritenuto di dover dichiarare l'illegittimità della disciplina regionale per contrasto con tali principi.

Ora, sembra evidente che questa decisione si fondi sull'applicazione del criterio sostanziale-materiale nella ricostruzione del limite dei principi fondamentali.

L'applicazione del criterio sostanziale-materiale implica che quella consolidata giurisprudenza costituzionale (in particolare ci si riferisce alla sentenza n. 282 del 2002) per cui il legislatore regionale può intervenire nelle materie di potestà concorrente nel rispetto dei principi fondamentali «comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore»<sup>19</sup>, non viene in rilievo per gli *oggetti* della materia di potestà concorrente riservati alla legge statale.

Ciò che s'intende dire è che se il limite dei principi fondamentali non avesse *agito* come criterio volto ad individuare una *riserva* di campo materiale alla disciplina recata dal legislatore statale, l'affermazione della Corte che "in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale" il legislatore regionale non avrebbe avuto titolo ad intervenire, sarebbe stata incoerente con tale giurisprudenza. Invece così non è. La giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze legislative in materia di potestà concorrente precisa che quella regola rileva per la disciplina dei rapporti fra legge statale e legge regionale relativa ad oggetti della materia che non sono riservati alla legge statale in ragione della tutela di *principi di struttura* dell'ordinamento costituzionale.

In altri termini, il ricorso al criterio della struttura nomologica dei principi fondamentali viene effettuato non in alternativa a quello sostanziale-materiale, ma una volta accertato che il campo materiale oggetto della disciplina impugnata non rientra nella "riserva di oggetti" alla legge statale.

Ad esempio, sia nella sentenza n. 87 del 2006 che nella sentenza 20 aprile-5 maggio 2006, n. 181 ha trovato applicazione il criterio della struttura nomologica, in quanto non venivano in rilievo esigenze di garanzia del principio di uguaglianza o di altri principi supremi o diritti e libertà fondamentali. In quei casi, l'ambito materiale disciplinato dalla legge statale atteneva ad un oggetto in cui la concorrenza fra potestà legislative doveva essere regolato sulla base del criterio della struttura nomologica: principio e sua attuazione mediante regole (che la Corte definisce anche "norme di dettaglio")<sup>20</sup>.

La combinazione dei due criteri, infatti, si riscontra in quei casi nei quali, come nella sent. n. 387 del 2007, entrano in rilievo sia il principio di uguaglianza o altri principi di struttura (che vengono garantiti mediante la riserva di campo alla legge statale), sia aspetti della materia che non ricadono entro quel campo materiale<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> C. cost. n. 282 del 2002 par. 4 considerato in diritto, IV cpv.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> C. cost. n. 181 del 2006 par. 5, 9.2. considerato in diritto su cui cfr. M. Belletti, Il difficile rapporto tra «tutela della salute» e «assistenza e organizzazione sanitaria». Percorsi di una «prevalenza» che diviene «cedevole», in Le Regioni, 2006, 1176; C. cost. n. 87 del 2006 par. 5.2. considerato in diritto.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> C. cost. n. 387 del 2007 par. 5.4. considerato in diritto su cui i commenti di E. Balboni, Gli

176 Elisa Cavasino

#### 6. Conclusioni

Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale in tema di esercizio della potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute hanno portato, da un lato, all'individuazione, di una *riserva di ambiti materiali* spettante al legislatore statale (i principi fondamentali della materia che assumono la consistenza di un "settore materiale") e, dall'altro, ad un *concorso di potestà legislative* secondo lo schema della distinzione nomologica fra "principi" e "regole", che immagina un'articolazione degli interventi del legislatore statale e regionale secondo *modalità differenti di esercizio* della potestà legislativa da parte dei due Enti.

È stato costruito in via pretoria un confine interno alla materia di potestà concorrente che la distingue in due sub-settori: in uno viene, di fatto, *separata* la legge statale dalla legge regionale; nell'altro, invece la legge statale e la legge regionale si integrano in base al criterio della struttura nomologica (norme di principio spettanti alla legge statale; norme "di dettaglio" o svolgimento dei principi mediante legge regionale).

Il criterio d'individuazione dei principi fondamentali fondato sull'analisi della struttura nomologica della disciplina viene dunque utilizzato come un criterio ulteriore rispetto a quello sostanziale-materiale. Esso non costituisce un criterio alternativo a quello sostanziale-materiale e trova applicazione soltanto per il campo della materia non riservato alla competenza della sola legge statale.

La Corte ha così determinato il meccanismo di "funzionamento" del riparto di competenze legislative che *assicura* l'unità dell'ordinamento e la salvaguardia di alcuni principi di struttura dello stesso. Tali principi, come si è detto, comprendono i "principi supremi", ma, probabilmente, non soltanto questi: comprendono anche "beni" ed "interessi" di rango costituzionale che non possono essere qualificati come supremi ma come qualificanti la struttura dell'ordinamento costituzionale in un dato momento, "a diritto costituzionale vigente".

L'individuazione del complesso di questi principi di struttura è ancora in fieri.

Quel che sembra certo è che questa operazione costituisce un altro esempio di come la Corte ha svolto la sua funzione di "custode" del principio di unità della Repubblica<sup>22</sup>. Il tema che dovrà però essere ancora approfondito è quello della ricomposizione dei diversi "pezzi" del "puzzle" dei criteri che presiedono al riparto di competenze normative Stato-regione che la Corte sembra "disegnare" per segmenti, per settori, per "titoli" di competenza.

standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali, in Giur. cost., 2007, 4333 e S. Boccalatte, Annullare il nulla? Osservazioni minime in tema di autoqualificazione della "base giuridica" della legge, ivi, 4344.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> A. Barbera, Chi è il custode dell'interesse nazionale?, in Quad. cost., 2001, 345-346.

Corte costituzionale 4-8 maggio 2009, n. 149, pres. Amirante, red. De Siervo

Referendum - Norme della Regione Sardegna - Disciplina di formazione delle leggi statutarie - Disciplina del referendum sulle leggi statutarie - Applicabilità del quorum strutturale di «almeno un terzo degli elettori» - Invalidità del referendum per mancato raggiungimento del quorum - Illegittimità atto di promulgazione

È illegittimo l'atto di promulgazione di una legge statutaria adottato dal Presidente della regione qualora il referendum confermativo sia dichiarato invalido per il mancato raggiungimento del quorum strutturale in quanto non si realizza la condizione posta dallo statuto speciale dell'approvazione da parte della maggioranza dei voti validi (1).

(1) Segue una nota di Giovanni Scala

# Invalidità del *referendum* confermativo e promulgazione degli *statuti autonomi* delle regioni speciali

## 1. La decisone della Corte

Con la sentenza in epigrafe la Corte costituzionale ha deciso il conflitto di attribuzioni sollevato dal Governo nei confronti della Regione Sardegna, per l'annullamento dell'atto di promulgazione della legge statutaria 10 luglio 2008, n. 1 (Disciplina riguardante la forma di governo e i rapporti fra gli organi, i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento della regione, l'esercizio del diritto di iniziativa popolare e i referendum regionali, i casi di ineleggibilità e incompatibilità alla carica di presidente della regione, consigliere regionale e assessore regionale), in riferimento all'art. 15, quarto comma, dello statuto speciale come modificato dalla legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2. La decisione offre interessanti spunti di riflessione in ordine al regime giuridico cui soggiacciono le c.d. leggi statutarie delle regioni speciali, tanto per quanto attiene al controllo di costituzionalità, quanto con riferimento al procedi-

mento di formazione dell'atto. In questo breve commento ci si soffermerà esclusivamente sulle questioni di merito affrontate dalla Corte.

Il conflitto di attribuzioni risolto dalla sent. n. 149 rappresenta l'ultimo episodio della complessa vicenda che ha caratterizzato l'iter di approvazione della legge statutaria della Sardegna n. 1 del 2008¹. Tale legge era stata approvata dal Consiglio regionale il 7 marzo 2007, e quindi sottoposta a *referendum*, ai sensi dell'art. 15, secondo comma, dello statuto speciale. La consultazione referendaria, svoltasi nell'ottobre successivo, vedeva una partecipazione del 15,7% degli aventi diritto, con prevalenza dei voti contrari all'approvazione.

La Corte di appello di Cagliari, nel corso del procedimento di verifica dei risultati del *referendum*, sollevava, tra le altre, la questione di legittimità costituzionale del art. 15 della legge regionale 28 ottobre 2002, n. 21 (Disciplina del *referendum* sulle leggi statutarie), il quale nel rinviare all'art. 14, comma 2, della legge regionale 17 maggio 1957, n. 20 (Norme in materia di *referendum* popolare regionale) introduceva un *quorum* strutturale di validità del *Referendum*, pari ad un terzo degli aventi diritto al voto, che non era contemplato dall'art. 15 dello statuto speciale. Con la sentenza n. 164 del 2008, la Corte costituzionale ha però dichiarato inammissibile la predetta questione, non riconoscendo alla rimettente la legittimazione a sollevarla.

A seguito di tale pronuncia, la Corte di appello di Cagliari dichiarava non valido il *referendum* per il mancato raggiungimento del *quorum*. Il Presidente della Regione, infine, ha promulgato la suddetta legge, con atto in data 10 luglio 2008, che veniva pubblicata nel *Bollettino Ufficiale* n. 23 del 18 luglio 2008.

Avverso l'atto di promulgazione il Governo sollevava conflitto di attribuzioni lamentandone, in primo luogo, l'illegittimità in quanto adottato sulla base di una disciplina (il combinato disposto degli artt. 14, secondo comma, della l.r. Sardegna n. 20 del 1957, e 15, comma 1, della l.r. Sardegna n. 21 del 2002) incompatibile con l'art. 15, quarto comma, dello statuto speciale che non contempla (e, dunque, vieterebbe) il *quorum* strutturale in ordine al *referendum* in oggetto; in subordine il ricorrente rilevava come il Presidente della Regione non avrebbe potuto adottare l'atto di promulgazione in quanto ai sensi dell'art. 15, quarto comma, dello statuto speciale «la legge sottoposta a *referendum* non è promul-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Sulla quale si vedano O. Chessa, *Problemi di quorum partecipativo nel referendum sulla legge statutaria sarda*, in *Regioni*, 2008, 739 ss, Idem, *Il paradosso del quorum strutturale*, in *La riforma della Regione: dalla legge statutaria al nuovo Statuto speciale*, a cura di O. Chessa e P. Pinna, Torino, 2008, 217 ss., G. Demuro, *Invalidità del referendum e promulgazione della legge statutaria*, in *Regioni*, 2008, 751 ss., P. Pinna, *Sulla promulgazione della legge statutaria sarda non approvata dal referendum*, in *www.forumcostituzionale.it*, Idem, *L'esito del referendum confermativo impedisce la promulgazione della legge statutaria*, in *La riforma della Regione*, cit., 221 ss., M. Sias, *Il* quorum *di partecipazione nel* referendum sulla *legge statutaria della Regione Sardegna*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2008.

gata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi», di conseguenza una volta che sia stata dichiarata non valida la deliberazione popolare, non si avrebbe il requisito dell'approvazione da parte della «maggioranza dei voti validi».

Preliminarmente la Corte ha affrontato il problema dell'ammissibilità del ricorso.

In via generale, la Consulta, con una decisione non scevra da possibili critiche, ha riconosciuto al Governo la possibilità di attivare il conflitto di attribuzioni al fine di denunciare l'illegittimità dell'atto di promulgazione per vizi non rilevabili al momento della proponibilità del giudizio in via principale<sup>2</sup>, che per gli statuti delle regioni ordinarie e per le leggi statutarie delle regioni ad autonomia differenziata si colloca nei trenta giorni successivi alla prima pubblicazione della delibera legislativa statutaria operata a meri fini notiziali.

Quanto alla prima delle due doglianze il Giudice delle leggi ha invece ritenuto il ricorso inammissibile in quanto la censura si esaurirebbe nella prospettazione di un dubbio d'incostituzionalità su una legge regionale che, a suo tempo, non fu oggetto di alcuna impugnazione in via principale, trasformando pertanto il conflitto di attribuzioni «in strumento attraverso il quale si eluderebbero i termini perentori previsti dall'art. 127 Cost. per promuovere in via principale le questioni di legittimità costituzionale di leggi regionali o statali»<sup>3</sup>.

Venendo al merito della questione la Corte ha ritenuto fondato il secondo motivo di ricorso e pertanto ha annullato l'atto di promulgazione della legge statutaria della Sardegna n. 1 del 2008.

# 2. Gli effetti del quorum strutturale sul procedimento di formazione delle leggi statutarie

Gli statuti speciali regolano il procedimento di formazione delle leggi statutarie delineandone solo gli aspetti fondamentali, analogamente a quanto previsto dall'art. 123 della Costituzione per l'adozione degli statuti ordinari. Per il resto la relativa disciplina può essere ricavata dalle stesse disposizioni statutarie relative al procedimento legislativo ordinario, da alcune norme di legge regionale attuative degli statuti e dai regolamenti interni dei consigli regionali.

L'iter di approvazione ricalca quello previsto per gli statuti delle regioni di diritto comune, con una significativa differenza data la mancata previsione di una doppia deliberazione da parte del consiglio regionale, essendo sufficiente un'unica deliberazione a maggioranza assoluta dei componenti dei consigli regionali.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Confermando così quanto già affermato in Corte cost. 14-28 dicembre 2005, n. 469.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Punto 3 del cons. in dir.

Per quanto riguarda l'iniziativa legislativa si applicano le norme degli statuti speciali per le leggi regionali ordinarie<sup>4</sup>. Nessuna regione – ad eccezione della Sicilia che l'ha escluso<sup>5</sup> – ha regolato specificamente il diritto d'iniziativa popolare delle leggi statutarie. La Valle d'Aosta<sup>6</sup> e le province autonome di Trento<sup>7</sup> e Bolzano<sup>8</sup> ammettono l'uso del *referendum* propositivo su disegni di legge statutaria. Tutte le regioni consentono, invece, lo svolgimento di *referendum* consultivi su disegni di legge statutaria ovvero su materie rientranti nel loro ambito di competenza.

Le delibere legislative statutarie sono sottoposte a *referendum* qualora ciò sia richiesto, nel termine di tre mesi dalla loro pubblicazione a fini notiziali successiva alla delibera consiliare, da un cinquantesimo degli elettori della regione o da un quinto dei componenti il consiglio regionale. Nel caso in cui il consiglio abbia deliberato a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti la richiesta di *referendum* non potrà essere presentata dalle minoranze consiliari, ma unicamente dagli elettori in ragione di un *quorum* più elevato<sup>9</sup>.

La disciplina del sub-procedimento referendario è riservata dagli statuti speciali ad una legge regionale ordinaria<sup>10</sup>. Nel fare ciò il legislatore costituzionale del 2001 ha risolto uno dei nodi problematici che contraddistingue il nuovo articolo 123 della Costituzione relativo al rapporto fra la competenza statutaria a disciplinare tutti i *referendum* regionali e l'esercizio stesso della potestà statutaria. Nell'incertezza su quale fosse lo strumento idoneo a disciplinare questo procedimento la maggior parte delle regioni ordinarie hanno approvato, prima del rispettivo statuto, una legge ordinaria per la sua disciplina<sup>11</sup>, si deve però riscon-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Art. 12 St. Sicilia, art. 28 St. Sardegna, art. 27 St. Valle d'Aosta, art. 27 St. Friuli-Venezia Giulia. Lo statuto del Trentino-Alto Adige nulla dispone circa l'iniziativa legislativa se non rinviare alle leggi statutarie delle province autonome e ad una legge regionale rispettivamente l'iniziativa popolare delle leggi provinciali e regionale; per il resto il diritto di iniziativa trova la sua disciplina nei regolamenti interni del consiglio regionale (art. 88) e dei consigli provinciali (art. 92 del *Regolamento interno del Consiglio della provincia autonoma di Trento* e art. 86 del *Regolamento in terno del Consiglio della Provincia autonoma di Bolzano*).

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Art. 34, c. 1°, lett. b), l. reg. Sicilia n. 1/2004. Analogamente hanno previsto gli statuti dell'Emilia-Romagna (art. 18, c. 4°) e della Puglia (art.15, c. 3°).

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Artt. 3, 12 e 17, l. reg. Valle d'Aosta 25 giugno 2003, n. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Art. 2 e 19 l. prov. Trento 5 marzo 2003, n. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Art. 15 l. prov. Bolzano 18 novembre 2005, n. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Un trentesimo degli aventi diritto al voto in Sicilia (art. 17 *bis*, c. 2°, St. Sicilia), Sardegna (art. 15, c. 5°, St. Sardegna) e Friuli-Venezia Giulia (art. 12, c. 5°, St. Friuli-Venezia Giulia), un quindicesimo per la Valle d'Aosta (art. 15, c. 5°, St. Valle d'Aosta) e le province autonome di Trento e Bolzano (art. 47, c. 6°, St. Trentino-Alto Adige).

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Art. 17 bis, c. 1°, St. Sicilia, art. 15, c. 4, St. Valle d'Aosta, art. 15, c. 4, St. Sardegna, art. 47, c. 5, St. Trentino-Alto Adige, art. 12, c. 4, St. Friuli-Venezia Giulia.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> L.reg. Emilia-Romagna, 25 ottobre 2000, n. 29; l. reg. Calabria, 10 dicembre 2001, n. 35; l. reg. Marche, 23 dicembre 2002, n. 28; l. reg. Toscana, 17 gennaio 2003, n. 6; l. reg. Veneto, 7 novembre

trare il fatto che alcune hanno proceduto all'approvazione di delibere legislative statutarie senza aver prima disciplinato il relativo procedimento referendario<sup>12</sup>.

L'aver chiaramente riservato tale materia, stante la sua antecedenza logica e cronologica<sup>13</sup>, alla legge regionale ha certamente contribuito ad evitare che si realizzasse un'"omissione referendaria"<sup>14</sup> anche nelle regioni ad autonomia speciale, le quali infatti hanno tutte proceduto a disciplinare il *referendum* confermativo prima dell'approvazione di delibere legislative statutarie<sup>15</sup>.

La promulgazione della legge si avrà oltre che nel caso di esito positivo del *referendum* anche nei casi in cui la relativa richiesta venga dichiarata inammissibile ovvero non sia stata presentata alcuna richiesta nel termine di tre mesi.

Rispetto ad un quadro sostanzialmente omogeneo fra le varie regioni ad autonomia speciale la legge sarda sul *referendum* confermativo introduce un elemento di profonda differenziazione: la previsione di un *quorum* strutturale condizionante la validità del *referendum*.

La principale questione posta da tale normativa ed affrontata e risolta dalla Corte costituzionale attiene alle conseguenze sul procedimento di formazione della legge statutaria del mancato raggiungimento del quorum. In dottrina sono state sviluppate almeno tre diverse chiavi di lettura.

Secondo un primo orientamento facente leva sul dato testuale, il *referendum* costituisce una fase eventuale del procedimento di formazione della legge statuaria avente natura approvativa della delibera legislativa già sottoposta al vaglio del Consiglio regionale, di modo che «se il quorum non è raggiunto [...] non è corretto trarre la conclusione che non si è formata una "maggioranza di

<sup>2003,</sup> n. 28; l. reg. Abruzzo, 23 gennaio 2004, n. 5; l. reg. Umbria, 28 luglio 2004, n. 16; l. reg. Lazio, 3 agosto 2004, n. 8; l. reg. Piemonte, 13 ottobre 2004, n. 22; l. reg. Liguria, 24 dicembre 2004, n. 31; l. reg. Campania 9 novembre 2005, n. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Si tratta della Regione Marche la quale aveva adottato due delibere legislative statutarie *stralcio*, il 24 luglio 2001 ed il 25 settembre 2001, impugnate dal Governo e dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionali per motivi diversi da quelli di cui si discorre nel testo, e della Regione Puglia che ha adottato il nuovo statuto con l. reg. 12 maggio 2004, n. 7, non impugnata dal Governo.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> A. Ferrara, I nuovi statuti delle regioni ad autonomia ordinaria. Il procedimento di formazione e revisione, in http://www.issirfa.cnr.it, p. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Così A. Cardone, *Gli statuti regionali e la citta di Zenobia. I limiti procedurali e sostanziali all'autonomia statutaria delle Regioni ordinarie alla luce della prassi e della giurisprudenza*, in *Nuove aut.*, 2005, p. 56, il quale censura tale circostanza perché, da un lato, si priva il corpo elettorale di un diritto politico e, dall'altro aderendo alla tesi della funzione di controllo del referendum statutario, si "altera sensibilmente l'equilibrio interno del sistema dei controlli sull'autonomia statutaria". Sul punto cfr., pure, M.C. Grisolia, *Alcune considerazioni sulla prima attuazione dell'art. 123 Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti 2005. I nuovi Statuti regionali*, a cura di P. Caretti, Torino, 2006, p. 18 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> L. reg. Sicilia 23 ottobre 2001, n. 14, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 27 novembre 2001, n. 29, l. reg. Valle d'Aosta 22 aprile 2002, n. 4, l. reg. Sardegna 28 ottobre 2002, n. 21, l. prov. Trento 1 ottobre 2002, n. 13, l. prov. Bolzano 17 luglio 2002, n. 10.

voti validi" *contro* la legge: in realtà, bisogna trarre la conclusione opposta, e cioè che non si è formata una "maggioranza di voti validi" *per* la legge»<sup>16</sup>. In questo caso il mancato raggiungimento del *quorum* equivarrebbe alla non approvazione in quanto muovendo da tale premessa "ne consegue chiaramente che è la mancanza del consenso popolare (e non un referendum invalido) che paralizza la promulgazione"<sup>17</sup>.

Altro orientamento vede nel *referendum* previsto dallo statuto speciale uno "strumento oppositivo- sospensivo" <sup>18</sup>, idoneo a ritardare o impedire l'entrata in vigore della legge statutaria. In tale ottica, il "mancato raggiungimento del *quorum* è, quindi, assimilabile all'ipotesi di mancata richiesta referendaria e/o di approvazione della legge da parte degli elettori: esiti tutti «favorevoli» [...] perché tutti idonei a far venir meno tale forza oppositiva sospensiva" <sup>19</sup>.

C'è infine chi ha sostenuto che il mancato raggiungimento del *quorum* non travolgerebbe l'intero procedimento di formazione della legge statutaria ma soltanto il subprocedimento referendario, di conseguenza la delibera legislativa adottata dal consiglio manterrebbe intatta la sua forza e, conseguentemente, il presidente della regione sarebbe obbligato alla promulgazione<sup>20</sup>.

Il Giudice delle leggi nel risolvere il conflitto che ha determinato la sentenza in epigrafe ha chiaramente stabilito che l'art. 15 dello statuto speciale della Sardegna «esige che si verifichi una condizione, ossia l'approvazione da parte della maggioranza dei voti validi, che, con tutta evidenza, non si è avuta nel caso»<sup>21</sup> della legge statutaria n. 1 del 2008. Per la Corte inoltre tale condizione non può ritenersi soddisfatta in ragione della dichiarazione d'invalidità del *referendum* per il mancato raggiungimento del previsto *quorum* strutturale<sup>22</sup>. In particolare non è possibile far derivare dal mancato raggiungimento del *quorum*, e quindi dalla consequenziale dichiarazione di invalidità del *referendum* il verificarsi di una delle condizioni che rendono possibile la promulgazione delle delibere legislative statutarie ad opera del presidente della regione.

La decisone si fonda certamente sul dato letterale costituito dall'art. 15 dello statuto speciale, che la Corte evidentemente interpreta nel senso che qualora la delibera legislativa statutaria sia sottoposta al *referendum* confermativo il procedimento legislativo si potrà concludere con la promulgazione solo a condizione che il *referendum* si svolga validamente ed in esso la maggioranza dei votanti si

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> O. Chessa, *Problemi di quorum partecipativo*, cit., 745.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> P. Pinna, L'esito del referendum confermativo, cit., 223.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> G. Demuro, *Invalidità del referendum e promulgazione*, cit., 753.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> P. Ciarlo, Referendum, tra inganni e demagogia assurdo legarlo alle primarie Pd. Se vota meno del 33%, legge in vigore, in www.altravoce.net.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Punto 5 del cons. in dir.

<sup>22</sup> Ihidem

esprima a favore del testo sottoposto agli elettori. Al contempo però tale soluzione lascia trasparire una più generale lettura offerta dalla Corte costituzionale del procedimento legislativo statutario: ciò in quanto il mancato raggiungimento del quorum e di conseguenza l'invalidità del referendum stesso determinano l'illegittimità dell'atto di promulgazione poiché «il procedimento di approvazione non era giunto a compimento»<sup>23</sup>.

# La natura del referendum confermativo delle leggi statutarie

Come per il referendum costituzionale di cui all'art. 138 Cost. anche per il referendum statutario si è posta l'alternativa fra la sua ricostruzione quale elemento costitutivo nell'adozione delle leggi statutarie ovvero quale strumento di controllo democratico estraneo alla fase deliberativa del procedimento di formazione delle stesse, ma capace di incidere sulla loro efficacia<sup>24</sup>.

Per quanto appaia maggioritaria in dottrina l'idea che esso sia uno strumento di controllo, sono diversi gli argomenti che inducono a ritenere che la tesi che meglio riesce a spiegarne la natura sia quella che lo considera quale "elemento formativo per la perfezione" delle leggi statutarie<sup>25</sup>.

In primo luogo, se è vero che il procedimento disciplinato dagli statuti speciali si ispira a quello previsto dall'art. 138 Cost., esso però se ne distacca proprio rispetto all'elemento che maggiormente lo caratterizza quale condizione integrativa dell'efficacia: la sua eventualità. Per quanto attiene all'esercizio della potestà statutaria non c'è fatto al verificarsi del quale consegua il venir meno – a differenza di quanto avviene nel procedimento di revisione costituzionale - del diritto di richiedere il referendum. Non ci sono maggioranze consiliari al raggiungimento delle quali la legge statuaria si dà per approvata e quindi sottoposta al presidente della regione per la sua promulgazione<sup>26</sup>.

In secondo luogo deve rilevarsi come il momento perfettivo di un procedimento normativo sia quello nel quale l'atto acquista il carattere della definitività

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> In riferimento al *referendum* previsto dall'art. 138 Cost. per la tesi che lo ricostruisce quale "elemento di valore formativo per la perfezione della legge costituzionale" si veda, per tutti, C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, II, Padova, 19769, p. 1229; per l'assunto che lo vuole quale mera "condizione di efficacia" di una legge già perfetta, cfr., per tutti, S.M. Cicconetti, Revisione della Costituzione, Padova, 1972, 145 ss, e da ultimo M. Volpi, Referendum nel diritto costituzionale, in Dig. Disc. Pubbl., XII, Torino, 1997, 498 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Sul procedimento di formazione delle leggi statutarie delle regioni speciali si veda per tutti A. Cardone, Quanti statuti nelle Regioni speciali? Sul rapporto tra legge statutaria speciale e statuto regionale ordinario (quoziente 1?), in La riforma della Regione, cit., 41 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Cfr. E. Lamarque, Il referendum nel procedimento di formazione dello statuto regionale, in Aa.Vv., I nuovi Statuti delle Regioni, Milano, 2000, 139.

e dell'immodificabilità<sup>27</sup>. Così non è per le delibere legislative statutarie sottoposte a referendum confermativo. L'approvazione consiliare non attribuisce loro il carattere della stabilità, ci sono almeno due elementi che possono incidere sul contenuto della delibera modificandolo: l'approvazione da parte dello stesso consiglio di una modifica dell'originaria delibera legislativa statutaria ovvero una dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale.

In particolare l'art. 17 della legge provinciale di Trento 1 ottobre 2002, n. 13, stabilisce che "il Consiglio provinciale può modificare o revocare la legge già approvata anche dopo la pubblicazione del suo testo nel Bollettino ufficiale della Regione ai fini della richiesta di referendum"<sup>28</sup>.

Pur nel silenzio delle altre normative regionali si deve ritenere che la soluzione fatta propria dalla provincia di Trento si imponga a tutte le regioni in quanto si ha il perfezionamento dell'*iter* di formazione della legge statuaria solo con lo svolgimento del *referendum* confermativo ovvero con il decorso dei tre mesi senza che alcuna richiesta di *referendum* sia stata presentata.

Analogamente nel caso in cui la Corte costituzionale dichiari l'illegittimità costituzionale parziale della delibera legislativa statutaria il procedimento referendario è posto nel nulla, in quanto «ogni pronuncia di accoglimento [...] determina di per sé una mutazione dell'oggetto del *referendum*<sup>29</sup>. Successivamente alla pronuncia della Corte spetterà al consiglio regionale decidere se proseguire nell'*iter* di formazione dell'atto o se apportare delle modifiche al testo risultante dagli interventi della Consulta<sup>30</sup>.

Per finire i pur esigui dati della prassi confermano la modificabilità del testo anche dopo la sua approvazione da parte del consiglio regionale. Si fa riferimento in particolare al caso della legge statutaria siciliana 3 giugno 2005, n.7 (Norme per l'elezione del Presidente della Regione Sicilia a suffragio universale e diretto. Nuove norme per l'elezione dell'assemblea regionale siciliana. Disposizioni concernenti l'elezione dei consigli comunali e provinciali), la quale è stata sottoposta a due modifiche dopo la sua iniziale approvazione da parte dell'Assemblea regionale siciliana: una prima volta in ragione dell'impugnazione di alcune disposizioni e successiva pubblicazione parziale a fini notiziali; quindi per l'intervenuta abrogazione di altre da parte della stessa Assemblea<sup>31</sup>. Allo

 $<sup>^{\</sup>rm 27}$  Cfr., per tutti, S. Galeotti, Contributo alla teoria del procedimento legislativo, Milano, 1985, 298 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Analogamente dispone l'articolo 16 per il caso di dichiarazione di incostituzionalità. In questi casi la legge stabilisce che il presidente della provincia provveda, nel termine di tre mesi, alla ripubblicazione della delibera al fine di poter richiedere l'indizione del *referendum*.

 $<sup>^{29}</sup>$  Corte cost. 30 novembre – 13 dicembre 2005, n. 445, n. 445, § 2 del *cons. in dir.*, ove la Corte afferma chiaramente che "le operazioni del procedimento referendario eventualmente compiute prima del ricorso del Governo divengono necessariamente inefficaci".

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Analogamente hanno operato le regioni Liguria ed Abruzzo. In entrambi i casi la regione ha

stesso modo nei pochi casi in cui la corte costituzionale ha annullato alcune parti di statuti di regioni ordinarie le stesse hanno proceduto ad una nuova pubblicazione a fini notiziali del testo risultante a seguito degli interventi della Corte.

La prassi e i pochi dati normativi sembrano quindi confermare la tesi per cui le leggi statutarie regionali siano degli atti normativi complessi frutto dell'incontro di due volontà, quella del consiglio e quella del corpo elettorale. Accettata tale lettura il *referendum* confermativo delle leggi statutarie si presenta, quindi, come «un elemento procedimentale, non a carattere eventuale (quale è quello previsto dal c. 3° dell'art. 138 Cost.), bensì "necessario" ed "indefettibile", 32.

Con la decisione che si commenta la Corte costituzionale sembra accedere a tale ultima ricostruzione. Non solo in ragione dell'affermazione contenuta nel punto 5 del considerato in diritto ove si afferma che il mancato raggiungimento del *quorum* incide sul procedimento di approvazione che pertanto non era giunto a compimento, ma più in generale per le conseguenze che la Corte ha tratto dalla dichiarazione di invalidità del *referendum* confermativo. A ragionare diversamente infatti qualora il procedimento referendario incidesse unicamente sul piano dell'efficacia, la delibera legislativa statutaria adottata dal Consiglio regionale sarebbe comunque perfetta e pertanto si potrebbe ritenere che venuto meno l'effetto sospensivo determinato dalla richiesta referendaria si riattiverebbe l'obbligo per il presidente della regione di procedere alla promulgazione.

4. Gli statuti regionali autonomi: verso una potestà statutaria unica delle regioni ordinarie e delle regioni ad autonomia differenziata?

Un ultima riflessione è indotta dagli argomenti spesi dalla Corte al fine di valutare l'ammissibilità del conflitto su atto di promulgazione.

La possibilità per il governo di «utilizzare il conflitto di attribuzione per denunciare l'asserita illegittimità dell'atto di promulgazione per vizi precedentemente non rilevabili»<sup>33</sup> è stata affermata al fine di assicurare la garanzia della «istanza unitaria» che connota il pluralismo istituzionale a seguito delle riforme introdotte con le leggi costituzionali nn. 1 del 1999 e 2 e 3 del 2001. Una conclusione questa cui la Corte era già pervenuta nei confronti degli statuti ordinari sin dalla sent. 469 del 2005.

\_

soddisfatto le richieste governative modificando le originarie delibere legislative statutarie conformemente ai motivi di ricorso alla Corte costituzionale.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> M.C. Grisolia, *Alcune considerazioni*, cit., 19. Per A. Ferrara, *I nuovi statuti*, cit., 6, "il *referendum* statutario, come quello costituzionale, non è necessario ma, a differenza di quest'ultimo, è ad *eventualità necessaria*".

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Punto 4 del cons. in dir.

Ciò che sorprende è il riferimento al regime degli statuti ordinari, ed in particolare la possibilità di applicare anche al controllo sulle leggi statutarie quanto stabilito per gli statuti delle regioni ordinarie. Com'è noto, in una precedente pronuncia il giudice delle leggi aveva infatti avuto modo di rilevare l'esistenza «di un articolato sistema eterogeneo – che rende non comparabili la potestà statutaria ordinaria e quella speciale»<sup>34</sup>, di modo che non sembrava possibile operare un'assimilazione fra le due fonti regionali.

In particolare i giudici costituzionali avevano avuto modo di rilevare come «sussistono talune diversità sostanziali e formali rispetto agli statuti delle regioni ordinarie – afferenti all'oggetto, ai limiti e al procedimento di formazione, 35. Nella decisione in epigrafe, pur senza un'adeguata argomentazione al riguardo, il Giudice delle leggi sembra ritenere ammissibile un'assimilazione tra statuti ordinari e leggi statutarie delle regioni speciali tutti accomunati nella categoria degli «statuti regionali autonomi», con ciò realizzando una distinzione, limitatamente alle regioni ad autonomia differenziata, fra statuti *eteronomi* – gli statuti speciali – e statuti *autonomi* – le leggi statutarie –.

Per quanto non possa essere questa la sede per affrontare in modo esaustivo il tema della possibile ricostruzione unitaria delle potestà statutarie *autonome* delle regioni<sup>36</sup>, sembra comunque opportuno rilevare come, l'assimilazione operata dalla Corte appaia ad una prima lettura condivisibile stante il prevalere degli elementi di omogeneità su quelli di differenziazione, qualora poi tale orientamento dovesse essere confermato esso certamente risulterà foriero di notevoli conseguenze sul piano del regime giuridico delle leggi statutarie, si pensi, solo per fare un esempio, alla definizione dell'ambito materiale riservato alle fonti statutarie ovvero al regime del controllo di costituzionalità o ancora alla possibile estensione della giurisprudenza costituzionale relativa al limite dell'*armonia con la Costituzione*.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Corte cost. 6 - 14 novembre 2006, n. 370, § 5 del cons. in dir.

<sup>35</sup> Ihidem

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Su cui vedi per tutti A. Cardone, *Quanti statuti nelle Regioni speciali?*, cit., М. Сесснетті, *La legge statutaria come strumento di affermazione dell'autonomia e dell'identità delle regioni speciali*, in *La riforma della Regione*, cit., 21 ss., е Р. Ріnna, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino, 2006, 125 ss.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana - Sentenza 9 dicembre 2008, n. 1005.

Ambiente - Fonti di energia rinnovabili - Autorizzazione alla realizzazione di una centrale eolica - Parere della Soprintendenza ai Beni Culturali Ambientali reso al di fuori della Conferenza di servizi - Procedimento unico ex art. 12 del D.lgs. n. 387/2003 - È illegittimo.

È illegittimo il parere della Soprintendenza ai Beni Culturali Ambientali che, nell'ambito del procedimento unico ex art. 12 del D.lgs. n. 387/2003 volto al rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di un impianto eolico, sia stato reso al di fuori della conferenza di servizi (1).

(1) Segue una nota di Simona Balzano

# La natura giuridica della Conferenza di servizi nell'ambito del procedimento unico ex art. 12 del D.lgs. n. 387/2003

Con la sentenza in commento il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana si è pronunciato sulle condizioni di legittimità per il rilascio del parere dell'Autorità preposta alla tutela paesaggistica nell'ambito del *sub* procedimento finalizzato al conseguimento della V.I.A. per la realizzazione di una centrale eolica.

Nell'ambito del giudizio di primo grado la società appellata impugnava il provvedimento negativo con cui la Soprintendenza ai Beni Culturali Ambientali si era espressa in relazione alla costruzione di un impianto eolico: in particolare, l'Amministrazione, all'interno del *sub* procedimento necessario al conseguimento della VIA, aveva rivendicato la propria competenza al rilascio del nulla osta paesaggistico asserendo la sussistenza di un vincolo sull'area interessata dall'impianto. A parere della Soprintendenza la sussistenza di detto vincolo paesaggistico trovava la propria fonte normativa nelle prescrizioni contenute all'interno del Piano Territoriale Paesaggistico, adottato ma non ancora approvato, che vietava la realizzazione di impianti eolici nelle zone vincolate.

Il TAR Sicilia accoglieva il ricorso pronunciandosi in primo luogo sull'insus-

sistenza del vincolo in virtù del quale la Soprintendenza aveva legittimato la propria competenza al rilascio del nulla osta paesaggistico. A parere del giudice amministrativo, infatti, nella zona individuata come sito per la realizzazione della centrale non avrebbe potuto sussistere alcun regime vincolistico, atteso che le prescrizioni di cui al Piano Territoriale Paesaggistico *in itinere* non assumono carattere conformativo ma fissano semplicemente gli indirizzi cui improntare la successiva approvazione del provvedimento di pianificazione<sup>1</sup>. Di conseguenza, dunque, ai fini della realizzazione della centrale non sarebbe stato necessario il rilascio del nulla osta da parte dell'Autorità preposta alla tutela paesaggistica.

Invero, argomentava il TAR, la presenza di beni archeologici nelle aree limitrofe a quella interessata dalla centrale eolica avrebbe legittimato l'esercizio del potere di cui all'art. 152 del D.Lgs. 42 del 2004: come noto, infatti, tale norma prevede che per l'apertura di impianti industriali in prossimità di zone che, per le proprie caratteristiche, costituiscono "bellezza d'insieme" connotata da un rilevante valore estetico e tradizionale, l'amministrazione – tenendo in debito conto la funzione economica delle opere da realizzare – ha la facoltà di imporre delle limitazioni idonee ad evitarne un pregiudizio.

L'amministrazione preposta alla tutela paesaggistica, dunque, avrebbe potuto imporre prescrizioni necessarie alla tutela di tali beni esclusivamente sulla scorta di un giudizio comparativo degli interessi coinvolti e, per espressa previsione legislativa, avrebbe dovuto tenere in conto anche le esigenze di carattere imprenditoriale sottese alla realizzazione della centrale eolica, senza sconfinare nell'esercizio di un potere inibitorio.

Il provvedimento impugnato dalla società, a parere del giudice amministrativo, risultava privo di qualsiasi valutazione comparativa tra le esigenza di tutela paesaggistica e di funzionalità dell'impianto eolico e, pertanto, ne veniva dichiarata l'illegittimità.

Avverso la decisione del TAR Sicilia, la Soprintendenza ha proposto appello al Consiglio di Giustizia Amministrativa assumendo che il potere attribuito all'Amministrazione preposta alla tutela del paesaggio in virtù dell'art. 152 del D.Lgs. n. 42 del 2004, rappresenta un "potere generale", non legato a vincoli e a procedimentalizzazioni.

Con la pronuncia in commento, i giudici di secondo grado – pur giungendo alle medesime conclusioni del TAR in termini di annullamento del provvedimento della Soprintendenza – hanno riformato la sentenza ritenendo sussistenti profili di illegittimità differenti rispetto a quelli emersi nell'ambito del giudizio di primo grado.

In primo luogo, ha sottolineato il Consiglio di Giustizia Amministrativa, il potere esercitato dalla Soprintendenza non troverebbe la sua legittimazione nel-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2005, n. 971 in Giur. it., 2005, 1287.

la norma di cui all'art. 152 del D.lgs. n. 42 del 2004 – come sostenuto dai giudici di primo grado – ma nella normativa di settore relativa al procedimento di autorizzazione per l'apertura e l'esercizio di impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili. La materia dell'autorizzazione all'apertura di centrali eoliche, infatti, è contenuta nella disciplina dettata dal D.lgs. n. 387 del 2003: la disposizione di cui all'art. 12 di tale normativa prevede che l'apertura e l'esercizio di impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili sono soggetti ad "un'autorizzazione unica rilasciata dalla regione o altro soggetto istituzionale delegato dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico"<sup>2</sup> e che, a tal fine, sia convocata una Conferenza di servizi entro 30 giorni dalla ricezione della domanda. Il successivo comma 4 del medesimo articolo, inoltre, stabilisce che tale autorizzazione debba essere rilasciata a seguito di procedimento unico, al quale prendono parte tutte le amministrazioni interessate, svolto secondo le modalità e i principi di cui alla legge n. 241 del 1990<sup>3</sup>.

L'esigenza di una marcata semplificazione delle procedure di autorizzazione per la realizzazione e l'esercizio di impianti di produzione di energia "pulita" nasce sotto l'impulso della normativa comunitaria: l'art. 6 della Direttiva 2001/77/CE, di cui il D.lgs. 387 del 2003 costituisce attuazione, dispone che gli Stati membri "valutino l'attuale quadro legislativo e regolamentare (...) applicabile agli impianti per la produzione di elettricità da fonti rinnovabili allo scopo di ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione da fonti energetiche rinnovabili".

Dunque il legislatore, sempre più attento alle esigenze di semplificazione procedurale<sup>4</sup>, ha optato per un modello in cui deve realizzarsi la contestuale acquisizione di tutti i titoli necessari (permessi di costruire, nulla osta, autorizzazioni) che, precedentemente, venivano ottenuti mediante singoli *sub* procedimenti<sup>5</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Cfr. comma 3 dell'art. 12 del D.lgs. n. 387 del 2003, recante norme di attuazione della Direttiva 2001/77/CE. Va inoltre effettuato un richiamo alla legge n. 120 del 2002 con la quale l'Italia ha ratificato il Protocollo di Kyoto, impegnandosi ad una riduzione del 6, 5 % delle emissioni di gas ad effetto serra entro il 2012 anche attraverso la realizzazione di centrali energetiche mediante un'opportuna pianificazione dello sviluppo dell'energia rinnovabile.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Per una ricostruzione generale delle problematiche connesse all'autorizzazione di impianti di produzione di energia eolica cfr. L. Magnani, *Procedimenti autorizzativi per la localizzazione di impianti eolici*, in *Giur. di merito*, 2008, 2366.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Sempre l'art. 12 del D.lgs. n. 387 del 2003 prevede, in vista della razionalizzazione delle procedure di autorizzazione, che le opere per la realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili all'esercizio degli impianti stessi, siano assimilate alle opere di pubblica utilità, indefettibili ed urgenti.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Il modello dell'autorizzazione unica sostituisce un sistema piuttosto complesso in cui la costruzione degli impianti eolici era soggetta al rilascio di numerosi atti aventi natura autorizzatoria tra cui il permesso di costruire, la dichiarazione paesistico-ambientale rilasciata dalla Regione, l'au-

Tale normativa ha, ovviamente, lo scopo di semplificare, razionalizzare e velocizzare la procedura, in ossequio all'incentivazione della produzione di energia c.d. pulita che è ormai un chiaro obiettivo della politica europea e, quindi, italiana<sup>6</sup>.

Va da subito sottolineato che la disciplina delineata dalle suddette norme trova diretta applicazione anche nei confronti della Regione Sicilia che non ha ancora adottato un'autonoma normativa di attuazione della disciplina comunitaria in tema di semplificazione delle procedure autorizzative per gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: come noto, infatti, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 11 del 2005 gli atti normativi statali di attuazione di direttive comunitarie si applicano anche alle Regioni e Province autonome – se pur riguardanti materie di competenza esclusiva – laddove "non sia ancora entrata in vigore la propria normativa di attuazione".

Sotto altro profilo è necessario, inoltre, rilevare che il rilascio dell'autorizzazione all'apertura di un impianto alimentato da fonti rinnovabili presuppone una previa valutazione dell'impatto ambientale, svolta a norma del d.P.R. del 12 aprile 1996, salvo sia diversamente previsto dalla normativa regionale<sup>8</sup>. A tale riguardo la legge regionale della Sicilia del 3 maggio 2001 n. 6 stabilisce che la valutazione di impatto ambientale è svolta nel rispetto delle disposizioni di cui

torizzazione paesaggistica richiesta per le aree interessate da vincolo. In termini generali su autorizzazione unica e procedimento unico cfr. M. Falcione, *Diritto dell'energia. Fonti rinnovabili e risparmio energetico*, Quaderni dell'AIEE, 2008, 109 ss. Per un'attenta disamina delle differenze tra il regime autorizzatorio applicabile agli impianti alimentati da fonti rinnovabili e quello applicabile agli impianti termoelettrici si veda E. Grippa, L. Manca, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008, 248 ss. In particolare sugli impianti termoelettrici si veda E. Picozza (a cura di), *Il nuovo regime autorizzatorio degli impianti di produzione di energia elettrica*, Torino, 2003.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> A tal proposito, tuttavia, non ci si può esimere dall'osservare che talvolta l'operato delle Amministrazioni locali non risulta coerente con l'intento citato: circostanza che spesso chiama la giurisprudenza di ribadire l'importanza del rispetto delle modalità procedurali stabilite dalla normativa nazionale che impone alle amministrazioni coinvolte di esprimersi all'interno di una conferenza di servizi, senza aggirare o derogare arbitrariamente la disciplina.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Cfr. art. 11, comma 8 e art. 16 della Legge n. 11 del 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Ai sensi della lett. e), punto 2 dell'Allegato B del d.P.R. 12 aprile 1996 "gli impianti industriali per per la produzione di energia mediante lo sfruttamento del vento" rientrano tra le opere soggette ex lege a valutazione di impatto ambientale, salvo diversa disposizione regionale. Diversamente, nei casi in cui la VIA non sia imposta per legge, deve essere preliminarmente effettuato il c.d. screening, ovvero una valutazione preliminare circa la necessità di assoggettare un'opera a VIA: all'esito di tale fase o il progetto sarà esentato dalla valutazione o si procederà alla fase di valutazione di impatto ambientale strictu sensu. In generale sull'istituto della VIA si veda R. Lombardi, Impatto ambientale e gestione del territorio, in R. Ferrara (a cura di), La valutazione di impatto ambientale, Padova, 2000, G. Rossi, Diritto dell'ambiente, Torino, 2008, A. Crosetti, F. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, Diritto dell'ambiente, Roma-Bari, 2008 e A. Gandino, Valutazione di impatto ambientale: alcune precisazioni giurisprudenziali, in Foro amm.- TAR, 2004, 12. In particolare sulla tematica della valutazione di impatto ambientale per gli impianti energetici si rimanda a A. Gandino, Valutazione di impatto ambientale. Prime osservazioni sulla legge 9 aprile 2002, n. 55, in Sanità pubbl. e

alla normativa richiamata ed individua il soggetto competente al rilascio nell'Assessorato regionale ai beni culturali ambientali.

Come noto, la VIA costituisce uno strumento di politica ambientale attraverso il quale si mira a prevedere gli effetti sull'ambiente di progetti pubblici o privati per opere o interventi sul territorio e ha ad oggetto il giudizio di compatibilità ambientale della localizzazione di un'opera da realizzare e l'ambiente non è predeterminato, è necessario in primo luogo valutare la sua effettiva incidenza ambientale e in un secondo momento ponderare comparativamente l'interesse alla tutela dell'ambiente e l'interesse sotteso all'opera stessa 11.

In relazione alla problematica posta all'esame dei giudici siciliani occorre sottolineare che l'art. 5 del citato decreto prevede che l'autorità competente ad esprimere il giudizio di compatibilità ambientale possa indire una o più conferenze di servizi, ai sensi dell'art. 14, comma 2, della legge n. 241 del 1990, alla quale partecipano i rappresentati legittimati ad esprimere definitivamente la volontà dell'amministrazione di appartenenza.

Dalle considerazioni fin qui svolte, appare piuttosto evidente che in materia di realizzazione di impianti eolici la contestuale emersione di interessi tra loro contrapposti<sup>12</sup> impone un'attenta valutazione e comparazione degli stessi, com-

priv., 2003, 277; S.A. Frego Luppi, L'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio delle infrastrutture energetiche, in *Dir. amm.*, 2007, 502 e M. R. Vittadini, *La valutazione dell'impatto ambientale degli impianti eolici*, in G. Silvestrini, M. Gamberale (a cura di), *Eolico: paesaggio e ambiente*, Roma, 2004

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Sul punto cfr. Consiglio Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2006, in www.ambientediritto.it in cui si legge che "la nozione di impatto ambientale implica necessariamente che le opere da valutare abbiano comunque un'incidenza sugli elementi naturalistici del territorio, modificandoli in misura più o meno penetrante, giacché tale valutazione è finalizzata a stabilire se le alterazioni conseguenti alla realizzazione delle opere possano ritenersi accettabili alla stregua di un giudizio comparativo che tenga conto da un lato la necessità di salvaguardare preminenti valori ambientali, dall'altro l'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera, potendo gli organi amministrativi preposti al procedimento di VIA dettare prescrizioni e condizioni per meglio garantire la compatibilità ambientale dell'opera progettata".

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Per una precisa ricostruzione delle ultime novità legislative e giurisprudenziali in tema di VIA si rimanda a S. Valeri, *La valutazione di impatto ambientale dopo il D.lgs. 4/2008*, in www.giustamm.it.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> La valutazione di impatto ambientale, dunque, si compone di due momenti: l'uno connotato da un giudizio tecnico-scientifico, l'altro caratterizzato dall'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'amministrazione che, dopo aver acquisito il dato tecnico, se ne servirà per individuare il giusto assetto degli interessi coinvolti nel procedimento.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> In relazione alla realizzazione di parchi eolici è ancora oggi ampiamente dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza l'annosa questione del bilanciamento fra tutela paesaggistica e tutela ambientale. Sul punto cfr. F. De Leonardis, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 889 che, considerando la tutela dell'ambiente in termini di assoluta autonomia rispetto a quella paesaggistica, ricostruisce tutta una serie di criteri di bilanciamento tra i due interes-

parazione che deve essere effettuata necessariamente in sede di conferenza di servizi (conformemente, tra l'altro, alle finalità di tale istituto)<sup>13</sup>.

L'esigenza di un serio contraddittorio, che deve imperniare tutto il procedimento, sembra essere ancor più stringente in tale materia, in considerazione dell'importanza che l'ordinamento conferisce all'incremento di produzione di energia eolica<sup>14</sup>. E tale contraddittorio si mostra strumentale anche alla necessità di contemperare tutti gli interessi pubblici coinvolti nel procedimento, cosicché nessuna delle Amministrazioni coinvolte possa legittimamente esprimersi al di fuori della conferenza.

Come noto, peraltro, l'art. 14, comma 2 della legge sul procedimento amministrativo, come modificato dall'art. 8 della legge n. 15 del 2005, ha reso obbligatoria la conferenza di servizi in tutti i casi in cui sia necessario acquisire "intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre Amministrazioni" e queste non siano state ottenute entro 30 giorni dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della relativa richiesta. A ciò si aggiunga inoltre che, ai sensi dell'art. 14-ter, comma 6-bis della legge n. 241 del 1990, una volta conclusi i lavori della conferenza "l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede". In virtù di tale assunto, ai fini della piena ed effettiva realizzazione del principio di maggioranza, è necessario che ad essa prendano parte tutte le amministrazioni interessate.

Così delineato dunque il contesto normativo, tutte le amministrazioni – nel caso di specie anche la Soprintendenza appellante – nell'ambito del *sub* procedimento per il rilascio della VIA, ai fini della realizzazione di un impianto eolico, sono tenute ad adottare le proprie determinazioni in sede di conferenza di servizi, all'interno del procedimento unificato di cui all'art. 12 del D.lgs. n. 387 del 2003. Nel caso in esame, infatti, solo in tal modo si può realizzare il necessario contemperamento dei diversi interessi in gioco: da un lato la tutela dell'ambiente attraverso l'incremento della produzione di energia "verde", dall'altro la tutela del paesaggio. A tal proposito si è recentemente espresso il TAR Sicilia

si in gioco. Si veda, inoltre, E. Santoro, L'autorizzazione alla realizzazione di impianti di energia eolica tra tutela dell'ambiente e tutela paesaggistica, in Riv. giur. Amb., 2007, 2, 370 e P. Lombardi, La realizzazione degli impianti di produzione di energia eolica tra ponderazione degli interessi e cooperazione istituzionale, in Riv. giur. edil., 2007, 2, 1650.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Cfr. TAR Sicilia, Palermo, 27 maggio 2008, n. 683 in www.giustizia-amministrativa.it.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Sul punto v. TAR Sicilia, Palermo, 26 febbraio 2008, n. 267 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui "sul piano logico-sistematico va osservato che la legge non solo parla di autorizzazione unica ma precisa che la stessa "è rilasciata nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico, ossia nel rispetto di tutti i possibili valori coinvolti meritevoli di tutela".

affermando a chiare lettere che "nella materia degli impianti eolici l'emersione e la comparazione degli interessi in gioco deve essere effettuata esclusivamente nella sede della conferenza di servizi"<sup>15</sup>.

Dall'attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento operata dal Consiglio di Giustizia, dunque, appare evidente che il potere esercitato dalla Soprintendenza rinviene la sua legittimazione esclusivamente all'interno di un *sub* procedimento che deve realizzarsi in seno alla conferenza di servizi. Ne consegue che la Soprintendenza – astrattamente titolare del potere di valutazione sulla compatibilità paesaggistica dell'impianto eolico da realizzare – non essendosi espressa all'interno della procedura di cui si è detto, nel manifestare la propria volontà in un momento diverso "si è comportata alla stregua di un'Autorità amministrativa priva di alcun potere in materia" le.

La pronuncia in commento si inserisce all'interno del dibattito dottrinale<sup>17</sup> e giurisprudenziale<sup>18</sup> circa la natura giuridica della conferenza di servizi che viene talora qualificata come organo collegiale, tal'altra come metodo del procedimento e "fattispecie dell'attività amministrativa"<sup>19</sup>. Nell'ambito di tale disputa, come noto, la dottrina maggioritaria nega che la conferenza di servizi sia un organo collegiale asserendo che al suo interno ciascuna amministrazione conservi la propria competenza al punto che ogni singola determinazione abbia una propria natura autonoma, non andando a confluire in un unico atto finale collegiale<sup>20</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Cfr. su tutte TAR Sicilia, Palermo, 27 maggio 2008, cit. in cui si legge che "tuttavia nell'ipotesi in cui il parere sia espresso al di fuori della conferenza di servizi nel possibile conflitto tra le esigenze correlate all'esercizio delle attività imprenditoriali, finalizzata alla produzione (con modalità non inquinanti) di energia elettrica, e quelle sottese alla tutela di valori non economici (come la tutela del paesaggio), l'amministrazione deve ricercare non già il sacrificio totale delle une e la preservazione delle altre secondo una logica meramente inibitoria, ma piuttosto una soluzione necessariamente comparativa".

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Nello stesso senso si vedano le pronunce del CGAR Sicilia, 11 aprile 2008, n. 295 in www.giustizia-amministrativa.it e del TAR Sicilia, Palermo, 27 maggio 2008, n. 683, ivi.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> La bibliografia in tema di conferenza di servizi e sua natura giuridica è molto ampia. Si vedano, tra gli altri, i lavori di F.G. Scoca, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 255; G.F. Cartei, *Servizi (conferenza di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999; P. Forte, *La conferenza di servizi*, Padova, 2000; D. D'Orsogna, *Conferenza di servizi e l'amministrazione della complessità*, Torino, 2002 e M.A. Quaglia, *La conferenza di servizi come strumento di semplificazione e di coordinamento degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Quad. reg.*, 2006, 39.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Cfr. ex multis Consiglio Stato, Sez. V, 25 gennaio 2003, n. 349 in Foro amm. - CDS, 2003, 120; Consiglio Stato, Sez. V, 9 dicembre 2003, n. 8080, ivi, 2003, 3762; Consiglio Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2004, n. 316, ivi, 2004, 193; Consiglio Stato, Sez. V, 5 aprile 2005, n. 1543 in www.giustizia-amministrativa.it e Consiglio Stato, Sez. VI, 3 marzo 2006, n. 102, ivi.

 $<sup>^{19}</sup>$  L'espressione è di F.G. Scoca,  $\it Attivit\`a~amministrativa,$  in  $\it Enc.dir.,$  Vol. VI, aggiornamento, Milano, 2002.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Il mancato riconoscimento della natura collegiale in capo alla conferenza di servizi determina, inoltre, la negazione della sua legittimazione processuale attiva e passiva.

Sulla medesima posizione si assestava anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale che concepiva la conferenza di servizi quale "strumento di raccordo tra pubbliche amministrazioni autonome, quale luogo giuridico di discussione in cui si raggiunge un accordo (...) e quindi quale metodo particolare del procedimento amministrativo"21. Tale tesi, che trovava tra l'altro il suo fondamento nell'interpretazione della norma di cui alla vecchia formulazione dell'art. 14, comma 2 della legge n. 241 del 1990, in virtù del quale ai fini del perfezionamento delle "determinazioni concordate" occorreva un consenso unanime delle amministrazioni coinvolte<sup>22</sup>, sembra essere condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa più recente formatasi successivamente alla novella del 2005: il Consiglio di Stato, ad esempio, con la pronuncia n. 2107 del 2007 ha sottolineato che "la conferenza di servizi (istruttoria e decisoria) non costituisce un organo collegiale, ma solo un modulo procedimentale (organizzativo) suscettibile di produrre un'accelerazione dei tempi procedurali e, nel contempo, un esame congiunto degli interessi pubblici coinvolti"23. In virtù di tale ricostruzione dell'istituto, inoltre, la conferenza di servizi rappresenterebbe uno strumento che non comporta modificazione o sottrazione delle competenze, né modificazione del tipo di espressione volitiva o di scienza che le amministrazioni sono tenute ad esprimere secondo la disciplina di più procedimenti amministrativi connessi o di un solo procedimento in cui siano coinvolti più interessi<sup>24</sup>.

La posizione espressa dalla pronuncia in commento, al contrario, fa registrare un orientamento teso al riconoscimento della conferenza di servizi quale organo collegiale, funzionante secondo le modalità tipiche di tali organi: "se la partecipazione ad un organo collegiale comporta l'obbligo di tutti i componenti

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Cfr. Corte Cost., 16 febbraio 1993, n. 62 in *Foro amm.*, 1993, 1771. Dalla ricostruzione della natura giuridica dell'istituto operata dalla suprema Corte emerge un modello di conferenza quale espressione della semplificazione, con capacità di accelerazione dell'azione amministrativa e che trova il suo fondamento nell'art. 97, comma 1 della Costituzione e, dunque, nel principio di buon andamento dell'amministrazione.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Inoltre, il comma 3 dell'art. 14 prevedeva, allo scopo di evitare che inerzie ingiustificate avrebbero ritardato inutilmente l'iter procedurale, un meccanismo di "assenza assenso" in base al quale la mancata partecipazione alla conferenza di amministrazioni regolarmente invitate equivaleva ad assenso. Tale disposizione non valeva nei confronti delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e della salute dei cittadini (c.d. interessi pubblici a tutela rinforzata), i cui assensi dovevano essere necessariamente espliciti.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Cfr. Consiglio Stato, Sez. V, 8 maggio 2007, n. 2107 in Foro amm. - CDS, 5, 1495.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Nega a chiare lettere tale lettura dell'istituto D. D'Orsogna, *La conferenza di servizi: natura giuridica*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 373. L'A. sottolinea più volte nel suo lavoro come la conferenza di servizi non possa essere ricondotta al modello dell'organo collegiale: la conferenza non è nemmeno qualificabile come organo ma come "strumento procedimentale ed operativo. Si tratta di una riunione in un solo luogo o sede di discussione di uffici diversi o diverse amministrazioni, senza modificazione di competenze e in particolare senza trasferimento di poteri dei singoli partecipanti alla riunione (...) ad una struttura collegiale".

di concorrere alla formazione della volontà, ciò è altrettanto vero all'interno della conferenza di servizi (...), in cui il terreno d'elezione è quello dell'assenso (o del dissenso) non facoltativo"<sup>25</sup>. È utile rilevare come negli stessi termini si sia pronunciato anche il TAR Lombardia in relazione ad una vicenda molto simile al caso in esame: a parere del giudice amministrativo, infatti, la conferenza di servizi indetta nell'ipotesi di realizzazione di centrali eoliche – regolata, come *supra* osservato, ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. 12 aprile 1996 – è svolta in base al modello degli organi collegiali.

Le affermazioni dei giudici siciliani, rappresentano, peraltro, un *revirement* all'interno dello stesso Consiglio di Giustizia Amministrativa che aveva precedentemente negato la natura di organo collegiale perfetto della conferenza di servizi, inquadrandola piuttosto come modalità di semplificazione dell'azione amministrativa, finalizzata, nella sua accezione decisoria, alla più celere formazione di atti complessi, ossia di atti per la cui formazione è necessario il concorso di volontà di più amministrazioni. Con la sentenza n. 523 del 2006, ad esempio, gli stessi giudici si erano pronunciati sulla legittimità di un parere negativo della Soprintendenza per i Beni Culturali ed Ambientali in relazione al rilascio di una concessione demaniale marittima per l'installazione di una gru di alaggio e varo di imbarcazioni da diporto, espresso al di fuori dei lavori della sede conferenziale<sup>26</sup>.

Il nuovo orientamento giurisprudenziale espresso dalla pronuncia in esame risponde alle modifiche che la disciplina della conferenza di servizi ha subito negli ultimi anni<sup>27</sup>: come rilevato, infatti, la norma di cui all'art. 14-*ter* definisce, tra l'altro, le modalità temporali del dissenso prevedendo proprio che esso debba essere manifestato nella conferenza. Il legislatore ha pertanto escluso la possibilità del c.d. dissenso postumo esprimendo un chiaro *favor* per il risultato positivo della conferenza: si è voluto, dunque, implicitamente ammettere che l'amministrazione procedente possa adottare una determinazione positiva anche in presenza di dissensi plurimi<sup>28</sup>.

Parte della dottrina<sup>29</sup> ha, a tal proposito, osservato che proprio tale nuovo

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Cfr. le considerazioni svolte da I. IMPASTATO, *Sulla* vexata quaestio *del "dissenso postumo"* extraconferenziale, in www.giustamm.it.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Cfr. Cons. Giust. Amm., 21 settembre 2006, n. 523 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Nello stesso senso cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 135 in *www.giustamm.it*, Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5620, *ivi*.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Sull'evoluzione dell'istituto cfr. F. Bassanini, L. Carbone, *La conferenza di servizi. Il modello e i principi*, in V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Torino, 2006, 173 e D. D'Orsogna, *La conferenza di servizi: i procedimenti, ivi*, 201.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Cfr. sul punto le considerazioni di M. Talani, *La conferenza di servizi. Nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008, 172.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Così G. Ciaglia, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *www.giustamm.it* secondo il quale "la conferenza di servizi appare assai più simile ad un organismo collegiale che si espri-

meccanismo introdotto dalla novella del 2005 porterebbe a connotare la conferenza di servizi – atteso che all'assenso delle amministrazioni coinvolte si sostituisce la maggioranza – quale luogo di alterazione dell'ordine delle competenze.

Evidentemente il legislatore, al fine di rafforzare la natura semplificatoria dell'istituto, con la novella legislativa del 2005 ha inteso sancire un principio chiaro: le amministrazioni coinvolte in una conferenza di servizi, ove regolarmente invitate a partecipare, hanno l'obbligo di esprimersi all'interno della stessa<sup>30</sup>.

Dai rilievi svolti emerge, dunque, che in base all'orientamento espresso dai giudici siciliani la competenza delle amministrazioni partecipanti alla conferenza assume un tale grado di infungibilità da far ritenere illegittimo per incompetenza assoluta il provvedimento dell'amministrazione (nel caso di specie la Soprintendenza) reso al di fuori della conferenza stessa<sup>31</sup>. Viene, in altri termini, teorizzato il principio dell'irripetibilità del momento decisorio conferenziale: l'amministrazione procedente, infatti, nell'adottare l'atto terminale – come *supra* rilevato – deve tener conto esclusivamente delle determinazioni acquisite in sede di conferenza, circostanza che determina un venir meno delle competenze delle amministrazioni che non si sono espresse ma che erano state legittimamente invitate perché competenti.

Sulla base di tali considerazioni l'organo di secondo grado di giustizia amministrativa della Regione siciliana ha osservato che la Soprintendenza ai Beni Culturali Ambientali, competente ad esprimersi nell'ambito del *sub* procedimento volto al conseguimento della VIA per la realizzazione di una centrale eolica, non avendo reso la propria determinazione in sede conferenziale, ha automaticamente delegittimato l'esercizio del proprio potere. A parere dei giudici, infatti, di fronte ad una disposizione di legge inequivocabile – quella di cui art. 12 del D.lgs. 387/2003 – "anche quando un potere spetti astrattamente ad un'Amministrazione, lo stesso deve necessariamente essere esercitato all'interno della procedura prevista; (...) tale potere, infatti, non le compete assolutamente (...), se non nell'ambito della medesima procedura".

L'analisi della posizione assunta dai giudici siciliani in relazione alla vicenda posta alla loro attenzione consente una riflessione conclusiva: se da un lato l'emersione di interessi ambientali determina, in generale, una minore accelerazione e semplificazione del procedimento<sup>32</sup>, dall'altro con specifico riferimento al settore energetico, ancorché vengano in rilievo interessi che rivestono natura

me a maggioranza dei votanti, talché la decisione finale non consiste in un accordo ma nell'approvazione di una proposta di provvedimento".

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Così I. Impastato, Sulla vexata quaestio del "dissenso postumo" extraconferenziale, cit.

 $<sup>^{31}</sup>$  Fa riferimento alla categoria dell'infungibilità degli atti conferenziali I. Impastato,  $\it Sulla \, vexata quaestio \it del "dissenso \it postumo", cit.$ 

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Cfr. le riflessioni di A. Maglieri, *L'emersione dell'interesse ambientale: prospettive e limiti della semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 848 con ampi riferimenti bibliografici.

ambientale, paesaggistica, sanitaria, si assiste al tentativo di semplificare sempre più l'azione amministrativa<sup>33</sup>.

In conclusione, dunque, non si può trascurare di considerare come la semplificazione dell'azione amministrativa – almeno in relazione ad alcuni singoli settori – si vada sempre più a configurare come un "valore assoluto non negoziabile" <sup>34</sup>. Tuttavia, se è vero da un lato – come è stato rilevato in dottrina <sup>35</sup> – che molto spesso una pedissequa applicazione dei principi di semplificazione condurrebbe ad una logica di "risultato a tutti i costi" a discapito di quella che dovrebbe essere un'attenta ed equa comparazione degli interessi in gioco<sup>36</sup>, dall'altro lato non può negarsi che nello specifico settore degli impianti di energia alimentati da fonti rinnovabili esiste una dettagliata disciplina comunitaria, contenuta nella direttiva 2001/77/CE, che vincola gli Stati membri ad adottare delle procedure quanto più snelle possibili al fine di incrementare la produzione di energia pulita.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Cfr. S.A. Frego Luppi, *Autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di infrastrutture energetiche, cit.* 506.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> L'espressione è di R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police, *Ambiente ed attività amministrativa*, pubbl. A.I.D.U n. 10, Milano, 2006, 356.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Cfr. le riflessioni di G. Corso, *Perché la complicazione?*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 325 e di M.R. Spasiano, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in questa *Rivista*, 2009, p. 63 ss

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Cfr. M.R. Spasiano, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa, cit.* L'A. sostiene che l'applicazione dei meccanismi di semplificazione amministrativa non debba implicare "indiscriminati tagli di garanzie in ragione e in vista di maggiore agilità delle procedure, quanto predisposizione di regole e strumenti efficaci, dai tempi certi".



# Osservatorio Parlamentare Regionale n. 1/2009

Lo spazio che segue, significativamente denominato Osservatorio parlamentare regionale, contiene dati qualitativi e quantitativi, elementi, documentazione volta a rappresentare le tematiche, i problemi, le questioni affrontate dall'Assemblea regionale siciliana nel periodo di volta in volta preso in considerazione.

L'Osservatorio, a cura dell'Assemblea regionale siciliana, consta di due parti: la prima dedicata all'attività legislativa del Parlamento e redatta dal Servizio Studi e affari europei, la seconda relativa all'attività ispettiva e di indirizzo politico, a cura del Servizio lavori d'Aula.

Si tratta di fornire, per il periodo interessato, uno spaccato dei temi affrontati o delle problematiche sul tappeto nell'ambito dell'attività del Parlamento regionale.

La produzione delle leggi è il principale scopo dell'Assemblea regionale siciliana. Si tratta di un'attività a volte complessa e bisognevole di un'istruttoria, di un corretto procedimento, dell'osservanza di regole. Abbiamo scelto di soffermarci sui casi in cui si è pervenuti all'approvazione di una legge da parte dell'Assemblea, quando, cioè, l'iter della proposta legislativa si è concluso. Gli schemi e le tabelle allegati contengono un'elencazione alla quale corrisponde e si affianca l'indicazione di una serie di parametri che, sia pur sinteticamente, danno contezza della tipologia, della natura, dell'iniziativa, delle peculiarità degli atti esaminati.

Abbiamo ritenuto dispersiva e poco utile un'elencazione arida e asettica di dati, che peraltro sarebbe stata ripetitiva considerato che molti dati ed elementi conoscitivi sull'attività in questione sono presenti sul sito dell'Assemblea www.ars.sicilia.it al quale rinviamo per gli approfondimenti sui contenuti e sul percorso procedurale nonché sul dibattito relativo alle leggi in esame.

Per arricchire la documentazione gli atti, accompagnati da sintetiche sommarie descrizioni, sono stati raggruppati per macrosettori o aree di riferimento. Le suddette classificazioni sono state mutuate, seppure con adattamenti, dal Rapporto sulla legislazione annualmente pubblicato a cura della Camera dei deputati e del CNR regioni, con la collaborazione, per la parte concernente la legislazione regionale, degli uffici studi delle Regioni.

Per ciò che concerne l'attività ispettiva e di indirizzo politico le scelte effettuate danno indicazioni, oltre che sulla quantità, anche sulla qualità e sul merito di alcuni provvedimenti esaminati dall'Assemblea e ritenuti di particolare importanza o rilievo istituzionale o di maggiore attualità.

#### ATTIVITÀ PARLAMENTARE

a cura del Servizio studi e affari europei dell'Assemblea regionale siciliana

Brevi abstracts delle leggi approvate dall'inizio della XV legislatura al primo trimestre del 2009

La XIV legislatura si è conclusa con le dimissioni anticipate del Presidente della Regione Cuffaro e l'approvazione nel gennaio 2008 della legge finanziaria e del bilancio regionale.

Gli abstract di seguito riportati hanno inizio pertanto con la prima legge regionale della XV legislatura, la n. 3/08, e terminano con la legge sul riordino del sistema sanitario approvata il 25 marzo scorso.

Si è inteso dare un quadro generale delle finalità perseguite con i provvedimenti legislativi in questione, precisando quale sia il fondamento normativo della potestà legislativa esercitata, e la natura della stessa nonché i soggetti titolari del relativo potere di iniziativa e l'eventuale proposta di impugnativa da parte del Commissario dello Stato. È stato inoltre segnalato il numero del disegno di legge che ha originato il provvedimento in modo da facilitarne eventuali ricerche sul sito web dell'Assemblea regionale siciliana.

### Legge 14 agosto 2008, n. 3

Norme per il recupero e il riconoscimento della valenza dei mercati storici sulle aree pubbliche

La legge prevede e disciplina la possibilità di riconoscere a taluni mercati lo status di mercato storico allo scopo di favorire iniziative di promozione e valorizzazione dei mercati da parte della Regione, delle province, dei comuni, delle camere di commercio, di istituzioni culturali, accademiche e scolastiche e di operatori commerciali in aree pubbliche e loro associazioni di categoria. Tali soggetti sono altresì coloro cui è attribuita l'iniziativa per il riconoscimento.

Si prevede inoltre che i comuni, attraverso i propri strumenti urbanistici, debbano procedere all'individuazione dei luoghi identificati come sede tradizionale dei mercati storici e prevedere misure volte alla loro riqualificazione nonché al mantenimento dei mercati in tale sede.

Iniziativa parlamentare ddl n. 36

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di commercio (art. 14, lett. d) dello Statuto)

Legge di settore.

# Legge 14 agosto 2008, n. 4

Norme urgenti per la continuità territoriale con le isole minori ed interventi per il turismo

Le legge incrementa la dotazione finanziaria dell'apposito capitolo del bilancio della Regione relativo ai servizi di collegamento marittimo fra la Sicilia e le sue isole minori. Allo scopo di incentivare il turismo si aumenta inoltre la dotazione finanziaria del capitolo del bilancio della Regione riguardante il finanziamento di manifestazioni turistiche.

Iniziativa governativa ddl n. 101

Esercizio di potestà legislativa concorrente in materia di trasporti (art. 17, lett. f) dello Statuto)

- Legge di manutenzione normativa.

## Legge regionale 14 agosto 2008, n. 5

Interventi in favore della sicurezza dei voli negli aeroporti

La legge regionale n. 5 del 2008 (Interventi in favore della sicurezza dei voli negli aeroporti) detta, in due articoli, una deroga alla procedura di pianificazione urbanistica di cui agli artt. 15 e 16 della legge regionale n. 78 del 1976.

Sebbene i riferimenti normativi espressamente indicati nella legge siano solo gli artt. 15 e 16 della legge regionale n. 78 del 1976, occorre rilevare che dalla norma risultano interessate altre due disposizioni, ovvero l'art. 57 legge regionale n. 71 del 1978 e l'art. 7 della legge regionale n. 65 del 1981.

Si tratta di una legge diretta a consentire opere di manutenzione ordinaria, straordinaria, di ammodernamento e di potenziamento, strettamente funzionali all'operatività e alla sicurezza dei voli negli aeroporti siciliani. Il provvedimento trae origine dall'esigenza di poter procedere all'installazione di impianti o dispositivi volti a rilevare la presenza ed il grado di pericolosità dei venti per le manovre di atterraggio e di decollo degli aeromobili, a beneficio di una maggiore sicurezza del trasporto aereo nel territorio dell'isola.

Iniziativa parlamentare ddl n. 131

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di assetto del territorio ed urbanistica (art. 14, lett. f) dello Statuto)

- Legge di manutenzione normativa.

## Legge regionale 25 settembre 2008, n. 6

Assestamento del bilancio della regione e del bilancio dell'Azienda delle foreste demaniali della Regione siciliana per l'anno finanziario 2008

La legge regionale n. 6 del 2008 (Assestamento del bilancio della regione e

del bilancio dell'Azienda delle foreste demaniali della Regione siciliana per l'anno finanziario 2008) opera, in 6 articoli, variazioni allo stato di previsione dell'entrata e della spesa del bilancio della Regione e del bilancio dell'azienda delle foreste demaniali della Regione siciliana.

Si tratta di norme predisposte in attuazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge regionale 8 luglio 1977, n. 47, che adeguano la previsione dell'avanzo finanziario presunto iscritto nel bilancio dell'esercizio finanziario corrente e la dotazione del fondo iniziale di cassa iscritto nel Quadro di previsione di cassa dell'esercizio corrente, alle risultanze della gestione dell'anno 2007 accertate con il rendiconto generale consuntivo della Regione, parificato dalla Corte dei Conti in data 30 giugno 2008.

Iniziativa governativa ddl n. 164

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici regionali e degli enti regionali (art. 14, lett. p) dello Statuto) e di potestà legislativa in materia di bilancio (art. 19 dello Statuto)

- Legge di manutenzione normativa.

# Legge regionale 25 settembre 2008, n. 7

Rendiconto generale della Regione e dell'Azienda delle foreste demaniali, per l'esercizio finanziario 2007

La legge regionale n. 7 del 2008 (Rendiconto generale della Regione e dell'Azienda delle foreste demaniali, per l'esercizio finanziario 2007) in 14 articoli approva il Rendiconto generale della Regione e dell'Azienda foreste demaniali per l'esercizio finanziario 2007, in seguito all'esame e al giudizio di parificazione della Corte dei Conti a Sezioni Riunite. Sulla base dell'articolo 19 dello Statuto il Rendiconto generale della Regione deve essere presentato all'Assemblea che, con legge, approva i risultati della gestione.

Dall'esame del Rendiconto risulta che le entrate complessivamente accertate nel 2007 risultano inferiori alle previsioni definitive. Uno scostamento dato dall'effetto risultante, da un lato, dei maggiori accertamenti delle entrate correnti (e tra queste in particolare delle entrate tributarie) e, dall'altro, della diminuzione di quelle in conto capitale e del mancato ricorso al mercato finanziario.

Iniziativa governativa ddl n. 163

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici regionali e degli enti regionali (art. 14, lett. p) dello Statuto) e di potestà legislativa in materia di bilancio (art. 19 dello Statuto)

- Legge di manutenzione normativa.

### Legge 25 settembre 2008, n. 8

Integrazione dell'articolo 27 della legge regionale 6 febbraio 2008, n. 1 'Disposi-

zioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2008', recante modifiche alla legge regionale 10 ottobre 1994, n. 37 'Provvedimenti in favore di cooperative agricole'

La normativa regionale a sostegno delle cooperative agricole, tra i vari strumenti, prevede che siano assunte a carico del bilancio della Regione le garanzie concesse dai soci a favore delle cooperative stesse. Nell'ambito di tale intervento l'Assessore regionale per la cooperazione, il commercio, l'artigianato e la pesca è autorizzato a concludere transazioni con i creditori, nella misura del 60% dei debiti garantiti, con contestuale liberazione integrale dei garanti.

La legge regionale interviene stabilendo che l'accettazione della suddetta transazione costituisce criterio di priorità temporale di trattazione nello scorrimento delle graduatorie, per la concessione del beneficio, approvate alla data di entrata in vigore legge stessa.

Iniziativa parlamentare ddl n. 143

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di agricoltura (art. 14, lett. a) e di potestà legislativa concorrente in materia di cooperazione (art. 17 lett. f) dello Statuto)

- Legge di manutenzione normativa.

# Legge 8 ottobre 2008, n. 9

'Norme per la nomina del revisore contabile di Riscossione Sicilia S.p.A. Abrogazione di norma in materia di revoca di contributi concessi dalla Regione'

La legge n. 9 del 2008, recante *Norme per la nomina del revisore contabile di Riscossione Sicilia s.p.a.*. *Abrogazione di norma in materia di revoca di contributi concessi dalla Regione*, interviene in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 231 del 23 giugno 2008, mediante la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo n. 3 della legge regionale 5 dicembre 2006, n. 21.

Tale articolo disponeva che 'al fine di garantire le finalità di cui al disposto dell'articolo 3, comma 3, del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, recepito dall'articolo 2 della legge regionale 22 dicembre 2005, n. 19, il revisore contabile è scelto dall'Amministrazione regionale tra i magistrati della Corte dei conti, in servizio presso gli uffici della Corte dei conti aventi sede in Sicilia, in possesso, per tutta la durata del mandato, dei requisiti di cui all'articolo 2409-quinquies del codice civile'.

Al riguardo, i giudici costituzionali hanno ritenuto che la norma in questione costituisse un vulnus ai principi di indipendenza e imparzialità dei magistrati della Corte dei Conti, perché non solo limitava la scelta del revisore contabile di Riscossione Sicilia SpA tra i soli magistrati operanti nella nostra Regione, ma attribuiva detta scelta all'esclusivo apprezzamento dell'Amministrazione regionale.

Alla luce di tale decisione, al fine di garantire la funzionalità della società di riscossione, si pose la necessità di reintrodurre nell'ordinamento giuridico regio-

nale una norma per l'individuazione e la designazione del revisore contabile della predetta società.

Pertanto, l'articolo 1 dispone che il revisore contabile di Riscossione Sicilia SpA sia un magistrato della Corte dei Conti, dalla stessa designato. Inoltre, allo scopo di contenere le spese, nel caso in cui il magistrato prescelto risieda fuori dal territorio regionale, è prevista la corresponsione delle spese di viaggio effettivamente sostenute, alle condizioni e nella misura stabilite dall'articolo 84 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Iniziativa parlamentare ddl n. 165

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento regionale (art. 14, lett. p) dello Statuto)

- Legge di settore.

# Legge regionale 9 ottobre 2008, n. 10

Istituzione della Conferenza permanente per la programmazione sanitaria e socio-sanitaria

La legge istituisce presso l'Assessorato regionale della sanità la Conferenza permanente per la programmazione sanitaria e socio-sanitaria, quale organismo rappresentativo delle autonomie locali nell'ambito della programmazione sanitaria e socio-sanitaria, con funzioni di indirizzo e programmazione in materia sanitaria e sociale. Nel procedere all'istituzione di tale organo, si è data attuazione al comma 2 bis dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 502 del 1992. La Conferenza è chiamata ad esprimere parere sul progetto del piano sanitario regionale, sui programmi regionali di edilizia sanitaria, e nelle ipotesi di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 3 bis del decreto legislativo n. 502 del 1992, ossia nei casi in cui si debba decidere, sulla base di una verifica degli obiettivi raggiunti, se confermare o meno l'incarico di direttore di azienda ospedaliera dopo diciotto mesi dalla nomina ovvero nei casi in cui si intenda dichiarare la decadenza di un direttore generale di azienda sanitaria per gravi motivi o per carenze gestionali ovvero a causa di comportamenti illegittimi.

Iniziativa governativa ddl n. 173

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e degli enti regionali (art. 14, lett. p) dello Statuto) e concorrente in materia di igiene e sanità pubblica e assistenza sanitaria (art. 17 lett. b) e c) dello Statuto)

- Legge di settore.

# Legge regionale 29 ottobre 2008, n. 11

Interventi in favore dello svolgimento dell'attività sportiva connessa all'esercizio del gioco del golf

La legge regionale reca misure in favore dell'esercizio del gioco del golf.

In particolare, la disposizione in esame, al fine di semplificare la realizzazione delle strutture, che prevedono un minimo impatto sul territorio, stabilisce che l'autorizzazione del comune competente sostituisca la concessione per gli interventi diretti alla realizzazione dei campi da golf. Si tratta di interventi che non costituiscono costruzioni ai sensi e per gli effetti della lettera a) del primo comma dell'articolo 15 della legge regionale 12 giugno 1976, n. 78, norma che stabilisce un vincolo di inedificabilità entro 150 metri dalla battigia. Ciò nel presupposto che per costruzioni entro 150 metri dalla battigia si debbano intendere quelle alterazioni morfologiche di consistente rilevanza che possano costituire una lesione all'equilibrio del sistema costiero.

Iniziativa parlamentare ddl n. 122

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di urbanistica (art. 14, lett. f) dello Statuto)

- Legge di settore.

# Legge 14 novembre 2008, n. 12

Norme di controllo del sovrappopolamento di fauna selvatica o inselvatichita in aree naturali protette

Le legge attribuisce agli Enti gestori delle aree naturali protette la competenza a predisporre piani selettivi di cattura e/o di abbattimento di fauna selvatica o inselvatichita allo scopo di porre rimedio a possibili squilibri degli ecosistemi dovuti ad uno sviluppo abnorme della stessa nei parchi o nelle riserve naturali istituiti dalla Regione.

Si prevede che i piani di cattura e/o di abbattimento indichino la consistenza tendenziale delle specie animali in sovrappopolamento; le modalità, l'entità e il periodo di cattura e/o di abbattimento nonché le risorse finanziarie necessarie.

La legge è stata impugnata dal Commissario dello Stato e pertanto soggetta a promulgazione parziale con l'omissione degli articoli impugnati.

In particolare sono stati oggetto del ricorso, pubblicato nella GURS n. 59 del 24/12/2008, gli articoli 1, 3 e 4 per violazione degli articoli 9 e 117, 2° comma lettera s), 3 e 97 della Costituzione e dell'art. 14 dello Statuto. Il ricorso è stato pubblicato nella GURS n. 59 del 24 dicembre 2008.

Iniziativa parlamentare ddl n. 103

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di urbanistica (art. 14, lett. f) e di potestà concorrente in materia di igiene e sanità pubblica e assistenza sanitaria (art. 17, lett. b) e c) dello Statuto)

Legge di settore.

# Legge regionale 14 novembre 2008, n. 13

Disposizioni concernenti la Fondazione Federico II

La legge regionale contiene disposizioni concernenti la Fondazione Federi-

co II, ente di promozione dell'attività istituzionale e del patrimonio culturale regionale, istituita con legge regionale n. 44/1996 e con sede nel Palazzo dei Normanni a Palermo. La legge intende ricondurre all'Assemblea regionale siciliana poteri decisionali finora demandati ad organi di Governo.

La legge in oggetto interviene principalmente sulla legge istitutiva della Fondazione con due misure: eliminando tra le attività dell'ente la conservazione e l'ordinamento dell'archivio storico dell'autonomia dell'Assemblea regionale siciliana; escludendo i rettori delle università siciliane dall'organo di amministrazione della fondazione, che resta dunque composto dai membri del Consiglio di Presidenza dell'ARS e da tre soggetti indicati dal Presidente dell'ARS.

La legge inoltre attribuisce al Consiglio di Presidenza dell'ARS, organo interno dell'istituzione parlamentare regionale, la competenza sugli aspetti organizzativi e sulle funzioni turistiche del complesso monumentale "Palazzo Reale di Palermo".

Infine, nell'ottica di favorire lo sfruttamento di risorse previste dalla normativa comunitaria, viene riconosciuta alla Fondazione la natura di ente strumentale della Regione ai fini della partecipazione alle misure previste dagli strumenti di programmazione ed attuazione di fondi strutturali europei.

Iniziativa parlamentare ddl n. 203

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

- Legge di manutenzione normativa.

# Legge regionale 14 novembre 2008, n. 14

Disposizioni in materia di avviamento al lavoro dei lavoratori forestali impegnati nei servizi antincendio

La legge si pone l'obiettivo di modificare i criteri di cui all'articolo 59, commi 1 e 2, della legge regionale 6 aprile 1996, n. 16, che disciplinano la formazione delle graduatorie relative al contingente dei lavoratori impegnati nei servizi antincendio, come determinato e articolato dall'articolo 56 della medesima legge regionale n. 16 del 1996, con garanzie occupazionali di 101 giornate lavorative. La necessità del presente intervento legislativo si è manifestata a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 44, comma 3, della legge regionale 14 aprile 2006, n. 14, che ha previsto la creazione di un contingente di 935 lavoratori da impegnare nei servizi antincendio con garanzia occupazionale di 151 giornate lavorative, articolato nelle medesime qualifiche di cui al citato articolo 56 della legge regionale n. 16 del 1996. La predisposizione delle relative graduatorie è, infatti, avvenuta mediante l'utilizzo dei medesimi criteri di cui al sopracitato articolo 59, commi 1 e 2. Tuttavia tali criteri si sono rivelati ormai inadeguati, in quanto a loro volta ancorati a modalità di attribuzione di punteggi ormai superate. L'applicazione dei predetti

criteri ha condotto all'adozione di graduatorie caratterizzate da aspetti distorsivi che ne hanno reso difficile l'attuazione, tanto da rendere necessario l'intervento della Giunta regionale che ha disposto la sospensione delle graduatorie medesime. Al fine di garantire la massima efficienza ed efficacia delle attività antincendio a tutela del patrimonio boschivo e delle aree protette della Regione, la norma formula criteri nuovi tali da rimuovere gli aspetti critici dei precedenti.

Iniziativa parlamentare ddl n. 216, abbinato con ddl 228

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di agricoltura e foreste (art. 14, lett. a) dello Statuto)

Legge di manutenzione normativa.

# Legge regionale 20 novembre 2008, n. 15

Misure di contrasto alla criminalità organizzata

La legge regionale n. 15 del 2008 rappresenta, anche per il suo significato simbolico, uno dei più importanti interventi normativi della legislatura in corso. All'elaborazione del testo ha partecipato la Commissione speciale d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia in Sicilia, che ha coinvolto vari esperti e diverse associazioni operanti sul territorio.

Con la legge in esame la Regione intende assumere un ruolo attivo nella lotta alla mafia, intervenendo con diverse misure in settori importanti quali la scuola, gli appalti, la gestione dei patrimoni confiscati, le agevolazioni fiscali.

Le disposizioni più rilevanti riguardano la possibilità di attivare laboratori della legalità negli istituti scolastici d'istruzione primaria e secondaria, l'obbligo per gli aggiudicatari di appalti pubblici di attivare e utilizzare un conto corrente unico per le operazioni derivanti dall'appalto, interventi di natura finanziaria volti a favorire una migliore gestione dei patrimoni confiscati, l'istituzione di zone franche per la legalità (ZFL) per incentivare le denunce di estorsione da parte degli imprenditori.

Iniziativa parlamentare ddl n. 205

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di istruzione elementare (art. 14, lett. r) dello Statuto); lavori pubblici (art. 14, lett. g) dello Statuto); industria (art. 14, lett. d) dello Statuto)

Esercizio di potestà legislativa concorrente in materia di credito (art. 17, lett. e) dello Statuto)

Legge intersettoriale.

#### Legge 20 novembre 2008, n. 16

Misure urgenti per fronteggiare l'aumento dei carburanti nel settore della pesca nonché per il rilancio competitivo del settore

La legge interviene in più ambiti del settore della pesca. Per fronteggiare la

crisi determinata anche dal rialzo dei costi energetici e di produzione, si delinea un pacchetto di aiuti alle imprese fra cui sono previsti contributi per il caro gasolio e per altre finalità, nella misura massima consentita per gli aiuti c.d. "de minimis" dalla disciplina comunitaria.

Si prevede per tutte le imbarcazioni la possibilità di effettuare, entro il 31 dicembre 2008, un fermo di 30 giorni con le conseguente erogazione di compensazioni economiche ed indennità giornaliere.

Al fine di meglio attuare la disciplina comunitaria sulla tracciabilità dei prodotti ittici, si stabilisce che le direzioni dei mercati ittici trasmettano mensilmente al Dipartimento pesca del relativo assessorato i dati sulla quantità, qualità e prezzo, in funzione della provenienza e del luogo di cattura dei prodotti ittici locali.

Si incrementa il fondo di rotazione dell'Istituto per il credito alle cooperative (IRCAC).

Si modifica la composizione del Consiglio regionale della pesca disponendo che ne faccia parte anche il direttore regionale dell'Agenzia regionale della protezione dell'ambiente o un suo delegato.

Si precisano le finalità dell'Osservatorio della pesca del Mediterraneo cui vengono attribuiti i compiti di attivare studi in materia di innovazione, internazionalizzazione, mercato, finanza di distretto e dell'ambiente marino e redigere il rapporto annuale della pesca e dell'acquacoltura. Si finanzia inoltre, a regime, il funzionamento dell'Osservatorio per tali finalità, assumendo un impegno pluriennale di spesa per 100 milioni di euro l'anno a partire dal 2009.

Iniziativa governativa ddl n. 194

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di pesca (art. 14, lett. l) dello Statuto)

- Legge di settore.

# Legge regionale 20 novembre 2008, n. 17

Norme per la continuità del reddito minimo d'inserimento

La legge regionale n. 17 del 2008 contiene disposizioni concernenti il reddito minimo d'inserimento, una misura di contrasto della povertà e dell'esclusione sociale introdotta a livello statale in via sperimentale con decreto legislativo n. 237/1998.

La Regione con la legge regionale n. 5/2005 ha favorito l'applicazione di tale istituto prevedendo l'istituzione, nelle aree già destinatarie del reddito minimo d'inserimento, di programmi di lavoro destinati a supportare l'attività ordinaria dei servizi comunali, definiti cantieri di servizio.

La legge in esame, allo scopo di consentire la continuità dei servizi resi alla collettività nei comuni interessati, consente lo stanziamento di ulteriori fondi per l'anno 2009, modificando sul punto la precedente legge del 2005.

Le disposizioni introdotte dalla legge sono state in seguito abrogate dall'art. 3 delle legge regionale n. 1/2009.

Iniziativa parlamentare ddl n. 251

Esercizio di potestà legislativa concorrente in materia di lavoro (art. 17, lett. f) dello Statuto)

Legge di manutenzione normativa.

## Legge regionale 4 dicembre 2008, n. 18

Disciplina degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico

La legge colma un precedente vuoto nella legislazione regionale, stabilendo un'organica disciplina dell'ordinamento degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS) di diritto pubblico, trasformati e non trasformati in fondazioni, aventi sede nel territorio regionale, in conformità ai principi stabiliti dal decreto legislativo 16 ottobre 2003, n. 288 e successive modifiche e integrazioni e all'Atto di intesa dell'1 luglio 2004, emanato dalla Conferenza permanente Stato-Regioni relativo a "Organizzazione, gestione e funzionamento degli IRCCS non trasformati in fondazioni". La legge definisce anzitutto funzioni ed attività degli IRCCS, i quali "sono parte integrante del Servizio sanitario regionale nel cui ambito svolgono, secondo indicatori di eccellenza, funzioni di alta specialità relative alla ricerca biomedica, alle prestazioni assistenziali ed alla formazione, operando coerentemente con gli obiettivi della programmazione sanitaria regionale e della ricerca scientifica nazionale". Essa disciplina altresì l'organizzazione, gli aspetti patrimoniali e gestionali, le forme di vigilanza e controllo, lo status del personale.

Iniziativa parlamentare ddl n. 159

Esercizio di potestà legislativa concorrente in materia di igiene e sanità pubblica (art. 17 lett. b) dello Statuto)

Legge di settore.

# Legge regionale 16 dicembre 2008, n. 19

Norme per la riorganizzazione dei dipartimenti regionali. Ordinamento del Governo e dell'Amministrazione della Regione

La legge ridisegna la mappa dell'organizzazione amministrativa regionale. Nel titolo I viene ridefinita l'articolazione interna della Presidenza della Regione, nonché la configurazione dei dipartimenti regionali. Nel titolo II viene modificato l'assetto, oltre che dei dipartimenti, anche degli stessi assessorati regionali, e vengono fissate le sfere di competenza di questi ultimi e della Presidenza della Regione; viene inoltre soppressa l'Agenzia regionale dei rifiuti e delle acque. Si

dispone che le norme contenute nello stesso titolo II entrino in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2010 e si rinvia ad un successivo decreto del Presidente della Regione per la specificazione delle funzioni e dei compiti dei dipartimenti e dell'articolazione delle rispettive strutture intermedie.

La legge di riforma apporta delle modifiche alla tabella A, allegata alla legge regionale 15 maggio 2000, n. 10, nella quale è contenuto l'elenco dei dipartimenti regionali e degli uffici equiparati.

Apporta altresì modifiche all'art. 6 della legge regionale 29 dicembre 1962, n. 28, che individua gli assessorati regionali, agli articoli 7 e 8 della stessa legge, che definiscono le attribuzioni, rispettivamente, della presidenza e degli assessorati.

Iniziativa governativa e parlamentare ddl n. 197, abbinato con ddl nn. 80 e 112 Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e degli enti regionali (art. 14, lett. p) dello Statuto)

- Legge istituzionale.

# Legge regionale 20 dicembre 2008, n. 20

Norme in materia di gestione del Servizio idrico integrato e di personale

La legge interviene in materia di gestione del servizio idrico integrato e di disciplina dell'Ente acquedotti siciliani che, come è noto, si trova in stato di liquidazione dal 1° settembre 2004. Il provvedimento, oltre a contenere norme in materia di commissariamento delle autorità d'ambito che non hanno individuato il soggetto gestore del servizio idrico integrato, detta disposizioni sulle procedure di liquidazione dell'Ente Acquedotti siciliani e, segnatamente, sul personale che vi presta servizio.

Proprio la norma che dispone l'inserimento in un ruolo speciale fino ad esaurimento presso la presidenza della Regione del personale in servizio presso l'Ente, è stata fatta oggetto di impugnazione da parte del Commissario dello Stato. In particolare, l'Ufficio del Commissario rileva come l'inserimento nei ruoli regionali non sia connesso a comprovate e specifiche esigenze di pubblico interesse, risolvendosi in un provvedimento di carattere assistenziale, adottato al di fuori dei vincoli che, secondo Costituzione, incontrano i rapporti di pubblico impiego. Nella motivazione si legge che mediante tale disposizione si elude l'applicabilità dell'art. 97 della Costituzione, che impone il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione.

Si sostiene violato anche l'art. 3 della Costituzione. Il ricorso è stato pubblicato nella GURS n. 5 del 30 gennaio 2009.

Pertanto, la legge n. 20 del 2008 è stata pubblicata nella gazzetta ufficiale omettendo l'articolo 2 in quanto impugnato dal Commissario dello Stato ai sensi dell'art. 28 dello Statuto.

Iniziativa governativa ddl n. 192

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di acque (art. 14, lett. i) dello Statuto)

Legge di settore.

# Legge 16 dicembre 2008, n. 21

Iniziative a sostegno dei consorzi fidi. Misure a favore di soggetti pubblici regionali per le anticipazioni sulla liste di carico poste in riscossione

La legge contiene interventi per favorire l'accesso al credito delle piccole e medie imprese aderenti ai consorzi fidi. Sono previsti, inoltre, aiuti per sostenere e rafforzare i consorzi fidi nella misura massima consentita per gli aiuti "de minimis" dalla disciplina comunitaria, in particolare con un contributo di integrazione ai fondi rischi e con contributi ai consorzi che procedano a fusioni. Sono previsti altresì contributi per agevolare la trasformazione dei confidi in intermediari vigilati iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del Testo unico bancario.

Si apportano inoltre modifiche alla legge regionale 21 settembre 2005, n. 11 concernente la disciplina generale dei consorzi fidi.

Iniziativa parlamentare ddl n. 259

Esercizio di potestà legislativa concorrente in materia di credito (art. 17, lett. e) dello Statuto)

- Legge di settore.

# Legge regionale 16 dicembre 2008, n. 22

Composizione delle giunte. Status degli amministratori locali e misure di contenimento della spesa pubblica. Soglia di sbarramento nelle elezioni comunali e provinciali

La legge, in attuazione di indicazioni contenute nella legge finanziaria statale n. 244/2007, di cui sostanzialmente riproduce diverse disposizioni, si propone
anzitutto l'obiettivo di un contenimento dei costi della politica a livello locale,
prevedendo una riduzione del numero dei componenti delle giunte comunali e
provinciali ed incidendo in maniera restrittiva su vari aspetti dello "status" degli
amministratori locali (aspettative, permessi e licenze, indennità e gettoni di presenza, ecc.). Si prevedono limiti alla possibilità dei comuni di aderire a forme
associative e di dar vita a circoscrizioni di decentramento. Si introduce una
soglia di sbarramento del 5% nelle elezioni comunali e provinciali. Si stabiliscono misure varie volte alla riduzione della spesa pubblica locale (limitazione del
numero di componenti nominati dagli enti locali nelle società partecipate dagli
stessi enti e riduzione dei loro compensi, possibilità di attribuire competenze

gestionali agli assessori degli enti locali, ecc.). La legge apporta delle modifiche alla precedente normativa regionale ed in particolare alla legge regionale n. 48 del 1991 ed alla legge regionale n. 30 del 2000, le cui disposizioni in materia sono raccolte nel Testo unico degli enti locali pubblicato nella GURS 9 maggio 2000, n. 20-S.O.

È stato impugnato l'art. 24 della legge concernente la proroga dei contratti di affidamento provvisorio del servizio pubblico del trasporto su strada. La legge è stata pertanto promulgata con l'omissione del suddetto articolo.

Il ricorso nel quale si sostiene la violazione degli articoli 97, 117, primo e secondo comma lettera e) della Costituzione degli articoli 14 e 17 dello Statuto e dell'art. 4 ter del D.P.R. n. 1113/1953, è stato pubblicato nella GURS n. 5 del 30 gennaio 2009.

Iniziativa governativa ddl n. 240, abbinato con ddl nn. 85; 213; 256; 278; 296; 299;

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di regime degli enti locali (art. 14, lett. o) dello Statuto)

- Legge istituzionale.

# Legge 16 dicembre 2008, n. 23

Disposizioni per favorire lo sviluppo del settore industriale in Sicilia in attuazione del programma operativo Fondo europeo di sviluppo regionale (PO FESR 2007/2017)

La legge delinea regimi di aiuti alle imprese operanti nel settore industriale in attuazione del Programma operativo Fondo europeo di sviluppo regionale 2007-2013 demandandone l'individuazione degli ulteriori elementi a decreti assessoriali. Si tratta di aiuti agli investimenti, aiuti per promuovere l'imprenditoria femminile e giovanile, agevolazioni nel settore dell'energia e delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e aiuti per la ricerca, lo sviluppo e l'innovazione. Gli aiuti possono essere erogati ai sensi della disciplina comunitaria sugli aiuti c.d. "de minimis", sulla base dei regolamenti comunitari di esenzione o a seguito della procedura di cui all'articolo 88 del Trattato CE.

Si prevede la possibilità di concedere aiuti alle imprese anche nell'ambito di contratti di programma regionali stipulati dall'Assessore regionale per l'industria; le relative proposte hanno ad oggetto la realizzazione di un progetto industriale così come definito all'articolo 6 e possono essere presentate da qualsiasi impresa.

Una quota pari al 20% delle risorse stanziate è riservata a imprese industriali ubicate in zone agricole svantaggiate.

Iniziativa governativa ddl n. 220

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di industria (art. 14, lett. d) dello Statuto)

Legge di settore.

# Legge regionale 29 dicembre 2008, n. 24

Esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2009

La legge regionale n. 24 del 2008 contiene l'autorizzazione al Governo regionale, a norma dell'articolo 6 della legge regionale 8 luglio 1977, n. 47 e successive modifiche ed integrazioni, all'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2009.

L'esercizio provvisorio, autorizzato per un periodo di tre mesi e successivamente prorogato di un ulteriore mese (legge regionale n. 4/2009), si è reso necessario in seguito alla mancata approvazione del disegno di legge di bilancio per l'anno 2009 e bilancio pluriennale per il triennio 2009-2011.

Le legge prevede altresì che la limitazione per dodicesimi nell'assunzione degli impegni e nell'effettuazione dei pagamenti non si applichi alle spese concernenti la realizzazione di alcuni interventi previsti negli strumenti di programmazione comunitaria. Ulteriori deroghe riguardano le spese per gli interventi per il controllo degli incendi boschivi, per gli interventi nel settore della forestazione e per quelli di protezione civile.

Iniziativa governativa ddl n. 328

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e degli enti regionali (art. 14, lett. p) dello Statuto) e di potestà legislativa in materia di bilancio (art. 19 dello Statuto)

- Legge di manutenzione normativa.

# Legge regionale 29 dicembre 2008, n. 25

Interventi finanziari urgenti per l'occupazione e lo sviluppo

La legge regionale n. 25 del 2008, recante interventi finanziari per l'occupazione e lo sviluppo, contiene disposizioni concernenti la continuazione delle garanzie occupazionali e dei contratti.

Il testo costituiva originariamente un emendamento presentato al disegno di legge di autorizzazione all'esercizio provvisorio del bilancio, in seguito stralciato ed esaminato separatamente.

La legge ha la finalità di assicurare la continuità lavorativa dei soggetti precari, in particolare con riferimento al personale in forza presso la protezione civile, i consorzi di bonifica, l'Agenzia regionale dei rifiuti e delle acque, gli enti locali, i settori del lavoro e del territorio.

L'art. 1, comma 12 è stato impugnato dal Commissario dello Stato sotto il profilo del mancato rispetto del principio di cui all'art. 81 comma 4 della Costituzione poiché pur comportando nuove e maggiori spese per il bilancio regionale, non contiene la quantificazione degli oneri necessari né l'indicazione delle risorse cui farvi fronte. La legge è stata promulgata parzialmente con l'omissione della norma impugnata.

Il ricorso è stato pubblicato nella GURS n. 6 del 6 febbraio 2009. Iniziativa governativa ddl n. 328 - I stralcio

Esercizio potestà legislativa concorrente in materia di lavoro (art. 17, lett. f) dello Statuto)

Esercizio potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e degli enti regionali (art. 14, lett. p) dello Statuto) ed in materia di regime degli enti locali (art. 14 lettera o) dello Statuto)

- Legge di manutenzione normativa.

## Delibera Legislativa

Delibera legislativa approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 25 novembre 2008 "Norme sulla proroga delle autorizzazioni all'esercizio di cava" (DDL n. 133)

### NON PROMULGATA

Il provvedimento legislativo dispone modifiche ed integrazioni alle vigenti leggi che disciplinano la coltivazione dei giacimenti minerari e delle cave nonché l'estrazione di materiali lapidei di pregio e, nell'attesa della definizione del piano regionale di materiali di cava previsto dall'articolo 4 della legge 9 dicembre 1980, n. 127, dispone la proroga del diritto delle autorizzazioni all'esercizio di cave per consentire il completamento dei relativi programmi di coltivazione. La norma prevede che, in caso di mancato completamento del programma di coltivazione autorizzato, le autorizzazioni già rilasciate siano tutte prorogate di diritto con termini variabili di durata e senza alcuna condizione, sino al completamento del programma medesimo, indipendentemente dall'estensione delle aree interessate dall'eventuale regime vincolistico degli ambiti territoriali in cui le stesse ricadono. Tale previsione è stata oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato, in quanto derogatoria rispetto alla direttiva comunitaria 27 giugno 1985 82/337/CEE, così come modificata dalle direttive 97/11/Ce e 2003/35/CE concernente la Valutazione di impatto ambientale di determinate opere. In particolare, il Commissario manifesta le proprie perplessità in ordine al margine di discrezionalità concesso al legislatore dalla direttiva, sottraendo la categoria delle autorizzazioni scadute o prossime alla scadenza che non hanno completato il programma di coltivazione autorizzato e che andrebbero piuttosto soggette, qualora ne sussistano i presupposti, alle procedure per il rinnovo, con conseguente valutazione degli interessi pubblici coinvolti e verifica preventiva delle situazioni vincolistiche e di assetto territoriale dei luoghi, eventualmente sopravvenute nel periodo di vigenza del provvedimento autorizzatorio originario. La norma si pone, inoltre, in conflitto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 Cost., in quanto impedisce agli organi amministrativi competenti di svolgere un'adeguata istruttoria e di procedere alla ponderazione dei diversi interessi coesistenti, privilegiando invece la tutela di quelli economici del privato imprenditore, che potrebbe non avere completato il programma di coltivazione delle cave anche per propria negligenza.

In particolare sono stati impugnati parzialmente gli articoli 1 e 3 della delibera sotto il profilo della violazione degli articoli 9, 11, 97 e 117 primo e secondo comma, lettera e) ed s) della Costituzione e dell'art. 14 dello Statuto. Il ricorso è stato pubblicato sulla GURS n. 3 del 16 gennaio 2009.

Iniziativa parlamentare ddl n.133

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di cave (art. 14, lett. h) dello Statuto)

Legge di settore.

#### **ANNO 2009**

### Legge regionale 3 marzo 2009, n. 1

Modifica di norme in materia di usi civici e di cantieri di servizio

La legge regionale n. 1 del 2009 contiene disposizioni in materia di usi civici, in parte modificando la disciplina della legittimazione delle occupazioni, da parte di privati, di beni appartenenti al demanio civico.

La legge in esame prevede, a favore dei soggetti occupanti che risultino proprietari da almeno dieci anni in virtù di atto pubblico, la legittimazione delle occupazioni delle terre di demanio civico, la cui destinazione agricola non sia mutata per effetto degli strumenti urbanistici. Tale legittimazione prescinde dal requisito, previsto dalla legge n. 1766/1927 che disciplina la materia, del necessario apporto di migliorie permanenti ai beni occupati.

Un ulteriore aspetto regolamentato concerne la riduzione dell'importo del canone enfiteutico da versare a fronte della concessione della legittimazione delle occupazioni dei beni interessati.

Iniziativa parlamentare ddl n. 260

Esercizio di potestà legislativa in materia di urbanistica (art. 14, lett. f) dello Statuto)

Legge istituzionale.

### Legge regionale 17 marzo 2009, n. 2

Indennità di disagiata residenza in favore dei titolari di farmacie rurali aventi sede nelle isole minori

La legge dispone l'erogazione in favore dei titolari di farmacie rurali aventi

sede nelle isole minori, a titolo di ristoro per la loro disagiata sede, dell'indennità di residenza prevista dall'art. 27 della legge regionale 5 gennaio 1999, n. 4. Peraltro, al fine di garantire la copertura finanziaria del provvedimento, ci si discosta da quest'ultima disposizione ponendo tale erogazione, per l'esercizio finanziario 2008 e 2009, a carico dell'Assessorato regionale della famiglia, le politiche sociali e le autonomie locali anziché dell'Assessorato della sanità. Più precisamente, la spesa connessa all'erogazione dell'indennità, che viene quantificata in 400 migliaia di euro complessive annue, sarà finanziata attraverso le risorse di cui all'art. 76, comma 4 della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2, ossia sulla quota del 5% dei fondi destinati ai comuni che resta nella disponibilità dell'Assessore per gli enti locali al fine, tra l'altro, di finanziare contributi straordinari a quelli che versano in particolari condizioni di disagio.

Iniziativa governativa ddl n. 253

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di commercio (art. 14, lett. d) dello Statuto)

Legge di settore

### Legge regionale 17 marzo 2009, n. 3

Disposizioni in materia di concessioni demaniali marittime per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto

La legge n. 3 (Disposizioni in materia di concessioni demaniali marittime per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto) si occupa del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto. La previsione è volta a semplificare il procedimento nel caso in cui l'istanza per il rilascio della concessione sia presentata da enti pubblici territoriali o da società miste dagli stessi partecipate, prevedendo modalità procedimentali semplificate per il rilascio delle concessioni demaniali marittime finalizzate alla realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, attraverso lo strumento della conferenza di servizi convocata dal sindaco del comune ove ricadono le opere. Si stabilisce, in particolare, che la determinazione conclusiva della conferenza di servizi, una volta approvata dal consiglio comunale, equivalga all'approvazione di variante ai vigenti strumenti urbanistici e all'approvazione del piano regolatore portuale. Nel caso in cui il comune realizzi le opere per la nautica da diporto avvalendosi degli strumenti della concessione di costruzione e gestione e della finanza di progetto, di cui agli articoli 19 e 37 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109, o ancora a mezzo di società miste partecipate, è prevista la sostituzione nel godimento della concessione in favore del soggetto indicato dal comune. La legge interviene inoltre modificando l'articolo 5 della legge regionale 29 novembre 2005, n. 15, (Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto

delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo) con l'aggiunta di un comma, che prevede - nelle more della redazione dei piani spiaggia – l'obbligo dei comuni di riservare una quota non inferiore al 50 per cento del litorale da destinare alla fruizione pubblica, anche in caso di rinnovo di concessioni.

Iniziativa parlamentare, ddl n. 226, abbinato con i ddl nn ddl 233; ddl 244; ddl 266.

Esercizio di potestà legislativa in materia di urbanistica (art. 14, lett. f) dello Statuto)

Legge istituzionale.

#### Legge regionale 3 aprile 2009, n. 4

Proroga dell'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2009 e delle misure occupazionali di cui alla legge regionale 29 dicembre 2008, n. 25

La legge regionale n. 4 del 2009 prevede la proroga di un ulteriore mese dell'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2009.

È consentita, inoltre, sino al 30 aprile 2009, l'utilizzazione dei soggetti di cui ai commi 1, 2, 4, 6 e 7 dell'articolo 1 della legge regionale 29 dicembre 2008, n. 25. Iniziativa governativa ddl n. 396.

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e degli enti regionali (art. 14, lettera p) e di potestà legislativa in materia di bilancio (art. 19 Statuto).

Legge di manutenzione normativa.

### Legge regionale 14 aprile 2009, n. 5

Norme per il riordino del sistema sanitario regionale

La legge persegue anzitutto l'obiettivo di un contenimento della spesa sanitaria regionale, in coerenza con le indicazioni contenute nel Piano sanitario nazionale e nella normativa statale. In particolare, in linea con quanto previsto nel Piano di rientro, si procede ad una rimodulazione dell'assetto organizzativo del Servizio sanitario regionale, attraverso una riduzione del numero delle Aziende e, conseguentemente, dei relativi manager. Vengono istituite le Aziende sanitarie provinciali, nel numero di nove (una per ciascuna Provincia), che prendono il posto delle attuali Aziende unità sanitarie locali e le aziende ospedaliere (A.O.) di riferimento regionale, nel numero massimo di tre, che vengono individuate, unitamente ai rispettivi ambiti territoriali di riferimento ed alla loro corrispondenza con le Aziende contestualmente soppresse, congiuntamente alle Aziende ospedaliere di rilievo nazionale e di alta specializzazione (ARNAS) ed alle Aziende ospedaliere-universitarie. Ciascuna Azienda sanitaria provinciale eroga l'assistenza ospedaliera tramite i Distretti ospedalieri, che accorpano i presidi ospedalieri

allocati nei relativi ambiti territoriali, mentre svolge l'attività territoriale attraverso i Distretti sanitari.

La legge punta peraltro, oltre che alla riduzione della spesa sanitaria, ad una riqualificazione dei servizi offerti al cittadino, attraverso una più articolata attività di programmazione, attraverso il potenziamento del sistema dei controlli, attraverso una più razionale finalizzazione delle risorse finanziarie, che tenga conto delle effettive esigenze del sistema sanitario, attraverso una più puntuale definizione dei rapporti con le strutture private. Si introducono requisiti e criteri rigorosi per la scelta dei direttori generali, sul cui operato viene prevista una costante attività di monitoraggio e valutazione, che può condurre ad eventuali sanzioni nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi. Si stabilisce il divieto, per le aziende del servizio sanitario regionale, di esternalizzare funzioni rientranti nelle competenze di uffici o unità operative aziendali. Si istituisce, presso l'Assessorato della Sanità, una Consulta regionale della Sanità. Si definisce l'articolazione organizzativa della rete di emergenza-urgenza sanitaria e si prevede che l'espletamento dei relativi servizi, per quanto non sia di competenza delle centrali operative, possa essere assolto anche avvalendosi di organismi a totale partecipazione pubblica, ma sempre nel rispetto della normativa nazionale ed europea e dei principi di concorrenza ivi stabiliti.

Iniziativa governativa ddl n. 248

Esercizio potestà legislativa concorrente in materia di sanità (art. 17, lett. b) e c) dello Statuto)

- Legge di settore.

# Legge approvata a maggioranza inferiore ai due terzi dei membri dell'Assemblea regionale, recante "Norme sulla ineleggibilità ed incompatibilità dei deputati regionali"

### PUBBLICATA A FINI NOTIZIALI in GURS 13 marzo 2009, n. 11

La riforma che si intende introdurre, incidendo sulla disciplina delle elezioni dei deputati dell'Assemblea regionale siciliana contenuta nella legge regionale 20 marzo 1951, n. 29, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 17 *bis* dello Statuto regionale. Ciò implica che essa sia sottoponibile a referendum confermativo entro tre mesi dalla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale. Per questo motivo tale pubblicazione è avvenuta a soli fini notiziali, dovendo attendersi il decorso del termine di tre mesi previsto dalla legge regionale n. 14/2001 per la presentazione del referendum o l'esito dello stesso, qualora richiesto.

La delibera legislativa in esame prevede che, in caso di accertamento di un'ipotesi di incompatibilità e di sua definitiva deliberazione da parte dell'Assemblea regionale, il termine di dieci giorni entro cui l'eletto deve esercitare il diritto di opzione a pena di decadenza decorra, ove l'incompatibilità sia accertata in sede giudiziale, entro dieci giorni dal passaggio in giudicato della sentenza. Viene in tal modo sostituito il comma 1 dell'art. 10 *sexies* della legge regionale 20 marzo 1951, n. 29.

Iniziativa parlamentare ddl n. 342

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di elezioni dell'Assemblea regionale siciliana (art. 3 dello Statuto)

- Legge istituzionale.

Classificazione delle leggi per macrosettore e per materia			
Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge	
Ordinamento istituzio- nale	Organi della Regione (ad esclusione di quan- to classificato alla voce	Legge 14 novembre 2008, n. 13 "Disposizioni concernenti la Fondazione Federico II" (GURS n. 53 del 21 novembre 2008)	
	successiva)	Legge 16 dicembre 2008, n. 19 "Norme per riorganizzazione dei dipartimenti regionali. Or- dinamento dell'Amministrazione e della Regio- ne (GURS n. 59 del 24 dicembre 2008 – Supple- mento: Ordinario)	
		Legge 8 ottobre 2008, n. 9 "Norme per la nomina del revisore contabile di Riscossione Sicilia S.p.A. Abrogazione di norma in materia di revoca di contributi concessi dalla Regione" (GURS n. 47 del 10 ottobre 2008)	
	Sistema di elezione e casi di ineleggibilità e di incompatibilità del pre- sidente e degli altri com- ponenti la Giunta	Delibera legislativa approvata il 3 marzo 2009 "Norme sulla ineleggibilità ed incompatibilità dei deputati regionali" (GURS n. 11 del 13 marzo 2009)	
	Rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni		
	Personale e ammini- strazione		
	Enti locali e decentra- mento	Legge 16 dicembre 2008, n. 22 "Composizione delle giunte. Status degli amministratori locali e misure di contenimento della spesa pubblica. Soglia di sbarramento nelle elezioni comunali e provinciali della Regione. Disposizioni varie" (GURS n. 59 del 24 dicembre 2008 Supplemento: Ordinario)	
	Altro (per es: persone giuridiche private, siste- ma statistico regionale, etc.)	Legge 9 ottobre 2008, n. 10 "Istituzione della Conferenza permanente per la programmazio- ne sanitaria e socio-sanitaria regionale" (GURS n. 48 del 17 ottobre 2008)	

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Sviluppo economico e	Artigianato	
attività produttive	Professioni (incluse le nuove figure professio- nali: per es., naturopa- ta, etc.)	
	Industria	Legge 16 dicembre 2008, n. 23 "Disposizioni per favorire lo sviluppo del settore industriale in Sici- lia in attuazione del programma operativo Fon- do europeo di sviluppo regionale (P.O. FESR 2007/ 2013)" (GURS n. 59 del 24 dicembre 2008 - Sup- plemento: Ordinario)
	Sostegno all'innovazione per i settori produttivi	
	Ricerca, trasporto e pro- duzione di energia	
	Miniere e risorse geo- termiche	
	Commercio, fiere e mercati	Legge 14 agosto 2008, n. 3 "Norme per il recu- pero e il riconoscimento della valenza storica dei mercati sulle aree pubbliche" (GURS n. 38 del 18 agosto 2008)
		Legge regionale 3 marzo 2009, n. 2 "Indennità di disagiata residenza in favore dei titolari delle farmacie rurali aventi sede nelle isole minori" (GURS n. 12 del 20 marzo 2009)
	Turismo (incluso agri- turismo e turismo rura- le, ittiturismo)	
	Agricoltura e foreste	Legge 25 settembre 2008, n. 8 "Integrazione dell'articolo 27 della legge regionale 6 febbraio 2008, n. 1 'Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2008', recante Modifiche alla legge regionale 10 ottobre 1994, n. 37 'Provvedimenti in favore delle cooperative agricole' (GURS n. 45 del 29 settembre 2008)
		Legge 14 novembre 2008, n. 14 "Disposizioni in materia di avviamento al lavoro dei lavoratori forestali impegnati nei servizi antincendio" (GURS n. 53 del 21 novembre 2008)
	Caccia, pesca e itticol- tura	Legge 20 novembre 2008, n. 16 "Misure urgenti per fronteggiare l'aumento dei carburanti nel set- tore della pesca nonché per il rilancio competitivo del settore" (GURS n. 54 del 24 novembre 2008)

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Sviluppo economico e attività produttive	Casse di risparmio, cas- se rurali, aziende di cre- dito a carattere regio- nale; Enti di credito fon- diario e agrario a carat- tere regionale	Legge 16 dicembre 2008, n. 21 "Iniziative a sostegno dei consorzi fidi. Misure a favore di soggetti pubblici regionali per le anticipazioni sulle liste di carico poste in riscossione" (GURS n. 59 del 24 dicembre 2008 - Supplemento: Ordinario)
	Altro (per es.: program- mazione negoziata, pro- grammi economici, sup- porto e assistenza allo sviluppo locale, etc.)	Legge 29 dicembre 2008, n. 25 "Interventi fi- nanziari urgenti per l'occupazione e lo sviluppo" (GURS n. 60 del 31 dicembre 2008)
Territorio ambiente e infrastrutture	Territorio e urbanistica (incluso demanio; edi- lizia)	Legge 14 agosto 2008, n. 5 "Interventi in favore della sicurezza dei voli negli aeroporti" (GURS n. 38 del 18 agosto 2008)
		Legge 3 marzo 2009, n. 1 "Modifica di norme in materia di usi civici e di cantieri di servizio" (GURS n. 10 del 3 marzo 2009)
	Protezione della natu- ra e dell'ambiente, tu- tela dagli inquinamen- ti e gestione dei rifiuti	Legge 14 novembre 2008, n. 12 "Norme di controllo del sovrappopolamento di fauna selvatica o inselvatichita in aree naturali protette" (GURS n. 53 del 21 novembre 2008)
		Delibera legislativa approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 25 novembre 2008 'Norme sulla proroga delle autorizzazioni all'esercizio di cava e sull'aggiornamento del piano regionale dei materiali lapidei di pregio" (non promulgata)
	Risorse idriche e difesa del suolo	Legge 20 dicembre 2008, n. 20 "Norme in materia di gestione del Servizio idrico integrato e di personale" (GURS n. 59 del 24 dicembre 2008 - Supplemento Ordinario)
	Opere pubbliche (per es.: edilizia scolastica; porti; aeroporti; etc)	
	Viabilità	
	Trasporti	Legge 14 agosto 2008, n. 4 "Norme urgenti per la continuità territoriale con le isole minori ed interventi per il turismo" (GURS n. 38 del 18/08/ 2008)
		Legge regionale 17 marzo 2009, n. 3 "Disposizioni in materia di concessioni demaniali marittime per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto" (GURS n. 12 del 20 marzo 2009)
	Protezione civile	

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Servizi alla persone e alla comunità	Tutela della salute	Legge 4 dicembre 2008, n. 18 "Disciplina degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico" (GURS n. 57 del 12 dicembre 2008)
		Legge 14 aprile 2009, n. 5 "Norme per il riordino del Servizio sanitario regionale" (GURS n. 17 del 17 aprile 2009)
	Alimentazione	
	Servizi sociali	
	Istruzione scolastica e universitaria	
	Formazione professionale	
	Lavoro	Legge 20 novembre 2008, n. 17 "Norme per la continuità del reddito minimo d'inserimento" (GURS n. 54 del 24 novembre 2008)
	Previdenza comple- mentare e integrativa	
	Beni e attività culturali	
	Ricerca scientifica e tec- nologica	
	Ordinamento della co- municazione	
	Spettacolo	
	Sport	Legge 29 ottobre 2008, n. 11 "Interventi in favore dello svolgimento dell'attività sportiva connessa all'esercizio del gioco del golf" (GURS n. 50 del 31 ottobre 2008)
	Altro (per es: sicurezza personale, polizia loca- le; tutela degli utenti e consumatori; contrasto all'usura; etc.)	
Finanza regionale	Bilancio	Legge 25 settembre 2008, n. 6 "Assestamento del bilancio della Regione e del bilancio del- l'Azienda delle Foreste demaniali della Regione siciliana per l'anno finanziario 2008 (GURS n. 45 del 29 settembre 2008)
		Legge 2008, n. 7 "Rendiconto generale del- l'Amministrazione della Regione e dell'Azien- da delle foreste demaniali, per l'esercizio finan- ziario 2007" (GURS n. 45 del 29 settembre 2008)

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Finanza regionale	Contabilità regionale	Legge 29 dicembre 2008, n. 24 "Esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2009" (GURS n. 60 del 31 dicembre 2008)
		Legge 3 aprile 2009, n. 4 "Proroga dell'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2009 e delle misure occupazionali di cui alla legge regionale 29 dicembre 2008, n. 25" (GURS n.15 dell'8 aprile 2008)
	Tributi	
	Multisettore	Legge 20 novembre 2008, n. 15 "Misure di contrasto alla criminalità organizzata" (GURS n. 54 del 24 novembre 2008)

*Note*: Ogni legge è stata classificata, in base al criterio della prevalenza, in un solo macrosettore ed in una sola materia, tranne quelle che interessano più settori e materie indicate nell'ultima casella della tabella.

#### DATI QUANTITATIVI

XV LEGISLATURA (dal 22 maggio 2008 al 31 marzo 2009)		
numero totale delle leggi	30*	
numero delle leggi di iniziativa governativa	15	
% delle leggi di iniziativa governativa	50%	
numero delle leggi di iniziativa parlamentare	15	
% delle leggi di iniziativa parlamentare sul totale delle leggi	50%	

<sup>\*</sup> Nel numero sono ricomprese due delibere legislative non promulgate: quella approvata il 25 novembre 2008 concernente la proroga delle autorizzazioni all'esercizio di cava e quella approvata il 3 marzo 2009 relativa alle ineleggibilità o incompatibilità.

In particolare la delibera legislativa concernente la proroga delle autorizzazioni all'esercizio di cava è stata impugnata dal Commissario dello Stato e poi non pubblicata né promulgata neppure parzialmente.

La delibera legislativa concernente norme procedurali per le cause di incompatibilità dei deputati regionali è stata invece pubblicata ai soli fini notiziali in attesa della decorrenza del termine per l'eventuale sottoposizione a referendum confermativo ai sensi dell'articolo 17 bis dello Statuto. La legge regionale n. 14/2001 prevede che essa sia pubblicata e promulgata, una volta trascorso il termine ovvero a seguito dell'esito positivo del referendum qualora richiesto.

#### **DURATA DELL'ITER DI APPROVAZIONE DELLE LEGGI**

XV LEGISLATURA (dal 22 maggio 2008 al 31 marzo 2009)		
Numero totale delle leggi approvate	30	
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 1 e 30 giorni	3	
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>31</b> e <b>90</b> giorni	17	
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>91</b> e <b>180</b> giorni	8	
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>181</b> e <b>360</b> giorni	2	
numero delle leggi il cui iter è stato superiore a <b>360</b> giorni	/	

Note: Per l'inizio dell'iter si considera la data di presentazione del disegno di legge

#### **TECNICA REDAZIONALE\***

XV LEGISLATURA (dal 22 maggio 2008 al 31 marzo 2009)		
Numero totale delle leggi	30	
Testo nuovo	13	
Novella	10	
Tecnica mista**	7	

<sup>\*</sup> La presente tabella classifica le leggi in questione sulla base della tecnica legislativa prescelta e non del contenuto dell'atto.

## CLASSIFICAZIONE DELLE LEGGI

XV LEGISLATURA (dal 22 maggio 2008 al 31 marzo 2009)		
Numero totale delle leggi	30	
Leggi istituzionali	5	
Leggi di settore	13	
Leggi intersettoriali	1	
Leggi provvedimento	/	
Leggi di manutenzione normativa (incluse le leggi di interpretazione autentica)	11	
Leggi di bilancio	/	

#### LEGENDA

Leggi istituzionali: sono quelle che recano le discipline istituzionali a carattere generale (per es:

<sup>\*\*</sup> Voce da utilizzare dove non sia possibile o agevole dare un giudizio di prevalenza di una tecnica sull'altra (ad esempio: leggi generali di riordino normativo; leggi di semplificazione (quando contengono, oltre ad una serie di abrogazioni di norme, anche disposizioni nuove o di manutenzione dell'ordinamento); etc.

disciplina generale delle nomine, etc:); le leggi istitutive di singoli enti (per es: istituto zooprofilattico, museo, ente economico, etc. vanno inserite nelle leggi settoriali, e quindi nel macrosettore e nella materia di competenza.

**Leggi di settore**: leggi che incidono su singoli settori dell'ordinamento (per es: istituzione di un museo, etc.), specificando le leggi di riordino;

**Leggi intersettoriali**: leggi che incidono contestualmente su più settori, specificando le leggi di riordino:

**Leggi provvedimento**: leggi a contenuto puntuale per singoli beneficiari (per es: intervento a favore del museo di...; incentivo per sanare un'azienda, etc.):

**Leggi di manutenzione normativa**: leggi che si limitano a modificare o integrare la normativa previgente

N.B.: le leggi di settore si classificano come tali quando il loro contenuto innovativo prevale sulla mera manutenzione normativa; quando le leggi, anche settoriali, si limitano a modificare e novellare leggi previgenti vanno classificate come leggi di manutenzione normativa.

#### **INIZIATIVA LEGISLATIVA\***

XV LEGISLATURA (dal 22 maggio 2008 al 31 marzo 2009)		
numero totale dei disegni di legge	420	
numero dei disegni di legge di iniziativa governativa	34	
% dei disegni di legge di iniziativa governativa	8%	
numero dei disegni di legge di iniziativa parlamentare	386	
% dei disegni di legge di iniziativa parlamentare sul totale dei disegni di legge	92%	

<sup>\*</sup> Lo Statuto (art. 12) e la legge regionale n. 1/2004 hanno previsto e disciplinato l'iniziativa legislativa popolare, comunale e provinciale. In atto non risultano presentati disegni di legge riconducibili a tali tipologie di iniziativa legislativa.

#### ATTIVITA' ISPETTIVA E DI INDIRIZZO POLITICO

a cura del Servizio lavori d'Aula dell'Assemblea regionale siciliana

### L'attività ispettiva e politica nei primi 10 mesi della XV legislatura

Accanto alla tradizionale funzione legislativa, tra le attività tipiche proprie dei collegi politico-rappresentativi rientrano anche quelle – di certo non meno importanti – di sindacato ispettivo e di indirizzo politico.

Nonostante queste ultime non rivestano la medesima rilevanza della funzione legislativa in quanto si tratta di un insieme di attività e procedure non aventi effetti immediati sulla generalità dei cittadini, esse devono – a nostro parere – essere oggetto di attenta rivalutazione, *in primis* da parte delle stesse forze politiche, poiché è proprio dalla quantità e dalla qualità dell'attività di controllo, da un lato, e di indirizzo politico, dall'altro, che è possibile trarre un importante indicatore di vitalità e di efficienza dell'istituzione parlamentare nel suo complesso.

Infatti, nel quadro di un contesto istituzionale caratterizzato dall'elezione diretta del Presidente della Regione e dal conseguente spostamento degli equilibri politici a vantaggio degli esecutivi, viene da più parti avvertita la necessità, oltre che per venire incontro all'attuale questione del "rendimento" delle istituzioni rappresentative, di attribuire un ruolo nuovo ai parlamenti, nell'ottica di riequilibrare quel sistema di *checks and balances* su cui si basa il funzionamento degli ordinamenti giuridici moderni.

Sebbene, quindi, le funzioni di sindacato ispettivo e di indirizzo politico siano proprio tra le meno osservate proprio perché non sembrano influire con sufficiente incisività nella dinamica dei rapporti tra Organo legislativo ed Organo esecutivo, esse rappresentano invece uno strumento di fondamentale importanza per avere percezione piena dell'effetivo peso del Parlamento nel sistema e della capacità dello stesso di sindacare, moderare e porre eventualmente freno agli eccessi dell'Esecutivo.

Le funzioni di controllo ispettivo e di indirizzo politico sono espressamente riconosciute dall'art. 7 dello Statuto, ai sensi del quale "I deputati hanno il diritto di interpellanza, di interrogazione e di mozione in seno all'Assemblea".

Le modalità concrete di svolgimento degli atti citati (cui va aggiunto l'ordine del giorno) sono demandate al Regolamento interno dell'ARS, il quale dedica agli stessi un apposito capo intitolato, appunto, "Della funzione ispettiva e politica" (artt. 137-160).

Tradizionali strumenti di sindacato ispettivo sono le interrogazioni (domande fatte al Governo per sapere se un fatto corrisponda al vero) e le interpellanze (domande fatte al Governo circa i motivi o gli intendimenti della sua condotta).

Sebbene, quindi, l'interpellanza si differenzi dall'interrogazione perché riguarda questioni collegate all'indirizzo politico del Governo, nella prassi i deputati tendono a fare un uso promiscuo dei due istituti.

Sono atti di indirizzo politico, invece, le mozioni e gli ordini del giorno, attraverso i quali si formulano direttive o si impartiscono istruzioni al Governo su questioni di interesse generale, ma non mancano casi di atti rivolti al Presidente dell'ARS o con cui l'Assemblea impegna sé stessa.

Mentre l'ordine del giorno è un atto di indirizzo di natura accessoria, che si "aggancia" ad un oggetto principale già in discussione – sia esso un disegno di legge o una mozione – e può esser presentato da un solo deputato, la mozione, invece, essendo l'atto con cui si esprime l'indirizzo politico dell'intera Assemblea al suo massimo livello, è circondata da particolari garanzie procedurali (è richiesto, infatti, un numero minimo di firme pari a 4 ed il testo della stessa, dopo l'annuncio, deve essere riportato integralmente nell'ordine del giorno della seduta successiva perché se ne dia lettura e se ne determini la data di discussione).

Nel corso dei primi mesi della XV legislatura presi in considerazione nel presente lavoro (22 maggio 2008 – 2 aprile 2009), si è registrata una crescente produzione degli atti di indirizzo e controllo politico, espressione tipica dell'attività parlamentare del deputato.

Per la particolare importanza e l'attualità della materia trattata, va ricordato - tra i tanti - l'ordine del giorno n. 17 "Iniziative volte a salvaguardare la Sicilia dagli effetti determinati dall'eventuale approvazione del disegno di legge recante 'Attuazione dell'art. 119 della Costituzione: delega al Governo in materia di federalismo fiscale", a firma di deputati di tutti i Gruppi parlamentari, discusso ed approvato in occasione del disegno di legge "Assestamento del bilancio della Regione e del bilancio dell'Azienda delle foreste demaniali della Regione siciliana per l'anno finanziario 2008" (n. 164/A), e volto a salvaguardare la "natura pattizia" delle prerogative dello Statuto della Regione, con il quale si impegnava il Governo ad esprimere il parere sulla riforma in senso federale della Repubblica italiana in discussione al Parlamento nazionale solo dopo la sua definizione in sede di Commissione paritetica Stato-Regione di cui all'art. 43 dello Statuto, la quale viene considerata da tutte le forze politiche rappresentate in Assemblea stante la composizione paritaria della stessa – l'unica sede idonea in cui formulare modelli di federalismo compatibili con la specialità dell'autonomia della Regione siciliana come delineata dallo Statuto del 1946.

L'ordine del giorno, inoltre, può essere presentato al termine di un dibattito in Assemblea apertosi, ad esempio, a seguito di "Comunicazioni del Governo" su questioni di interesse generale per trarre le fila di quanto emerso dalla discussione e consentire al Parlamento di esprimersi con un voto sugli indirizzi concreti da impartire all'Esecutivo. In tal senso, esso riveste nel Parlamento siciliano la medesima funzione svolta dalla risoluzione d'Assemblea prevista nei regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Sebbene *prima facie* l'attività di controllo sembri distinguersi nettamente dall'attività di indirizzo, nella prassi si registra in realtà una certa vischiosità tra le due funzioni se si considera che i punti di contatto tra le stesse sono numerosi.

In primo luogo, infatti, tali strumenti – proprio perché "neutri" (Manzella) – sono caratterizzati da una molteplicità di fini a seconda del procedimento in cui si inseriscono, per cui spesso accade che negli atti di sindacato ispettivo sia possibile rinvenire al tempo stesso un *quid pluris* in termini di indirizzo politico, mentre d'altro canto non appare contestabile che attraverso la discussione di mozioni e ordini del giorno l'Assemblea eserciti anche una funzione di controllo strumentale all'espressione di indirizzi rivolti al Governo.

In secondo luogo, inoltre, deve essere presa in considerazione la prassi relativa al giudizio di ammissibilità effettuato dalla Presidenza dell'ARS (art. 160 Reg. int.), dal quale emergono tratti comuni tra le due tipologie di atti tali da rendere il giudizio sugli stessi sostanzialmente analogo.

Si è soliti distinguere, infatti, tra ricevibilità, da un lato, e ammissibilità, dall'altro, dell'atto di indirizzo o di controllo. La prima fattispecie di configura quando manchino i requisiti richiesti dal Regolamento (una mozione con 3 firme, ad esempio) oppure in caso di presenza, nello strumento di indirizzo, di vizi talmente macroscopici ed immediatamente evidenti da rendere lo stesso "privo dei requisiti di esistenza" (cfr. mozione n. 316 del 18 novembre 2004). In tal caso, l'atto in questione non viene stampato né annunziato all'Assemblea.

Si parla, invece, di inammissibilità dello strumento ispettivo o di indirizzo tutte le volte che questo presenti vizi di minore entità, sia formulato in termini sconvenienti o ingiuriosi oppure riguardi materia non rientrante nella disponibilità dell'Assemblea regionale siciliana (vedi art. 160 Reg, int., dove si parla a tal proposito di "materia estranea").

In terzo luogo, poi, bisogna considerare le previsioni regolamentari che prevedono la trasformazione dell'interpellanza in mozione da parte dell'interpellante che si ritenga insoddisfatto (cfr. interpellanza n. 16 del 9 settembre 2008). L'on. Lupo (PD), infatti, primo firmatario dell'interpellanza n. 16 "Direttive a favore dell'applicazione agli Uffici di gabinetto degli Assessori regionali delle norme di contenimento della spesa per consulenze", dichiaratosi insoddisfatto della risposta fornita dal Governo all'atto ispettivo, manifestò l'intenzione di "presentare una mozione, ai sensi dell'articolo 151 del Regolamento dell'Assemblea, essendo tale questione (quella oggetto dell'interpellanza) rilevante per la trasparenza, ma anche per un dovere etico e morale di contenimento della spesa pubblica, qualora questa spesa non riguardi il buon andamento della pubblica amministrazione" (vedi resoconto stenografico della seduta n. 41 del 25 novembre 2008). In questa circostanza, si prescinde dal numero minimo di firme richiesto dal Regolamento, essendo l'unico caso in cui un singolo deputato può aprire un dibattito dell'intera Assemblea su questioni di interesse generale.

In quarto luogo, infine, si vedano le previsioni di alcune disposizioni del

Regolamento che non solo detta – nella Sezione VI (artt. 159-160) – "Disposizioni comuni alle interrogazioni, alle interpellanze e alle mozioni", ma disciplina altresì la possibilità che mozioni e interpellanze e, per prassi, anche le interrogazioni che vertano sulla medesima materia possano formare oggetto di una discussione unificata: oggetto del dibattito sarà, ovviamente, la mozione in quanto atto di indirizzo principale, ma è facoltà degli interpellanti (e degli interroganti) di parlare sullo strumento di indirizzo subito dopo il proponente dello stesso (art. 156 Reg. int.).

Ciò è accaduto, infatti, nella seduta n. 71 del 10 marzo 2009, nel corso della quale si è svolta la discussione unificata delle mozioni n. 88 "Misure immediate di intervento per fronteggiare il fenomeno migratorio in Sicilia", a firma dell'on. Lupo (PD) ed altri e n. 106 "Gestione del fenomeno migratorio nell'isola di Lampedusa (AG)", a firma dell'on. Minardo (MPA) e altri, dell'interpellanza n. 44 "Iniziative a tutela dei diritti civili degli emigrati", dell'on. Lupo (PD), dell'interrogazione n. 364 "Interventi a livello centrale per fronteggiare l'immigrazione clandestina e garantire il rispetto delle norme che regolano la gestione dei centri di permanenza temporanea" dell'on. Apprendi (PD).

Nel corso del dibattito, svoltosi alla presenza del Presidente della Regione, è stato sottolineato da deputati sia della maggioranza sia dell'opposizione lo "stato di assoluta emergenza che ha investito l'isola di Lampedusa, il cui centro di prima accoglienza non è dotato delle strutture necessarie a gestire il considerevole flusso di immigrati che continua a riversarsi sulle coste siciliane".

Ha preso la parola, quindi, l'on. Apprendi, il quale – avendo fatto parte di una delegazione inviata dall'ARS nel centro di permanenza temporanea dell'isola – ha descritto lo stato inumano e degradante delle condizioni della struttura, definita dallo stesso deputato una vera e propria "Guantanamo a cielo aperto".

Il Presidente della Regione ha affermato di condividere le preoccupazioni sollevate dai deputati in ordine alla paventata creazione di un nuovo centro di identificazione ed espulsione nell'isola, ha ribadito la necessità di sollevare tali problematiche non già a livello nazionale, bensì nelle competenti sedi europee ed ha sottolineato che il sostegno forte ed unanime dell'Assemblea legislativa, oltre a giovare moltissimo alle sorti della Sicilia, serve a dar forza agli argomenti e alle tematiche che vengono affrontati e sostenuti dal Governo regionale nelle competenti sedi istituzionali. Le mozioni, poste in votazione con il parere favorevole del Governo, sono state approvate, mentre l'interrogazione e l'interpellanza si intendono assorbite dal voto favorevole sugli atti di indirizzo.

La possibilità, prevista dal Regolamento, di svolgere una discussione unificata di due o più mozioni riguardanti la medesima materia è stata utilizzata altresì per mettere a confronto due documenti di indirizzo, uno a firma della maggioranza e l'altro a firma dell'opposizione, il cui esame in Assemblea dà vita ad un confronto bipolare tra i due schieramenti circa le soluzioni – non necessariamente contrapposte – da adottare al fine di porre rimedio a problematiche di une certa importanza.

Ciò è accaduto, ad esempio, nel corso della seduta n. 60 del 21 gennaio 2009, durante la quale si è svolta la discussione unificata delle mozioni n. 85 "Attuazione dell'art. 37 dello Statuto speciale della Regione siciliana e 'simmetrico' trasferimento delle competenze in materia di riscossione dell'imposta ivi prevista", a firma dell'on. Leontini (PDL) ed altri e n. 87 "Iniziative a salvaguardia della specialità dell'autonomia della Regione siciliana nel processo di attuazione del 'federalismo fiscale'", a firma dell'on. Gucciardi (PD) e altri.

Con la prima mozione è stata affrontata una questione più specifica, vale a dire l'attribuzione alla Regione siciliana di una quota di risorse derivante dall'accertamento dei redditi nei confronti di quelle imprese industriali e commerciali che, pur non avendo sede nel territorio regionale, hanno tuttavia stabilimenti ed impianti in Sicilia, come previsto dal decreto legislativo 3 novembre 2005, n. 241, "Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana, recante attuazione dell'articolo 37 dello Statuto e simmetrico trasferimento di competenze" e ancora rimasto inattuato.

La mozione, infatti, richiamava il cosiddetto "criterio di simmetria" sancito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 145/2008, ai sensi del quale, in caso di trasferimento dallo Stato alla Regione del gettito di imposta, sono trasferite 'simmetricamente' solo le competenze in ordine alla riscossione di tale imposta.

Con la mozione n. 87, invece, si impegnava il Governo regionale ad attivarsi perché fossero introdotte nel disegno di legge "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione", come licenziato dalle Commissioni 'Bilancio' e 'Finanze' del Senato della Repubblica, precise modifiche volte a salvaguardare le prerogative della Regione siciliana, ad introdurre un modello di perequazione verticale che tenesse conto delle peculiarità socio-economiche della nostra Regione e a dare attuazione agli articoli 37 (gettito derivante da quote di reddito accertato nei confronti delle imprese aventi stabilimenti ed impianti nel territorio regionale) e 38 (contributo di solidarietà a carico dello Stato da destinare per la realizzazione di investimenti infrastrutturali in Sicilia) dello Statuto, la cui "natura pattizia" è stata più volte ribadita nel testo dell'atto di indirizzo.

Nel corso della seduta, è stata sottolineata l'importanza della tematica trattata, specie perché si inserisce nel quadro di un "dibattito articolato e complessivo sulla nuova fisionomia federalista di organizzazione dello Stato, che è stato e sarà oggetto di attenzione e di discussione nei due rami del Parlamento".

Tale circostanza, infatti, potrebbe costituire la prima occasione per un intervento della Regione siciliana nel dibattito sul federalismo, proprio con il completamento e l'attuazione di uno strumento, lo Statuto appunto, che del federalismo è stato sicuramente l'anticipatore e del quale porta, sia pure *in nuce*, contenuti e sostanza ai fini dell'orientamento che si intende dare alla nuova articolazione in senso federalista delle istituzioni rappresentative del nostro Paese.

Da alcuni deputati è stata ribadita la necessità che qualunque modifica del nostro Statuto speciale dovesse prima essere concordata tra la Regione siciliana e il Governo centrale: nessun aspetto del federalismo fiscale in discussione al Parlamento nazionale, infatti, può essere automaticamente applicato in Sicilia se prima non concordato, perché il dettato e lo spirito del nostro Statuto, che ha valore di legge costituzionale, richiedono espressamente che l'attuazione dello stesso debba avvenire attraverso modalità procedurali tali da salvaguardare la natura "pattizia" che è alla base della specialità siciliana.

Il Governo ha dichiarato di agire non già "in veste di controparte", bensì ha sottolineato il proprio impegno a farsi portatore, nelle sedi istituzionali competenti, delle richieste contenute nel testo delle mozioni nn. 85 e 87 ed ha evidenziato, altresì, che il vero campo di battaglia a tutela dell'autonomia siciliana sarà quello della concreta definizione del modello federale ad opera dei decreti legislativi attuativi dell'art. 119 Cost.

Diventa pertanto indispensabile impegnare politicamente il Governo e l'Assemblea regionale siciliana in una continua e puntuale operazione di verifica e controllo sui contenuti dei citati decreti di attuazione, vero banco di prova che vedrà la Sicilia schierata a difesa delle sue prerogative sancite dallo Statuto del 1946. Con il parere favorevole del Governo, le due mozioni, poste in votazione, sono state approvate all'unanimità.

In altra circostanza, invece, le mozioni sono state utilizzate dall'opposizione per costringere il Governo a prendere posizione e a rispondere pubblicamente in Aula su alcune tematiche di particolare importanza politica, sulle quali la contrapposizione tra gli schieramenti è particolarmente aspra.

L'opposizione si è avvalsa, quindi, del cosiddetto "diritto di tribuna" ad essa garantito dal Regolamento interno dell'ARS in sede di definizione del programma e del calendario dei lavori d'Aula, all'interno dei quali un terzo degli argomenti ivi inseriti deve essere riservato "all'esame dei disegni di legge e dei documenti indicati dai Gruppi parlamentari di opposizione" (artt. 98 quater, comma 3, e 98 quinquies, comma 2).

Invece di chiedere l'esame di disegni di legge, infatti, l'opposizione – essendo priva dei numeri necessari per ottenere l'approvazione degli stessi senza l'accordo delle forze di maggioranza – ha preferito utilizzare la riserva ad essa assicurata dal Regolamento per la discussione di atti di indirizzo politico.

Ad esempio, nel corso della seduta n. 81 del 2 aprile 2009, si è svolta la discussione unificata delle mozioni n. 105 "Interventi per contrastare la crisi economica internazionale attraverso una gestione efficiente delle risorse della Regione" e n. 116 "Misure urgenti per fronteggiare la grave crisi economica e occupazionale che sta investendo il nostro Paese", entrambe a firma dei deputati del Gruppo parlamentare del Partito Democratico.

Le citate mozioni sono state oggetto di discussione unificata perché impegnavano il Governo della Regione ad adottare una pluralità di interventi di

politica economica per fronteggiare la grave crisi internazionale che si è abbattuta sulla finanza mondiale e sull'economia reale di quasi tutti i Paesi della Comunità internazionale. La crisi citata, infatti, proprio per il suo carattere globale, rischia di produrre i suoi effetti più devastanti in una regione "economicamente debole" come la Sicilia.

È stata sottolineata, dai firmatari dei due atti di indirizzo, l'importanza e la delicatezza della materia in esame dal momento che si colloca nella fase immediatamente precedente a quella della discussione dei documenti finanziari (bilancio della Regione e legge finanziaria), nei confronti dei quali il dibattito sulle misure anticrisi assume un importante valore propedeutico e di indirizzo. Sono intervenuti, nel corso della discussione, alcuni deputati firmatari delle mozioni per manifestare viva preoccupazione a causa dell'insufficiente consapevolezza, da parte del Governo regionale, della gravità della situazione economica e finanziaria: la risposta più immediata per fronteggiare la crisi sarebbe stata quella dell'approvazione del bilancio.

"Lasciare invece l'Assemblea e l'amministrazione regionale per quattro mesi in esercizio provvisorio significa arrecare danni al tessuto economico ed in particolare a quei soggetti che hanno invece bisogno di risposte rapide e certe sul piano dell'erogazione della spesa".

Il Governo ha affermato, in via preliminare, di condividere parte delle considerazioni espresse nel testo delle mozioni e di essere comunque pienamente consapevole della necessità di predisporre un piano straordinario anticrisi concordato e condiviso dall'Assemblea e da tutte le forze politiche in essa rappresentate.

L'aumento delle spese correnti, da imputare alle risorse destinate ai lavoratori precari, ai forestali ed alla formazione professionale, risulta frutto di una scelta politica consapevolmente assunta "per salvaguardare l'occupazione con effetti positivi non solo all'interno del sistema economico, ma anche per l'importante ruolo rivestito dalle citate attività nella nostra Regione".

Il Governo, dopo aver sentito le proposte provenienti da tutte le parti sociali a tal fine convocate già nel mese di marzo e avendo definito con le stesse dei tavoli tecnici dove si potessero affrontare le tematiche e le argomentazioni per fronteggiare la crisi, ha lavorato, di fatto, per "predisporre un documento finanziario, contestualmente alla trattazione della fase del bilancio, che possa abbracciare tutte queste problematiche e, soprattutto, far propri quegli spunti che possano venir fuori sia dalle mozioni in discussione sia dal dibattito parlamentare".

Per quanto riguarda la *vexata quaestio* dei fondi FAS, il Governo ha precisato che la quota della Regione siciliana, già stabilita e completamente deliberata, è pari a circa 4 miliardi, la cui gestione è stata demandata ad un piano attuativo abbondantemente istruito dal Ministero dello sviluppo economico ed apprezzato dal CIPE, dal quale si attende una mera presa d'atto.

Con l'auspicio di definire il piano di attuazione dei fondi FAS nelle sedi istituzionali competenti con il concorso di maggioranza e opposizione, oltre che

delle parti sociali e delle associazioni di categoria, il Governo ha auspicato una larga convergenza sui contenuti della legge finanziaria, tant'è che sono state inserite nella manovra tutte quelle iniziative che potessero rispondere alle istanze provenienti dal territorio, al fine di valorizzare le nostre imprese, i nostri giovani e dare delle risposte concrete alle legittime aspettative dei siciliani. Con il parere favorevole del Governo, le due mozioni, poste in votazione, sono state approvate all'unanimità.

Altro dibattito molto importante che si è svolto in Assemblea nel corso della XV legislatura è stato, infine, quello sulla discussione della mozione n. 50 "Iniziative volte a ripristinare l'intitolazione dell'aeroporto di Comiso (RG) a Pio La Torre", a firma di deputati di tutti i gruppi parlamentari, svolta nella seduta n. 32 del 21 ottobre 2008.

In tale frangente, l'esame della mozione costituisce un'importante occasione per coinvolgere tutto il Parlamento e l'opinione pubblica in un dibattito volto a celebrare ed a commemorare la figura di uomini che hanno svolto un ruolo fondamentale nella storia della nostra Regione.

La vicenda oggetto della mozione n. 50 è nata a seguito della decisione, adottata dalla Giunta municipale di Comiso (RG) il 26 agosto 2008, di ripristinare l'originaria denominazione dell'aeroporto del comune del Ragusano, intitolato al generale "Vincenzo Magliocco".

Lo scalo aeroportuale, infatti, fondato negli anni '30, assunse inizialmente la denominazione di "Vincenzo Magliocco", generale morto durante la campagna d'Etiopia del 1935.

Nel 30 aprile 2007, a 25 anni esatti dall'omicidio di Pio La Torre, in occasione della riconversione ad aeroporto civile, si decise di mutare la denominazione dello stesso per intitolarlo all'uomo politico siciliano impegnato nella lotta alla criminalità organizzata.

La discussione della mozione è stata tra l'altro preceduta da alcune dichiarazioni a mezzo stampa con cui alcuni rappresentanti delle istituzioni, siciliani e non, hanno mostrato di condividerne appieno lo spirito ed il contenuto.

Nel corso della discussione in Aula è stata ricordata la memoria e l'opera di Pio La Torre e di altre vittime della mafia quale simbolo della lotta alla criminalità organizzata.

I firmatari della mozione, inoltre, hanno auspicato la convergenza unanime di tutte le forze politiche sull'approvazione della stessa.

Il Governo ha dichiarato di farne proprio il contenuto ed ha espresso parere favorevole sul testo della mozione.

Alcuni deputati facenti parte della maggioranza, tuttavia, sono intervenuti a difesa della memoria del generale Magliocco, caduto in guerra ed insignito della medaglia d'oro, ed hanno preannunciato il voto contrario sulla mozione.

Ha preso la parola, infine, l'on. Digiacomo (PD), allora Sindaco della Giunta che ha intitolato l'aeroporto a Pio La Torre, per ribadire che è la stessa desti-

nazione dello scalo ad uso civile a richiedere una denominazione a favore non di un generale di guerra, ma di un uomo politico che si è battuto, pagando con la vita, per la pacifica convivenza sociale. La mozione, posta in votazione con il parere favorevole del Governo, è stata approvata a maggioranza.

Dal quadro dell'attività sopra esposta, pertanto, è possibile trovare una conferma di quanto affermato in premessa circa la "polifunzionalità" degli strumenti di sindacato ispettivo e di indirizzo politico, nonché la sostanziale commistione – specie nella prassi – tra le due funzioni.

Inoltre, sebbene gli strumenti di controllo ispettivo e di indirizzo politico presentino caratteristiche tali da renderli particolarmente appetibili per le forze di opposizione, proprio per il fatto che al controllo spesso si accompagna oltre alla critica, anche l'espressione di un indirizzo politico alternativo a quello governativo, nella prassi si registra un uso indifferenziato degli stessi da parte di deputati sia dell'opposizione sia della maggioranza, come evidenziato dalle tabelle che seguono.

Le considerazioni sopra riportate costituiscono, in ultima analisi, un sicuro indice di attivismo e di vitalità del Parlamento siciliano, il cui ruolo, nel quadro dell'attuale forma di governo caratterizzata dall'elezione diretta del Presidente della Regione, appare tuttavia "sbiadito" dalla progressiva perdita di centralità.

L'attenta rivalutazione e valorizzazzione delle funzioni di sindacato ispettivo e di indirizzo politico potrebbe essere uno degli strumenti per restituire dignità all'istituzione parlamentare, organo rappresentativo di tutte le forze politiche presenti nel territorio regionale.

Lo stesso Governo regionale, infatti, nel corso dei dibattiti sopra menzionati, ha sottolineato più volte l'importanza delle direttive impartitegli dall'Assemblea, auspicando una larga convergenza di tutti i Gruppi parlamentari sul contenuto degli atti di indirizzo in discussione, in quanto solo se l'Esecutivo può contare sul sostegno forte ed unanime del Parlamento siciliano – espresso appunto con l'approvazione di mozioni ed ordini del giorno – esso è in grado di far valere le ragioni e tutelare le prerogative della Regione siciliana nelle sedi istituzionali competenti sia a livello nazionale che comunitario.

Altra questione tutta interna alla dinamica dei rapporti tra Assemblea regionale siciliana e Giunta regionale riguarda, invece, la concreta verifica sulla concreta attuazione data agli atti di indirizzo. Un uso più incisivo anche dei tradizionali strumenti di sindacato ispettivo ed una maggiore attenzione dei deputati al "seguito" dato agli stessi potrebbe, in tale circostanza, rivelarsi decisivo per la valorizzazione del ruolo dell'Assemblea come organo di controllo dell'operato del Governo regionale.

# XV LEGISLATURA INTERROGAZIONI (dal 22 maggio 2008 al 2 aprile 2009)

Tipologia atto	Maggioranza	Opposizione	Totale
Presentate	240	300	540
Con richiesta di risposta orale	93	194	287
Con richiesta di risposta scritta	135	101	236
Con richiesta di risposta in commissione	7	6	13
Svolte (risposte in Aula o in Commissione)	12	43	55
Trasformata in scritta (risposte in Aula o in Commissione)	14	20	34
Risposte scritte pervenute (risposta scritta o trasformata in scritta)	36	20	56

# XV LEGISLATURA INTERPELLANZE (dal 22 maggio 2008 al 2 aprile 2009)

Tipologia atto	Maggioranza	Opposizione	Totale
Presentate	23	31	54
Svolte	7	5	12
Interpellanti soddisfatti (solo se concluse)	1	2	3
Interpellanti parzialmente soddisfatti (solo se concluse)	0	2	2
Interpellanti non soddisfatti (solo se concluse)	2	1	3
Trasformate in mozione	0	1	1

# XV LEGISLATURA ATTIVITÀ DI INDIRIZZO POLITICO (dal 22 maggio 2008 al 2 aprile 2009)

Mozioni (al 2 aprile 2009)	Maggioranza	Opposizione	Magg./Opp.	Totale
Presentate	53	54	17	124
Discusse	3	10	6	19
Approvate	3	9	5	17
Ritirate	2	1	2	5
Respinte	0	0	0	0
Superate	0	1	0	1
Ordini del giorno (al 2 aprile 2009)	Maggioranza	Opposizione	Magg./Opp.	Totale
Presentati	43	40	47	130
Discussi	4	2	8	14
Approvati	23	21	33	77
Accetati come raccomandazione	15	15	12	42
Ritirati	4	0	2	6
Respinti	0	0	0	0
Superati	0	2	0	2



# Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato su "L'atto politico"

#### di Salvatore Dettori

La prima recente pronuncia del Consiglio di Stato su cui si pone l'attenzione in questa Rassegna è utile in quanto, pur non discostandosi da altre precedenti decisioni su questioni analoghe, offre un quadro generale dell'evoluzione della giurisprudenza del giudice amministrativo sul tema dell'atto (di indirizzo) politico.

Oggetto della pronuncia del **Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209** è la revoca di un assessore comunale. In particolare nell'appello il Comune chiede la riforma della sentenza del giudice di prime cure che aveva accolto il ricorso proposto dall'interessato, ravvisando fondato il vizio di violazione di legge per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca dell'incarico.

Nella decisione in esame il Consiglio di Stato riconosce subito priva di pregio l'eccezione di inammissibilità del ricorso originario sollevata dal Comune a giudizio del quale l'atto di revoca dell'incarico di assessore sarebbe inquadrabile tra gli atti politici e perciò non impugnabile davanti al giudice amministrativo alla luce della disposizione contenuta nell'art. 31 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, recante il Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato.

A tal proposito viene sottolineato come, fino ad epoca recente, la categoria degli atti politici sia stata individuata con criteri restrittivi. Ciò è avvenuto sia prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948, quando si è evidenziato che essi debbono trovare causa obiettiva nella ragione di Stato indipendentemente dai motivi specifici che ne abbiano in concreto determinato l'emanazione (Cons. St., Sez. IV, 20 gennaio 1946, n. 351); sia, e principalmente, dopo il 1948, in ossequio al principio della indefettibilità della tutela giurisdizionale ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost. Nella categoria degli atti politici sono stati allora inclusi generalmente quegli atti che attengono alla direzione suprema e generale dello Stato considerato nella sua unità e nelle sue istituzioni fondamentali (Corte cost. n. 103 del 19 marzo 1993). È stato al riguardo precisato che gli atti politici costituiscono espressione della libertà (politica) connessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti (Cons. St. Sez. IV, 14 aprile 2001, n.

**340**) e che essi sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge (Cass., S. U., 13 novembre 2000, n. 1170).

Il Consiglio di Stato prosegue ricordando come tradizionalmente all'atto politico sia attribuito un duplice profilo caratterizzante: l'uno soggettivo, dovendo provenire l'atto da organo di pubblica amministrazione, seppure preposto in modo funzionale all'indirizzo ed alla direzione al massimo livello della cosa pubblica; l'altro oggettivo, dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione (**Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397**).

Peraltro, rammenta il giudice amministrativo, la categoria degli atti politici è stata recentemente sottoposta a rivisitazione a seguito delle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, che ha fatto venir meno la struttura verticale delle autonomie, con al vertice lo Stato, con il conseguente riconoscimento della presenza ormai di "un sistema istituzionale costituito da una pluralità di ordinamenti giuridici integrati, ma autonomi, nel quale le esigenze unitarie si coordinano con il riconoscimento e la valorizzazione delle istituzioni locali" (Cass., S. U., 16 giugno 2005, n. 12868).

D'altra parte è stata ribadita la portata generale del principio della tutela giurisdizionale contro gli atti della amministrazione pubblica sancito dall'art. 113 Cost., che coinvolge, in linea di principio, tutte le amministrazioni anche di rango elevato e di rilievo costituzionale. Da ciò ne discende che le deroghe a tale principio debbono essere ancorate a norme di carattere costituzionale e che dunque possano sottrarsi al controllo giurisdizionale solo quel numero estremamente ristretto di atti in cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico. Tali atti infatti non potrebbero correttamente qualificarsi come atti amministrativi, donde l'intervento del giudice determinerebbe un'interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri.

Con riferimento all'autonomia dei comuni, il Consiglio di Stato fa presente come, ai sensi del nuovo art. 117 Cost., la materia "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali dei Comuni, Province e Città metropolitane" sia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. È dunque la legge dello Stato che delinea il riparto di competenze tra consiglio comunale e giunta, secondo le disposizioni contenute nel D. Lgs n. 267 del 2000.

Dalle considerazioni svolte il giudice amministrativo ricava dunque che il sindaco (come del resto il consiglio e le giunta comunale) non è un organo di rilievo costituzionale e che la giunta comunale non è di per sé abilitata alla direzione al massimo livello dell'amministrazione comunale. L'atto sindacale di revoca di un assessore (o di più assessori) non è quindi atto libero nella scelta dei fini, essendo sostanzialmente rivolto al miglioramento della compagine di ausilio del sindaco nell'amministrazione del comune, e per altro verso risultando sottoposto per legge alla valutazione del consiglio comunale.

In definitiva, l'atto di revoca risulta posto in essere da un'autorità amministrativa e nell'esercizio di un potere amministrativo, sia pure ampiamente discrezionale, e dunque a giudizio del massimo organo di giustizia amministrativa, se ne deve ritenere ammissibile l'impugnativa davanti al giudice amministrativo.

Tanto detto, l'atto in questione presenta però delle peculiarità che determinano l'applicazione di un regime differente rispetto a quello generale del provvedimento amministrativo. Nella pronuncia in esame si affronta la questione relativamente all'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento di revoca e della sussistenza o meno della motivazione del conseguente provvedimento. A tal proposito il Consiglio di Stato evidenzia come la normativa vigente attribuisca al sindaco la potestà di nominare e revocare uno o più assessori a cui è collegato esclusivamente un onere di motivata comunicazione al consiglio, senza alcuna previsione in merito sia alla giustificazione da rendere al diretto interessato sia ad un potere di ratifica da parte del consiglio stesso.

L'obbligo di motivazione del provvedimento di revoca dell'incarico di assessore va dunque valutato all'interno di tale quadro di diritto positivo, che riserva al sindaco un ampio potere di valutazione in merito all'opportunità politico-amministrativa di adottare tale atto, alla luce sia di esigenze di carattere generale, quali ad es. rapporti con l'opposizione o rapporti interni alla maggioranza consiliare, sia di particolari esigenze di maggiore operosità ed efficienza di specifici settori dell'amministrazione locale o per l'affievolirsi del rapporto fiduciario tra il capo dell'amministrazione e singolo assessore; tenendo presente che trattasi non di un tipico procedimento sanzionatorio, ma di una revoca di un incarico fiduciario difficilmente sindacabile in sede di legittimità se non sotto i profili formali e l'aspetto dell'evidente arbitrarietà, in relazione all'ampia discrezionalità spettante al capo dell'amministrazione locale (Cons. St., Sez. V, 3 aprile 2004, n. 1042; Cons. St., Sez. V, 7 settembre 2004, n. 5864).

Con riferimento alla necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento, il Consiglio di Stato, a fronte di una giurisprudenza alquanto incerta sulla questione, ritiene che la revoca dell'incarico di assessore comunale sia immune dalla previa comunicazione dell'avvio del procedimento in considerazione della disciplina normativa vigente in materia. Le prerogative della partecipazione possono infatti essere invocate quando l'ordinamento prende in qualche modo in considerazione gli interessi privati in quanto ritenuti idonei ad incidere sull'esito finale per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico, mentre tale partecipazione diventa indifferente in un contesto normativo nel quale la valutazione degli interessi coinvolti è rimessa in modo esclusivo al sindaco, cui compete in via autonoma la scelta e la responsabilità della compagine di cui avvalersi per l'amministrazione dell'ente. Viene dunque in evidenza un'esigenza di semplificazione procedimentale volta a consentire un'immediata soluzione della crisi intervenuta nell'ambito del governo locale: in tale prospettiva non trova spazio la comunicazione dell'avvio del procedimento all'assessore assoggettato alla re-

voca, la cui opinione è irrilevante per il diritto vigente, salvo che non venga fatta propria dal consiglio comunale.

Il tema dell'atto politico ritorna spesso con riferimento ai provvedimenti mediante i quali vengono attribuiti ovvero revocati incarichi istituzionali.

Assai di recente si veda **Cons. St., Sez. V, 21 gennaio 2009, n. 280,** ove il giudice amministrativo ha avuto modo di ribadire come il potere di revoca dell'incarico di assessore comunale sia posto essenzialmente nella disponibilità del sindaco, donde l'obbligo di motivazione del provvedimento in questione può senz'altro ritenersi assolto ove la motivazione medesima si fondi sulle più ampie valutazioni di opportunità politico-amministrative, rimesse in via esclusiva al sindaco, senza che occorra specificare i singoli comportamenti addebitati all'interessato; allo stesso modo, viene ribadito come la revoca dell'incarico di assessore comunale debba considerarsi immune dalla previa comunicazione dell'avvio del procedimento.

Con riguardo alla nomina di alte cariche istituzionali merita di essere segnalata **Cons. St., Sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3893**, che nasce da una controversia sul conferimento dell'ufficio di Primo Presidente della Corte di Cassazione.

La pronuncia in esame viene in rilievo in questa sede per due aspetti: il primo relativo al controllo giurisdizionale di legittimità sui provvedimenti del Consiglio Superiore della Magistratura con cui si dispone la nomina ai più alti uffici della magistratura ordinaria; il secondo relativo alla qualità del controllo svolto dal giudice di prime cure.

La Quarta Sezione prende posizione sulla natura della delibera per il conferimento dell'ufficio in questione, prima carica magistratuale dello Stato, che definisce atto di alta amministrazione. Tale riconoscimento non consente dunque di affermare la totale sottrazione di tale atto al sindacato giurisdizionale di legittimità e, più in generale, alla garanzia costituzionale di tutela prevista nei confronti di tutti gli atti della pubblica amministrazione ai sensi degli articoli 24 e 113 della Costituzione.

Evidenzia infatti il giudice amministrativo dell'appello come, soprattutto in occasione della nomina di una così alta carica, l'amministrazione (e per essa il Consiglio Superiore della Magistratura) eserciti un elevatissimo potere discrezionale. Tale potere non può infatti logicamente esaurirsi nel mero riscontro da parte dei singoli candidati dei requisiti prescritti dalla legge, ma importa articolate, delicate e talvolta addirittura sfumate valutazioni sulla stessa personalità dei suddetti, sulle loro capacità organizzative, sul loro prestigio (e sul prestigio che eventualmente hanno già conferito agli uffici precedentemente ricoperti e che astrattamente sono in grado di assicurare a quello da ricoprire). In ragione di ciò, si sostiene nella pronuncia in esame, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio di detto potere discrezionale si configura come limitato ed attenuato, ma non escluso. Esso risulterà infatti circoscritto all'accertamento estrinseco della sua legittimità, cioè al riscontro dell'esistenza dei presupposti e alla congruità

della motivazione nonché all'esistenza del nesso logico di consequenzialità fra presupposti e conclusioni (Cons. St., Sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 7112; Cons. St., Sez. IV, 20 dicembre 2005, n. 7216; Cons. St., Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8210; Cons. St., Sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7105).

Un tale sindacato giurisdizionale assicurerebbe così il rispetto delle garanzie costituzionali di tutela, senza compromettere le prerogative del Consiglio Superiore della Magistratura ed i principi di autonomia e di indipendenza dell'Ordine giudiziario: la delibera sulla nomina alla più alta carica magistratuale costituisce infatti pur sempre espressione di un'attività formalmente e sostanzialmente amministrativa e non un atto di carattere politico o paragiurisdizionale.

Sotto un differente profilo il tema dell'atto politico trova altresì spazio in **Cons. St., Sez. IV, ord. 29 luglio 2008, n. 3992**, pronuncia interessante anche per l'ampia eco mediatica che ha riscosso la vicenda, che ruotava intorno alla determinazione del Direttore generale del Ministero della difesa – Direzione generale dei lavori del demanio – con la quale era stato autorizzato lo sviluppo dell'area dell'aeroporto "Dal Molin" di Vicenza per l'insediamento delle strutture dell'Esercito americano ed era stata autorizzata la pubblicazione del bando di gara per l'affidamento della progettazione e della realizzazione dei relativi lavori.

Il giudice amministrativo dell'appello investito della questione ha modo di prendere posizione circa la natura dell'atto oggetto di impugnazione. A tal proposito viene innanzitutto evidenziato come le opere oggetto di autorizzazione si inquadrino nelle attività a finanziamento diretto statunitense, regolamentate da un Accordo bilaterale Italia- Stati Uniti d'America risalente al 20 ottobre 1954, stipulato nell'ambito della mutua collaborazione tra gli Stati aderenti alla Nato.

Nel quadro di tale accordo termini, modalità e procedure da seguire per la realizzazione delle infrastrutture di interesse degli Stati Uniti sono regolamentate da una direttiva tecnica dello Stato Maggiore della difesa, sottoscritta dalle due parti, nonché da appositi memorandum d'intesa e da appositi accordi che regolano le modalità di controllo da parte delle autorità nazionali.

Il Consiglio di Stato evidenzia dunque come la determinazione autorizzatoria in esame tragga la propria ragione dal consenso prestato dal Governo italiano al Governo degli Stati Uniti per l'esecuzione del programma, nell'ambito di intervenuti rapporti internazionali fra Stati, confermato in più occasioni dai diversi Governi succedutisi nel tempo e da ultimo formalizzato in una lettera del Presidente Prodi al Presidente Bush e ribadito nella nomina del Commissario straordinario di Governo per lo svolgimento delle attività necessarie a favorire la realizzazione dell'ampliamento dell'insediamento militare americano all'interno dell'aeroporto "Dal Molin".

Il suddetto atto, in ragione della sua natura di atto promanante dal Governo nell'esercizio del potere politico, si configura come riconducibile alle attività di carattere internazionale fra Stati: di conseguenza esso deve considerarsi sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità, secondo quanto disposto dall'art. 31 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054.

Le attività di cui si discute si inquadrano infatti correttamente nella procedura fissata dai due Governi ove è previsto il totale finanziamento a carico degli Stati Uniti e l'assegnazione delle commesse sulla base della procedura speciale pattizia e non delle norme interne, salvo che per le norme italiane di carattere generale regolanti le costruzioni.

L'atto di assenso del Governo italiano alla richiesta del Governo statunitense costituisce dunque espressione di potere politico, insindacabile a livello giurisdizionale: da ciò, non riconoscendosi nello specifico ulteriori ragioni per definire la questione in senso contrario, l'impossibilità a parere del Consiglio di stato di ritenersi sussistenti i requisiti per la concessione del provvedimento cautelare chiesto in primo grado e, di conseguenza, il rigetto dell'istanza cautelare.

Con riferimento al requisito della politicità dell'atto, merita attenzione anche Cons. St., Sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286. La controversia muove da una richiesta di estradizione, avanzata dal Governo degli Stati Uniti d'America, di un soggetto accusato avanti alla Corte Superiore di Hartford (Connecticut) dei reati di omicidio volontario e di associazione finalizzata alla commissione di omicidio. A seguito della pronuncia favorevole della Corte di Appello di Roma confermata dalla Corte di Cassazione, il Ministro della Giustizia con proprio decreto concedeva l'estradizione. La decisione veniva impugnata ed il T.A.R. Lazio dapprima sospendeva in via cautelare l'efficacia del decreto e successivamente lo annullava con sentenza per difetto di motivazione e di istruttoria.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello proposto dal Ministero della Giustizia. Per quanto di interesse in questa Rassegna giova innanzitutto evidenziare la ricostruzione offerta dalla Quarta Sezione con riferimento alla procedura di estradizione passiva, la quale, viene ricordato, si articola in due fasi, una giurisdizionale ed una amministrativa, strettamente connesse, ma facenti capo a poteri dello Stato distinti. Una volta attivata la procedura al Ministro della giustizia è infatti attribuito il potere di disporre la trasmissione della domanda estera di estradizione al Procuratore generale presso la Corte di appello competente per territorio. Questi, esperiti gli accertamenti preliminari, investe a sua volta la Corte, attivando la fase giurisdizionale propriamente detta. Il sistema vigente affianca dunque al potere discrezionale del Ministro di concedere o meno l'estradizione la garanzia giurisdizionale che riguarda sia l'accertamento delle condizioni legittimanti l'estradizione sia la tutela della libertà personale dell'estradando. A tal proposito rileva quanto disposto dall'art. 701 c.p.p., ossia che senza la decisione favorevole della Corte o il consenso dell'estradando l'estradizione non può mai essere concessa, ma che la decisione favorevole o addirittura il consenso dell'estradando non obbligano il Ministro a concederla.

Il giudice amministrativo di appello aderisce peraltro alla posizione della

giurisprudenza che da tempo ha chiarito che il decreto di estradizione, a differenza degli atti di stipula e adesione a Trattati o Convenzioni in materia, non ha natura di atto politico, ma natura di atto di alta amministrazione: si tratta infatti di una determinazione, sia pure latamente discrezionale, che non coinvolge immediatamente interessi superiori dello Stato, ma provvede su un oggetto specifico e circoscritto, disponendo in modo diretto e immediato di interessi essenzialmente individuali (**Cons. St., Sez IV, n. 344 del 1966**).

Dall'affermata natura di atto di alta amministrazione deriva secondo il Consiglio di Stato la normale sindacabilità del decreto di estradizione da parte del giudice amministrativo, con due limiti: per un verso il sindacato può riguardare i soli aspetti del provvedimento che siano discrezionali e quindi lesivi di interessi legittimi, non sussistendo in materia alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva; per altro verso, il medesimo sindacato non può investire direttamente il merito di una scelta che l'ordinamento configura come latamente discrezionale. Da quanto affermato deriva in particolare che rimane precluso al giudice amministrativo ogni tipo di accertamento che si traduca nel riesame di provvedimenti giurisdizionali adottati dal Giudice penale, trattandosi di questioni concernenti lo *status libertatis* e comunque posizioni di diritto soggettivo coinvolte dalla procedura di estradizione. Per le medesime ragioni è preclusa al giudice amministrativo ogni indagine che esorbiti dal riscontro in seno al decreto di profili estrinseci di abnormità o illogicità, suscettibili in quanto tali di essere apprezzati anche nella giurisdizione di legittimità.

Nell'ipotesi in cui, come nella vicenda in esame, si configuri come teoricamente possibile l'irrogazione della pena capitale, il diritto positivo impone peraltro un duplice controllo, da parte sia dell'Autorità giudiziaria che di quella ministeriale. In conseguenza di ciò, afferma il Consiglio di Stato, in capo al Ministro – fermo il suo potere di scelta se concedere o meno l'estradizione – viene dunque a restringersi il margine di accertamento sul punto, allorché il riscontro in chiave obiettiva di questo presupposto formale di estradabilità sia stato già compiuto favorevolmente dal Giudice penale. Il giudizio sulle garanzie fornite dallo Stato richiedente circa la non inflizione o esecuzione della pena di morte formulato dal Ministro nella fase amministrativa della procedura può dunque essere sindacato dal giudice amministrativo solo nella misura in cui è frutto di valutazioni discrezionali (cioè incidenti su interessi legittimi) e non nella parte in cui fondi, adeguandovisi, sull'accertamento (incidente sui diritti) già compiuto dal giudice ordinario.

L'ordinamento vigente non consente invece al giudice amministrativo di acclarare la concedibilità tecnico giuridica dell'estradizione e di ripercorrere ex novo – nel giudizio innescato dall'impugnazione del provvedimento amministrativo discrezionale che la concede – quelle stesse questioni di diritto soggettivo che hanno già formato compiuto oggetto dell'esame del Giudice penale nella pregressa fase giurisdizionale della procedura.

A fronte dunque dell'accertamento espletato da tale ultima autorità giurisdizionale circa il fatto che il reato per cui è accusato l'estradando non prevede la pena capitale ed i fatti per i quali l'estradizione è stata richiesta dagli U.S.A. non possono essere ivi riqualificati come elementi costitutivi di un reato punibile con la pena capitale, pena la violazione di una norma pattizia speciale e imperativa recepita nell'ordinamento dello Stato richiedente (l'art. XVI, comma 1, del Trattato Italia –USA), il Consiglio di Stato afferma la fondatezza del rilievo dell'Amministrazione appellante in ordine alla inesistenza di difetti motivazionali o carenze istruttorie nel provvedimento che lo recepisce.

Merita altresì interesse la posizione della recente giurisprudenza sulla riconducibilità alla natura politica degli atti attraverso i quali si determina lo scioglimento del Consiglio comunale. Sulla questione si segnala **Cons. St., Sez. V, 4 ottobre 2007, n. 5146**, che si pronuncia in merito alla riforma della sentenza del giudice di primo grado che aveva in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il ricorso proposto per l'annullamento di una serie di atti, tra i quali il decreto del Presidente della Repubblica, con il quale veniva disposto lo scioglimento di un Consiglio Comunale per infiltrazioni mafiose, ai sensi dell'art. 143 del D.Lgs. n. 267 del 2000.

Con riguardo a tale disposizione, viene richiamata dal Consiglio di Stato la posizione della prevalente giurisprudenza amministrativa che afferma come lo scioglimento temporaneo di un Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose costituisca una misura di carattere straordinario che non ha finalità repressive nei confronti di singoli, ma concerne piuttosto la salvaguardia della pubblica amministrazione di fronte alla pressione ed all'influenza della criminalità organizzata (Cons. St., Sez. V, 2 ottobre 2000, n. 5225).

Il suddetto art. 143 conferisce dunque alle massime autorità istituzionali competenti all'adozione del provvedimento di scioglimento dei consigli comunali un potere ampio e altamente discrezionale, che non necessita dell'accertamento di quei presupposti di fatto che per essere provati in modo certo e conclusivo della responsabilità dei singoli amministratori richiedono lo svolgimento di procedimenti giurisdizionali o assimilati. I presupposti per l'esercizio di detto potere devono dunque essere valutati nel loro insieme e per la idoneità ad esprimere un reale pericolo di infiltrazioni mafiosa nelle amministrazioni locali (Cons. St., Sez. V, 4 maggio 2005, n. 2160).

In tal senso risulta altresì ampio, secondo il Consiglio di Stato, il margine per l'apprezzamento degli effetti derivanti dai collegamenti o dalle forme di condizionamento in termini di compromissione della libera determinazione degli organi elettivi, del buon andamento della Amministrazione, del regolare funzionamento dei servizi, ovvero in termini di grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica. Per queste ragioni, il decreto di scioglimento dei consigli comunali, pur non potendosi qualificare atto politico, non costitui-

sce neppure misura a carattere sanzionatorio (**Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000 n. 585; Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 1994, n. 925**), bensì è da qualificarsi come una misura di carattere straordinario per fronteggiare una emergenza straordinaria (Corte cost. 19 marzo 1993, n. 103).

L'atto nel quale il suddetto potere discrezionale di scioglimento trova concreta espressione può dunque essere assoggettato al vaglio giurisdizionale, come è regola generale nel giudizio di legittimità, in presenza di vizi che denotino la deviazione del procedimento dal suo fine istituzionale nonché in ipotesi di carenza di completezza della motivazione e dell'istruttoria, nonché di difetto di logicità della valutazione amministrativa.

Il Consiglio di Stato a tal proposito ha peraltro modo di precisare come il provvedimento di scioglimento, per quanto contrassegnato da ampi margini di discrezionalità, e dall'assenza di una rigida predeterminazione dei suoi requisiti di fatto, debba essere sempre ancorato a due presupposti di legittimità: a) gli elementi considerati devono essere comunque acquisiti attraverso modalità tali da garantirne un grado minimo di attendibilità, anche in relazione al percorso logico induttivo che può indicare la concreta esistenza di un livello significativo di condizionamento; b) gli elementi, correttamente accertati, devono comunque evidenziare un adeguato rilievo causale nella determinazione di un effetto di "compromissione" della vita dell'ente, oggettivamente verificabile, ancorché nel solco di un percorso logico ragionevole, svolto attraverso il ricorso a presunzioni e a massime di esperienza.

La mancanza nella vicenda di specie di elementi attendibili nel senso appena ricordato, unita all'emergere di profili di contraddittorietà della motivazione e di difetto istruttorio inducono il Consiglio di Stato ad accogliere l'appello, con il conseguente annullamento del provvedimento di scioglimento impugnato in primo grado.

Nel medesimo senso, **Cons. St., Sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 665**, ove si afferma ancora che il potere di scioglimento dei consigli comunali ha una valenza, se non propriamente politica, quanto meno di alta amministrazione ed implica, in quanto tale, un elevato tasso di discrezionalità, sia nell'accertamento, sia soprattutto nella valutazione dei fatti acquisiti al procedimento, che si sottrae ad un sindacato di merito da parte del giudice. Da tutto ciò consegue che il sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio del potere di scioglimento di un consiglio comunale per infiltrazione delinquenziale, avendo natura estrinseca e formale, non può spingersi oltre la verifica della ricorrenza di un idoneo e sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole. In tal prospettiva, non è, pertanto, consentito al giudice amministrativo estendere il sindacato al merito della decisione, sostituendo, in particolare, il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione nella quantificazione della rilevanza delle prove e soprattutto degli indizi al fine

di ritenere configurato il condizionamento mafioso, rimesso, invece, agli apparati operativi e di controllo dell'amministrazione stessa.

Stessa questione rileva in **Cons. St., Sez. IV, 2 marzo 2007, n. 1004**, in merito alla impugnazione di una serie di atti, tra cui il decreto del Presidente della Repubblica, volti a disporre lo scioglimento di un Consiglio comunale ai sensi del ricordato art. 143 del D.Lgs. n. 267 del 2000. Viene confermato come, alla luce degli ampi margini di apprezzamento riservati all'amministrazione con riguardo agli effetti derivanti dai collegamenti o dalle forme di condizionamento derivanti dall'infiltrazione di tipo mafioso, il decreto di scioglimento dei consigli comunali, si debba qualificare come una "misura di carattere straordinario" per fronteggiare "una emergenza straordinaria". Si tratta, infatti, di potere straordinario a tutela della funzionalità degli organi elettivi e della rispondenza a fondamentali canoni di legalità dell'apparato dell'ente locale interessato, in un quadro di lotta alla criminalità organizzata e di connesso avanzamento della soglia di prevenzione rispetto a fatti anche sintomatici di interferenze malavitose sulla fisiologica vita democratica dell'ente.

Ad avviso del Consiglio di Stato compete dunque esclusivamente all'amministrazione non solo l'apprezzamento di merito dei fatti accertati ed acquisiti al procedimento, in relazione al significato complessivo che essi assumevano con specifico riferimento al contesto locale, ma anche la ponderazione delle prove e degli indizi e l'attribuzione agli stessi del peso complessivo al fine dell'adozione della decisone finale. Come in precedenza ricordato quindi, gli atti adottati nell'esercizio del potere di cui all'art. 143 potranno dunque essere soggetti al sindacato giurisdizionale solo in presenza di vizi che denotino la deviazione del procedimento dal suo fine istituzionale, ovvero un'istruttoria o una motivazione carenti, ovvero ancora l'illogicità della valutazione compiuta dall'amministrazione.

La natura di atto di alta amministrazione è riconosciuta da Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2006, n. 4765 anche al decreto del Prefetto di nomina della commissione straordinaria di una ASL, provvedimento adottato a seguito dell'accertamento di elementi di interferenza nella gestione amministrativa dell'ente da parte della locale criminalità organizzata. Il Consiglio di Stato, dopo aver affermato la riconducibilità del provvedimento impugnato nell'ambito della tutela della sicurezza pubblica, di competenza prefettizia, e non in quello dell'organizzazione sanitaria che spetterebbe invece alle regioni., ne riconosce comunque la significativa valenza politica, donde un sindacato giurisdizionale che non può che essere ad esso estrinseco, secondo le regole proprie del giudizio di legittimità, senza possibilità di apprezzamenti che ne concernano il merito. Nello specifico, considerati e valutati fatti e circostanze addotti, ed esclusa appunto la possibilità di censurare il merito del relativo apprezzamento e della ritenuta loro significatività ai fini della dimostrazione dell'esistenza delle condizioni, anche di urgenza e necessità, occorrenti a giustificare l'adozione del provvedimento in questione, il giudice amministrativo non ha ritenuto configurato prospettato vizio di eccesso di potere.

Il tema della natura e dei caratteri dell'atto (di indirizzo) politico è affrontato dalla giurisprudenza amministrativa anche con riguardo al differente profilo della distinzione tra tali atti e gli atti di gestione propriamente detti. Su tale problematica merita attenzione **Cons. St., Sez. III, 23 settembre 2008, n. 3095**, che si è pronunciato sulla nomina della Commissione tecnica per la determinazione delle procedure e dei criteri per la rilevazione, il calcolo e l'arrotondamento delle penali previste dalla Convenzione di concessione per l'affidamento dell'attivazione e della conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento ed intrattenimento.

Ai sensi dell'art. 27, comma 4, della suddetta Convenzione le penali sono infatti determinate ed applicate sulla base delle procedure e dei criteri per la rilevazione, il calcolo e l'arrotondamento definite da un'apposita commissione tecnica, nominata dal Ministro dell'economia e delle finanze o suo delegato e composta da tre membri dei quali uno indicato dal Ministro o suo delegato, con funzioni di Presidente, e due indicati dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS).

La questione verte dunque sul contrasto che si porrebbe tra questa norma ed il principio della separazione tra indirizzo politico-amministrativo, da ricondurre alle competenze del Ministro, ed atti di gestione, da ricondurre alla competenza dei dirigenti dell'Amministrazione, principio ricavabile dagli artt. 4 e 14 del D.Lgs. n. 165 del 2001. La soluzione favorevole all'interpretazione dell'art. 27, comma 4, della Convenzione nel senso che il potere di nomina della Commissione tecnica in questione spetterebbe *iure proprio* agli organi burocratici di AAMS si ricaverebbe peraltro dall'art. 13 l. n. 146 del 1998, nella parte in cui dispone che "le disposizioni legislative concernenti l'Amministrazione finanziaria successive al d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, vanno intese nel senso che devono essere adottati dal Ministro delle finanze esclusivamente i provvedimenti che sono espressione del potere di indirizzo politico-amministrativo di cui agli artt. 3, comma 1, e 14 del citato d.lgs. n. 29 del 1993".

Sulla questione il Consiglio di Stato ritiene invece che dalla previsione contenuta nell'art. 4, comma 1, del D.Lgs. n. 165 del 2001 si evinca che le nomine specificamente attribuite al Ministro rientrano in generale nelle funzioni di indirizzo politico-amministrativo e non costituiscano, in sé e per sé, atti di gestione.

Una tale soluzione si ricava, secondo il massimo organo di giustizia amministrativa, sia da una lettura sistematica della ricordata normativa vigente, sia alla luce del fatto che il comma 4 dell'art. 27 scaturisce dalla concorde volontà della AAMS e dei concessionari, che hanno ritenuto di trovare nella nomina da parte del Ministro dell'economia e delle finanze una garanzia in ordine alla non assoluta appartenenza alla AAMS della Commissione tecnica per ciò che riguarda la determinazione delle procedure e dei criteri per la rilevazione, il calcolo e l'arrotondamento delle penali.

I termini della questione non mutano sostanzialmente quando il provvedimento riguardi non più nomine *tout court*, ma la previsione di nuovi organi amministrativi. In tal senso si segnala **Cons. St., Sez. IV, 2 ottobre 2008, n. 4789,** in merito ad una controversia per l'annullamento del provvedimento con cui si istituiva la direzione regionale delle dogane per la Regione Calabria con sede a Reggio Calabria. Il giudice di primo grado accoglieva il ricorso proposto dal Comune di Catanzaro e annullava la determinazione del Direttore dell'Agenzia delle dogane, nella parte in cui, nell'istituire la Direzione regionale per la Calabria, ne indicava la sede in Reggio Calabria, nonostante che la stessa non fosse il capoluogo della Regione.

Il Consiglio di Stato, nel riformare la decisione impugnata dal Comune di Reggio Calabria, dal Ministero dell'Economia e delle finanze e dall'Agenzia delle dogane, ha modo di soffermarsi sulla censura di improponibilità dell'originario ricorso per la natura di atto politico del provvedimento impugnato, emanato nell'esercizio di un potere caratterizzato da ampia discrezionalità e finalizzato al raggiungimento degli obiettivi programmatici e delle finalità proprie dell'Amministrazione, e per carenza, da parte del giudice amministrativo, di potestà a sindacare il merito delle scelte operate dall'amministrazione.

Il giudice amministrativo dell'appello riconosce peraltro al provvedimento in questione natura giuridica di atto di alta amministrazione. Il che rende possibile un sindacato giurisdizionale limitato e attenuato, ma non escluso dall'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione in occasione dell'adozione di un atto che istituisce strutture regionali di vertice, che importa articolate e delicate valutazioni sulla organizzazione dei servizi, sulla loro economicità e razionalità (Cons. St., Sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3893; Cons. St., Sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7112; Cons. St., Sez. IV, 20 dicembre 2005, n. 7216; Cons. St., Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8210; Cons. St., Sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7105). Afferma ancora il giudice amministrativo come un sindacato giurisdizionale così delineato e circoscritto, nel mentre assicura il rispetto delle garanzie costituzionali di tutela di cui agli artt. 24 e 113 Cost., d'altra parte non comporta alcun vulnus alle prerogative dell'amministrazione, tanto più che anche la determinazione sulla istituzione della Direzione regionale delle dogane costituisce pur sempre espressione di un'attività formalmente e sostanzialmente amministrativa e non di un atto di carattere politico o paragiurisdizionale.

La natura di atto politico trova peraltro una diversa ragione di esclusione in **Cons. St., Sez. VI, 5 giugno 2007, n. 2974**. La controversia originaria muove dall'impugnazione da parte di una società, produttrice di tubi in gomma per uso industriale, dell'atto di indirizzo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, avente ad oggetto il quadro espositivo all'amianto della medesima società ai fini del riconoscimento dei benefici previdenziali di legge. Il giudice di prime cure accoglieva il ricorso, ritenendo l'atto impugnato viziato sotto il profilo del difetto

di motivazione e di istruttoria, nonché per violazione del principio di partecipazione al procedimento amministrativo.

Oggetto del giudizio è dunque un atto denominato "di indirizzo", a firma di un sottosegretario del Ministero, con cui viene accertata la situazione dei dipendenti di una determinata impresa in ordine al rischio-amianto al fine dei relativi benefici previdenziali di legge. La pronuncia in esame merita interesse per quanto riguarda il riconoscimento della natura dell'atto in questione, che il Consiglio di Stato non qualifica come atto politico insindacabile. Viene infatti affermato che la circostanza per cui il provvedimento è stato firmato da un sottosegretario può essere invero indice di una decisione assunta a livello politico senza adeguata istruttoria, ma non è elemento sufficiente ad attribuire natura politica all'atto medesimo.

È a tal proposito evidenziato infatti come l'atto impugnato, benché qualificato come "di indirizzo", riguardi una specifica impresa e contenga accertamenti precisi circa l'esposizione all'amianto dei suoi dipendenti: si tratta, dunque, di un atto a destinatario determinato (l'impresa ricorrente) e diretto ad incidere, in via indiretta, sull'attività dell'INAIL di rilascio delle attestazioni di sua competenza e dell'INPS per l'eventuale applicazione dei benefici previdenziali. A parere del Consiglio di Stato l'atto non contiene dunque linee direttive o orientative o di indirizzo circa una determinata attività amministrativa degli organi o degli enti destinatari, ovvero in ordine all'atteggiamento da assumere o alle soluzioni da approntare riguardo a determinate problematiche o aspetti del settore, ma incide direttamente sulla impresa oggetto dell'accertamento sotto diversi profili, la quale dunque risulta legittimata ad agire dinanzi al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto.

## Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (settembre 2008-aprile 2009)

di Cristiano Celone e Laura Trizzino

## 1. Silenzio-rifiuto

Nella sentenza **n. 44 del 9 febbraio 2009** – ove viene confermata la decisione del giudice di prime cure – il CGA ha affermato la inidoneità della diffida contemplata dall'art. 25 del testo unico n. 3 del 1957 a far decorrere *ex novo* il termine annuale di decadenza (previsto dall'art. 2, comma 5, della legge n. 241/1990) per la proposizione del ricorso avverso il silenzio-rifiuto dell'amministrazione.

In particolare, oggetto dell'esame dei giudici amministrativi è la pronuncia con la quale la prima sezione del TAR di Catania ha dichiarato irricevibile, per decorso dei termini, il ricorso proposto ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 1034/1971 contro il silenzio-inadempimento serbato da due Comuni sull'istanza di convocazione della conferenza di servizi, di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 447/1998, presentata dalla società appellante, per l'approvazione di un progetto di ampliamento di una struttura alberghiera.

Osserva il giudice, in linea con quanto deciso nel primo grado di giudizio, che l'atto di diffida con cui l'interessata aveva provveduto a mettere in mora l'Amministrazione affinché si pronunciasse nel termine di trenta giorni, non ha natura e contenuto di una nuova istanza di avvio del procedimento, ai sensi dell'ultimo inciso del comma 5 dell'art. 2 della legge n. 241/1990, costituendo piuttosto mera sollecitazione alla emanazione di un provvedimento o, comunque, alla conclusione del procedimento.

Ad avviso del collegio, l'istanza di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990 e la diffida contemplata dall'art. 25 del T.U. del 1957 (ed altresì menzionata dalla prima di queste disposizioni per negarne la necessità ai fini della proponibilità del ricorso) costituiscono, nella configurazione della normativa pubblicistica, atti unilaterali dell'amministrato, differenti per oggetto, causa ed effetti.

D'altronde, chiarisce il CGA, il legislatore, nello stabilire che il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione possa essere proposto fintanto che perduri l'inadempimento e non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai prece-

denti commi 2 (quelli stabiliti dai regolamenti governativi) e 3 (quello ordinario di novanta giorni), ha assunto quale momento di riferimento proprio la data di proposizione dell'istanza. Ad essa devono, dunque, relazionarsi, sia i termini di conclusione del procedimento previsti dai predetti commi, sia l'anno che segna il termine di decadenza dal ricorso medesimo, non suscettibile di interruzione per effetto di eventuali diffide che sono dalla norma espressamente definite superflue.

## 2. Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (c.d. preavviso di rigetto)

È illegittimo, e va pertanto annullato, il provvedimento di diniego del rilascio di concessione edilizia adottato senza il previo contraddittorio procedimentale tra le parti, disciplinato dall'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990 ed applicabile in Sicilia in forza della legge regionale n. 10/1991.

Lo ha affermato il CGA nella decisione **n. 3 del 14 gennaio 2009**, richiamando l'indirizzo giurisprudenziale della sesta sezione del Consiglio di Stato del 22 maggio 2007, n. 2596, secondo il quale l'Amministrazione, in forza del dettato normativo, deve dare ragione, nella motivazione del provvedimento finale, dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni presentate dagli interessati in seguito alla tempestiva comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza (c.d. preavviso di rigetto). L'omissione di detta fase procedimentale, diretta ad instaurare un contraddittorio preventivo tra privato e p.a., in quanto incide sul contenuto dell'atto finale, non può essere sanata successivamente in sede processuale con l'integrazione, negli atti difensivi, dei motivi di rigetto della domanda.

Un Comune, con provvedimento adottato senza l'osservanza della prescritta garanzia procedimentale, aveva negato il rilascio di una concessione edilizia per la costruzione di edifici residenziali e villette bifamiliari, da realizzarsi ai sensi della legge n. 457/1978; il richiedente aveva impugnato il diniego lamentando la violazione dell'art. 10-bis, nonché il difetto di motivazione. Il giudice di prime cure aveva però respinto il ricorso.

Di contrario avviso il collegio, il quale, invece, ritiene che il preavviso di rigetto, lungi dall'essere inutile per la natura vincolata del provvedimento reso, sarebbe stato, in ogni caso, giuridicamente doveroso, atteso che la determinazione amministrativa su un'istanza di concessione edilizia costituisce il risultato di una complessa valutazione discrezionale sugli atti prodotti. In particolare, il Comune non aveva preso in considerazione un'osservazione che era stata accolta in sede di approvazione del p.r.g.; circostanza, quest'ultima, di cui peraltro il TAR palermitano aveva dato atto in un giudizio vertente tra le medesime parti, dichiarando improcedibile il ricorso in quella sede incoato. Ad avviso del CGA,

dunque, sulla portata dell'accoglimento della suddetta osservazione avrebbe dovuto dispiegarsi, ai sensi del citato art. 10-*bis*, il pieno e preventivo contraddittorio procedimentale tra l'istante e l'autorità comunale, in quanto parametro di valutazione della domanda di concessione edilizia.

In tema di preavviso di rigetto si segnala, altresì, la decisione **n. 46 del 9 febbraio 2009**. Il CGA, in questa sede, ha confermato la sentenza della seconda sezione del TAR di Catania n. 1493 del 26 settembre 2007, con la quale è stato respinto il ricorso di una società che lamentava l'esclusione da una procedura selettiva indetta dall'Assessorato regionale industria, a norma della legge regionale n. 32/2000, dichiarando legittimo il relativo provvedimento, in quanto adeguatamente motivato con riferimento alla mancata produzione di alcuni documenti richiesti dal bando.

Tra le argomentazioni profuse in appello per censurare la sentenza gravata, per quanto qui interessa, vi è quella relativa alla violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, sul presupposto che il responsabile del procedimento avrebbe dovuto avvertire l'interessata che stava per essere emesso un provvedimento di esclusione nei suoi confronti.

Il collegio ha ritenuto l'istituto non operante nel caso concreto, così come previsto nell'ultimo periodo della norma citata, e ciò in quanto la selezione alla quale la ricorrente aveva chiesto di partecipare mirava alla formazione di una graduatoria per l'utilizzazione di risorse messe a disposizione dalla Comunità europea, e aveva per ciò stesso natura concorsuale.

Il collegio ha richiamato, sul punto, l'orientamento del Consiglio di Stato (C.d.S., IV, 10 ottobre 2007, n. 5314; C.d.S., IV, 13 marzo 2008, n. 1098), che ritiene non necessario il preavviso *ex* art. 10-*bis*, qualora il provvedimento conclusivo di un procedimento abbia carattere vincolato (giusta la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990), e tale era, per norma del bando, l'esclusione dalla procedura di selezione.

In ogni caso, osserva il CGA, l'esito non sarebbe stato differente, in quanto la società non avrebbe potuto integrare la documentazione prodotta, ma soltanto rilasciare precisazioni, chiarimenti o rettifiche di dichiarazioni già in possesso dell'amministrazione.

#### 3. Conferenza di servizi

In materia di autorizzazione alla realizzazione di una piccola struttura alberghiera in area non destinata dal vigente strumento urbanistico ad insediamenti turistico-ricettivi, è intervenuta la decisione **n. 1169 del 30 dicembre 2008**.

La questione portata all'attenzione del collegio verte in particolare intorno al diniego di indire la conferenza di servizi prevista dall'art. 5 del d.P.R. n. 447/

1998, come modificato dal d.P.R. n. 440/2000, recante norme di semplificazione dei procedimenti di autorizzazione per la realizzazione, l'ampliamento, la ristrutturazione di impianti produttivi, nonché per la determinazione delle aree destinate ad insediamenti produttivi, che trova applicazione nella Regione siciliana in forza dell'art. 37 della legge regionale n. 10 del 2000.

Siffatta disposizione prevede che, qualora il progetto presentato dal richiedente sia in contrasto con le prescrizioni e destinazioni d'uso del p.r.g. e richieda, pertanto, una sua variante, il responsabile del procedimento possa, con adeguata e pertinente motivazione e senza compromettere rilevanti valori ambientali, sanitari e di sicurezza, convocare una conferenza di servizi al fine di assumere le conseguenti decisioni.

Nel caso di specie, una società interessata alla costruzione di una piccola struttura ricettiva (24 posti letto), a completamento di una precedente iniziativa, che aveva riguardato la realizzazione, in area adiacente, di un parco culturale, aveva presentato alla competente autorità comunale il relativo progetto, che però il responsabile del servizio urbanistica e territorio aveva ritenuto non compatibile con il vigente piano urbanistico, in quanto quest'ultimo non contemplava alcuno spazio destinato ad insediamenti turistici. Sarebbe stato pertanto necessario, considerato che l'albergo ricadeva in area localizzata come zona "E" destinata a "verde agricolo", indire la conferenza di servizi, ai sensi del predetto art. 5, proprio al fine di introdurre una variante al p.r.g. Ma il Comune aveva negato la richiesta di indizione della conferenza di servizi e per l'effetto aveva rigettato la richiesta di concessione edilizia. La società interessata aveva, di conseguenza, impugnato i relativi provvedimenti di diniego ed il TAR aveva accolto il ricorso.

Diversamente, il CGA ha, invece, riformato la sentenza di primo grado, in quanto non ha condiviso la tesi del giudice di prime cure sulla obbligatorietà dell'avvio dell'*iter* semplificato di cui al citato art. 5, comma 2, del d.P.R. n. 447/98; la stessa formulazione letterale della norma, infatti, esprime chiaramente ed inequivocabilmente che l'esercizio del potere di azionare il suddetto procedimento di approvazione della variante urbanistica è un evento eccezionale, condizionato in ogni caso alla sussistenza di determinati presupposti, al quale il responsabile del procedimento può fare ricorso esternandone le ragioni.

Ad avviso dei giudici amministrativi, indipendentemente da precisi divieti ambientali, l'inopportunità del ricorso alla procedura semplificata ben potrebbe essere determinata dalla necessità di non pregiudicare, attraverso un procedimento che sottrae sostanzialmente a Comune e Regione i poteri ordinari di programmazione e governo del territorio, rilevanti valori paesaggistico-ambientali, non essendo l'intenzione della norma regolamentare quella di spingere a tali estremi l'evidente favore nei confronti dell'insediamento di attività produttive.

Il provvedimento di diniego costituisce, dunque, secondo il collegio, espressione della discrezionalità tecnica di programmazione e governo ordinato del terri-

torio, di competenza dell'autorità comunale, non sindacabile per ciò stesso nel merito delle valutazioni che sorreggono il diniego; valutazioni che, in ogni caso, sono state correttamente ed adeguatamente enunciate in motivazione, in osservanza delle regole che governano, in linea generale, il procedimento amministrativo.

## 4. Appalti

Nella decisione **n. 232 del 15 aprile 2009**, che conferma la sentenza del TAR Palermo n. 180/2008, il CGA prende in esame la legittimità dell'aggiudicazione di una gara a trattativa privata *ex* art. 15 della legge regionale n. 4 del 1996, come modificata dalla legge n. 22/1996, indetta da un Comune per l'affidamento in concessione del servizio di assistenza domiciliare in favore di anziani e disabili.

Il collegio, adeguandosi, con diversa motivazione, alla conclusione del giudice di primo grado, ha confermato l'aggiudicazione della gara alla cooperativa appellata, sebbene la stessa non avesse reso, contestualmente alla domanda di partecipazione alla procedura, la dichiarazione attestante la regolare posizione dell'impresa in tema di occupazione dei disabili, secondo il disposto dell'art. 17 della legge n. 68 del 1999, riformato di recente dal d.l. n. 112 del 2008.

Chiarisce, sul punto, la decisione in rassegna, che tale soluzione trova giustificazione, non già perché, nel caso di trattativa privata, la predetta dichiarazione possa essere presentata anche in corso di gara e comunque prima della conclusione del contratto (secondo la tesi espressa nella sentenza appellata), quanto piuttosto per il fatto che sono esonerate dall'obbligo in questione le imprese con un basso livello occupazionale.

Secondo il CGA, infatti, la formula normativa è tassativa nello stabilire che la suddetta dichiarazione debba essere preventiva, sia che si tratti di partecipazione ad una gara di appalto pubblico, sia che, indipendentemente da una gara, vengano ad instaurarsi rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, essendo la *ratio* di tale prescrizione quella di apprestare una particolare tutela alla categoria protetta, oltre a quella di garantire la *par condicio* dei partecipanti.

Ad avviso del collegio, dunque, tra i soggetti destinatari dell'obbligo di assumere invalidi ed altre categorie protette, non vanno ricompresi quei datori di lavoro che, non avendo più di quattordici dipendenti, la legge presume non dotati, né della capacità economica necessaria per sopportarne l'onere, né, parimenti, di una struttura capace di occupare le prescritte unità, e che per ciò stesso la giurisprudenza lavoristica (Cass. civ., sez. lav., 21 settembre 2006, 20450) ha ritenuto esenti dall'obbligo di assunzione.

Nella sentenza del CGA n. 91 del 2 marzo 2009 viene specificamente in

rilievo la censura avverso la declaratoria di improcedibilità, pronunciata dal giudice di primo grado, dei gravami proposti in via autonoma da tre imprese mandanti, associate in raggruppamento temporaneo, quale effetto della rinuncia al ricorso da parte della mandataria.

Il collegio ha puntualizzato (richiamando, al riguardo, precedenti conformi: C.d.S., IV, 18 marzo 2004, n. 1452; C.d.S., V, 8 marzo 2006, n. 1228) che, sebbene la giurisprudenza comunitaria abbia riconosciuto l'autonoma legittimazione della sola mandante ad impugnare gli atti di gara, è pur vero, tuttavia, che, nel caso in cui contro gli atti del procedimento di affidamento di un appalto di lavori pubblici, abbiano proposto separatamente ricorso sia la società mandante che quella mandataria di un raggruppamento temporaneo, l'intervenuta rinuncia al ricorso da parte di quest'ultima, non può non riflettersi anche sul ricorso proposto dall'impresa mandante. Pertanto, ad avviso dei giudici amministrativi, il disinteresse manifestato dalla mandataria all'esito del ricorso, fa venir meno in radice ogni possibilità di aggiudicazione della gara al raggruppamento.

In ogni caso, ad avviso del collegio, viene meno la pretesa ad ottenere dalla stazione appaltante il risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione della gara, in quanto la condotta della mandataria si atteggia come causa sopravvenuta normativamente idonea, ai sensi dell'art. 41, cpv., c.p., ad interrompere il nesso causale con le altre concause più remote.

Sulla medesima questione, relativa all'autonoma legittimazione della sola impresa mandante a proporre l'impugnativa contro gli atti di un procedimento per l'affidamento di un appalto pubblico di servizio, si è espresso in data coeva il C.G.A. con la decisione **n. 95 del 2 marzo 2009**, nella quale il collegio si è allineato all'orientamento assunto in materia dalla giurisprudenza comunitaria, la quale, investita della relativa questione interpretativa mediante rinvio pregiudiziale attraverso un'ordinanza del Consiglio di Stato, sezione quinta, n. 6677 del 2006, ha avuto modo di chiarire che risulta conforme al diritto europeo la previsione nazionale che consente alla mandante di un raggruppamento temporaneo, che abbia partecipato ad un pubblico appalto, di agire a titolo individuale per l'annullamento dell'aggiudicazione ad altra impresa.

#### 5. Edilizia e paesaggio

Nella decisione **n. 135 del 20 marzo 2009** – ove viene riformata la sentenza del giudice di prime cure – il CGA ha chiarito la natura delle sanzioni pecuniarie previste dalla legislazione paesistica in caso di abusi edilizi.

Oggetto dell'esame dei giudici amministrativi è il provvedimento con il quale l'Amministrazione dei beni culturali disponeva l'applicazione di una san-

zione pecuniaria *ex* art. 15 della legge n. 1497/1939 a carico del ricorrente, per aver realizzato opere edilizie in area vincolata in assenza del prescritto nulla-osta della Soprintendenza.

Il giudice di primo grado aveva accolto il ricorso, e per l'effetto dichiarato illegittima la misura sanzionatoria irrogata dall'autorità amministrativa, sul rilievo che mancava nel caso di specie un danno sostanziale all'interesse paesistico che ne giustificasse l'adozione. Ma il CGA ha statuito la piena conformità di siffatta sanzione alla previsione del vigente sistema normativo.

Il collegio, infatti, aderendo alla tesi difensiva dell'amministrazione appellante, ha ritenuto che in un settore delicato quale è quello della tutela paesistica, le sanzioni svolgano una funzione essenzialmente dissuasiva, ossia quella di scoraggiare la prassi delle autorizzazioni in sanatoria, che impediscono, in concreto, una dialettica preventiva tra privato e soggetto pubblico preposto alla tutela, ponendo quest'ultimo di fronte alla violazione già consumata.

Pertanto, il CGA – in linea con l'orientamento del Consiglio di Stato, sezione IV, 28 luglio 2006, n. 4690 – chiarisce che le sanzioni pecuniarie previste dalla legislazione paesistica non sono soltanto collegate al danno ambientale, essendo anche finalizzate a coprire le infrazioni procedimentali.

Nel medesimo senso si è espresso il giudice di appello nella decisione **n. 138 del 20 marzo 2009**.

In questo caso il CGA ha confermato la decisione del giudice di prime cure, che aveva respinto il ricorso avverso un provvedimento di ingiunzione al pagamento di somme di denaro a titolo di indennità per danni al paesaggio, avendo i ricorrenti realizzato una costruzione in totale difformità dalla concessione edilizia e senza il prescritto nulla-osta della Soprintendenza, in area dichiarata nel 1967 di notevole interesse pubblico.

È stata così rigettata la tesi degli appellanti secondo cui la predetta violazione paesaggistica si sarebbe estinta, ai sensi dell'art. 38 della legge n. 47/1985, per effetto dell'intervenuta sanatoria edilizia.

A giudizio del collegio, infatti, il danno ad un interesse di rango primario, quale è appunto quello paesistico, non può essere assorbito *sic et simplicter* da una sanatoria *extra ordinem* come quella concessa, così come sarebbe confermato, d'altra parte, dalla disposizione contenuta nell'art. 2, comma 46, della legge n. 662/1996.

Per quanto riguarda, invece, il tema specifico della prescrizione del credito delle somme richieste dall'ente, essa, stante il carattere permanente della violazione realizzata e la rilevanza dell'interesse leso, decorre, ad avviso del CGA, solo dal momento in cui il danno ambientale sia cessato oppure sia stato reintegrato attraverso la demolizione dell'opera o l'effettivo pagamento della sanzione pecuniaria. Per cui, anche sotto questo profilo, vengono respinte le censure sollevate dagli appellanti.

## 6. Pregiudiziale amministrativa

Il problema del rapporto tra azione di annullamento del provvedimento amministrativo ed azione volta ad ottenere il risarcimento del danno che sia derivato dal medesimo provvedimento, è al centro della decisione **n. 762 del 16 settembre 2008**.

A seguito dell'annullamento degli atti con i quali era stato revocato l'avviamento al lavoro di una signora presso un'azienda ospedaliera e, conseguentemente, disposta la sua esclusione dalla relativa selezione, la ricorrente aveva domandato il risarcimento del danno derivante dai provvedimenti illegittimamente adottati.

Il CGA, sul punto, ha riformato la sentenza del TAR Palermo n. 1158/2007, che, invece, accogliendo il ricorso, aveva accertato la responsabilità dell'amministrazione e condannato la medesima a risarcire tutti i danni provocati.

Nell'ampia motivazione della sentenza emerge, in particolare, la diversa impostazione seguita dal giudice d'appello rispetto al giudice di primo grado sulla questione della c.d. "pregiudiziale amministrativa", tema, questo, che, inevitabilmente, coinvolge anche quello avente ad oggetto l'individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione quinquennale a cui è soggetta l'azione di risarcimento, che forma oggetto dell'eccezione sollevata dall'amministrazione appellante.

Il collegio, sull'argomento, in linea con l'orientamento delle sezioni unite della Corte di cassazione, espressamente richiamata (e da ultimo confermato nelle recenti sentenze n. 9040 dell'8 aprile 2008 e n. 30254 del 23 dicembre dello stesso anno), sembra aver aderito alla tesi dell'autonomia dell'azione risarcitoria, la quale non richiederebbe, ai fini della sua ammissibilità, il previo annullamento dell'atto amministrativo che ha prodotto il pregiudizio patrimoniale, anche se, si è avuto modo di precisare, il mancato esperimento delle opportune tutele, anche giurisdizionali, da parte del danneggiato, può senz'altro riflettersi sul *quantum* del risarcimento, riducendolo proporzionalmente, ai sensi dell'art. 1227 cod. civ.

Ma la sentenza si segnala soprattutto per il fatto che, secondo il collegio, dalla interpretazione suddetta discende che il termine di prescrizione per la proposizione della domanda risarcitoria decorre dalla data dell'illecito, e non già, invece, come affermato dal giudice di prime cure, dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento da parte del giudice amministrativo, e ciò in quanto l'esistenza del provvedimento non costituisce più ostacolo all'esercizio dell'azione di risarcimento.

# Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali su *"L'atto politico"*

#### di Sara Forasassi

In questa rassegna si riportano alcune recenti (e meno recenti) sentenze dei Tribunali amministrativi regionali sull'atto politico. Si osserva fin da ora come la questione principale che involge l'istituto sia data dalla distinzione tra esso e l'atto amministrativo, a sua volta riflesso del problematico rapporto che corre tra politica e amministrazione. In particolare, l'esigenza di ricondurre al giuridico il momento politico ha portato nel tempo ad un ridimensionamento della categoria degli atti politici e la maggior parte delle pronunce, adottate in materia, sono volte all'esclusione della sua configurabilità, con progressivo ampliamento della contigua categoria dell'atto di alta amministrazione.

#### 1. La problematica qualificazione dell'atto politico

La categoria degli atti politici trova il proprio fondamento normativo nella previsione di cui all'articolo 31 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 in forza del quale il ricorso giurisdizionale amministrativo "non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

Essa rappresenta, quindi, un'eccezione al principio generale di cui all'articolo 113, Costituzione, secondo il quale "contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria ed amministrativa".

Da queste brevi considerazioni ed in mancanza di una definizione strutturale, si rileva fin da subito l'importanza della qualificazione di un atto come politico o meno, dipendendo da essa la sua insindacabilità in sede giurisdizionale.

Si deve, in particolare, alla giurisprudenza amministrativa una elaborazione della definizione di atto politico, che ha sottolineato come la categoria risulti ristretta a quegli atti palesemente estranei alla funzione amministrativa in quanto espressione di una potestà costituzionale e di governo. Trattasi, nella specie, di atti così rilevanti per il funzionamento del nostro sistema costituzionale che non sono idonei a rifluire lesivamente in via diretta su interessi individuali e non sono, pertanto, suscettibili di essere assoggettati al sindacato giurisdizionale.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale per la qualificazione di un atto come politico devono sussistere due requisiti, uno soggettivo e l'altro oggettivo. In proposito si riporta quanto recentemente disposto da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 dicembre 2007, n. 13361, che ha deciso in ordine alla richiesta di annullamento del decreto del Presidente della Repubblica avente ad oggetto la sostituzione del Comandante generale della guardia di finanza, conformandosi all'indirizzo maggioritario secondo cui gli atti preordinati alla provvista di personale dello Stato ai massimi livelli sono atti di alta amministrazione e non di indirizzo politico e, come tali, soggiacciono al sindacato giurisdizionale, secondo le regole proprie del giudizio di legittimità. La pronuncia rileva, ai fini che in questa sede interessano, in quanto sottolinea come, affinché un atto possa essere annoverato nella categoria dell'atto politico, sia ius receptum che lo stesso presenti due requisiti. In particolare, dopo aver avanzato dubbi circa la sopravvivenza sic et sempliciter nell'ordinamento positivo della disposizione di cui all'articolo 31 r.d. n. 1034 del 1924, il giudice amministrativo precisa i requisiti che deve presentare l'atto politico per essere tale: un requisito di carattere soggettivo, in quanto deve trattarsi di atto emanato dal Governo o, comunque, dall'autorità cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello dei pubblici poteri; un requisito di carattere oggettivo, in quanto deve trattarsi di un atto o di un procedimento emanato nell'esercizio del potere politico, non già di un'attività meramente amministrativa. Non sono, quindi, per i loro caratteri intrinseci, soggetti a controllo giurisdizionale solo gli atti con cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico, ossia quelli che non si possono qualificare o non sono identificabili come amministrativi e in ordine ai quali l'intervento del giudice determinerebbe un'interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri.

Nello stesso senso si veda T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 16 novembre 2007, n. 11271 che muove dall'impugnazione della direttiva del Ministro dell'economia e delle finanze al direttore del Dipartimento del tesoro, finalizzata ad ottenere la convocazione, da parte del presidente del consiglio di amministrazione della Rai Radiotelevisione s.p.a. (partecipata per il 99,56% dal Ministero dell'economia), dell'assemblea dei soci per deliberare la revoca di un consigliere d'amministrazione della società e procedere alla sua sostituzione. Con la pronuncia in esame il giudice, riconducendo il suddetto atto nella categoria degli atti amministrativi e non in quella di atto politico, si sofferma sulle caratteristiche proprie di quest'ultima. In particolare, l'iter seguito dal giudice di prime cure prende le mosse dal disposto di cui all'art. 31 che esclude, come più volte ricordato, dal sindacato del giudice amministrativo l'atto politico, avendolo individuato quale atto o provvedimento emanato dal Governo nell'esercizio del potere politico. Prosegue osservando come, l'atto politico, che le sezioni unite della Cassazione, 24 settembre 1953, n. 3053 e 25 giugno 1993, n. 7075 hanno ritenuto non inquadrabile tra gli atti materialmente amministrativi in quanto emesso nell'esercizio di una funzione diversa, sia dunque connotato da due elementi uno soggettivo e l'altro oggettivo (al riguardo si veda quanto riportato *supra*). Infine il collegio riconosce all'articolo 31 carattere eccezionale di sottrazione al sindacato giurisdizionale e lo qualifica quale disposizione di stretta interpretazione, con la conseguenza che, perché un atto possa essere considerato politico devono necessariamente e contestualmente concorrere entrambi i predetti presupposti.

L'interpretazione restrittiva dell'articolo 31 r.d. n. 1054 del 1924 ha, pertanto, condotto ad una limitazione della categoria di atto politico entro margini molto ristretti. Si veda ad esempio T.A.R. Puglia, Lecce, 24 settembre 2008, n. 3694 che, nel negare la riconducibilità dell'atto di revoca di un assessore nella categoria dell'atto politico in quanto soggettivamente ed oggettivamente amministrativo, osserva come l'articolo 31 del r.d. n. 1054 del 1924 abbia assunto un'importanza residuale a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, principale riferimento per l'interprete nell'individuare quali siano i limiti della tutela di diritti ed interessi legittimi nei confronti degli atti e provvedimenti della pubblica amministrazione. Il giudice prosegue affermando che, a fronte di una norma costituzionale (art. 113) contenente un canone generale di tutelabilità delle posizioni giuridiche soggettive avverso tutti gli atti della pubblica amministrazione, le eccezioni a tale principio debbono, da un lato, ritenersi tassative, dall'altro, avere un referente diretto in una fonte di pari grado, ossia nella stessa Costituzione o in una legge costituzionale. Negli stessi termini T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 22 novembre 2007, n. 3958.

In argomento si veda anche **T.A.R. Abruzzo**, **Aquila**, **8 ottobre 2003**, **n. 839**, che ha escluso la natura di atto politico alla delibera del Consiglio regionale della regione Abruzzo con la quale veniva respinta la richiesta, avanzata da un Consiglio provinciale, di referendum consultivo riguardo alla realizzazione di un'opera pubblica di particolare importanza. Ai fini che ivi interessano il giudice amministrativo, oltre ad avanzare dubbi in ordine all'attuale vigenza della norma contenuta nell'articolo 31, r.d. n. 1054 del 1924, e sulla compatibilità con il sistema di controllo giurisdizionale esteso a tutti gli atti (legislativi, giudiziari, amministrativi) delineato dalla Costituzione, ha sottolineato come la previsione del richiamato articolo 31 sia sempre stata intesa in senso molto restrittivo sul piano sia soggettivo sia oggettivo.

### 2. I casi di esclusione dalla categoria di atto politico

In generale, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel tempo non possono qualificarsi come atti politici, bensì come atti di alta amministrazione, tutti gli atti diretti al reclutamento di personale idoneo a svolgere funzioni apicali nella Pubblica Amministrazione, ancorché per essi la legge consenta una

ampia discrezionalità (si veda **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 dicembre 2007, n. 13361**, *supra* richiamato).

Ugualmente si è espresso **T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 22 aprile 2008, n. 1555** che ha negato la natura di atto politico ai provvedimenti di nomina dei vertici delle Forze Armate, con conseguente sindacabilità della loro legittimità in sede giurisdizionale, richiamando la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, n. 13361 del 2007.

Rispetto alla nomina e alla revoca di un assessore comunale o provinciale si individuano invece due indirizzi giurisprudenziali contrastanti, l'uno, indubbiamente maggioritario, che inserisce i suddetti atti nella categoria degli atti amministrativi, l'altro, minoritario e meno recente, in quella degli atti politici. In proposito, la norma che viene in rilevo è quella di cui all'articolo 46 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 la quale prevede, tra l'altro, che il sindaco e il presidente nominano i componenti della giunta (comma 2) e possono revocare uno o più assessori, dandone motivata comunicazione al Consiglio (comma 4).

Con riguardo al primo orientamento, si veda T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 155, avente ad oggetto la revoca della carica di assessore comunale ritenuta esercizio di un potere amministrativo e non politico. Il giudice amministrativo richiama, condividendole, le ragioni illustrate dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 209 del 2007 di cui riporta i principali passaggi argomentativi. In particolare, sostiene che sono atti politici esclusivamente quelli che la Costituzione riferisce ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti. Sul punto, aderisce all'orientamento giurisprudenziale che ritiene necessari, per considerare un atto quale atto politico, la presenza di due elementi, l'uno soggettivo, dovendo provenire l'atto da organo di pubblica amministrazione, seppure preposto in modo funzionale e, nella specifica vicenda, all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica, e l'altro oggettivo, dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione. Alla luce dei criteri esposti, si sottolinea che il sindaco del comune (come del resto il consiglio e la giunta comunale) non sia un organo di rilievo costituzionale e che la giunta comunale non sia di per sé abilitata alla direzione al massimo livello dell'Amministrazione comunale. Ancora, si osserva come l'atto sindacale di revoca di un assessore non sia, da un lato, libero nella scelta dei fini, essendo sostanzialmente rivolto al miglioramento della compagine di ausilio del sindaco nell'amministrazione del comune, dall'altro lato, non sia sottoposto alla valutazione del consiglio comunale ai sensi dell'articolo 46, ultimo comma, decreto legislativo n. 267 del 2000. In definitiva, il giudice amministrativo conclude stabilendo che nel caso in esame si sia in presenza di un provvedimento amministrativo e non di un atto politico.

Nello stesso senso T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 8 ottobre 2008, n.

14103 che ha negato, sulla base delle considerazioni sopra svolte, la natura di atto politico all'atto di revoca dalla carica di assessore e di vicesindaco in quanto posto in essere da un'autorità amministrativa non costituente organo di rilievo costituzionale e nell'esercizio di un potere amministrativo, sia pure ampiamente discrezionale. Ugualmente T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 29 febbraio 2008, n. 380.

In argomento si riporta anche T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 3 maggio 2007, n. 765 che sottolinea come la disciplina dell'istituto della revoca di un assessore sia posta a presidio del corretto rapporto tra Esecutivo ed Assemblea locale deliberante e, quindi, tuteli sia l'interesse del Consiglio comunale che quello dell'assessore al mantenimento dell'incarico. Alla luce di ciò il giudice amministrativo ritiene di aderire alla tesi dominante, poiché si deve considerare prevalente, nello schema normativo, l'interesse alla tutela della relazione tra Esecutivo e Consiglio e, in capo, all'assessore, il correlato interesse alla difesa di una posizione ampliata o di vantaggio tutelata dall'ordinamento, rispetto a quello – presupposto della tesi che vorrebbe l'atto di revoca come atto politico – di assicurare una sfera di insindacabilità degli atti organizzativi dell'Esecutivo locale, nel quadro della separazione dei poteri amministrativi e giudiziari. Si sottolinea, infine, come quest'ultima esigenza non sia, infatti, compromessa dalla sussistenza della tutela giurisdizionale perché è comunque tutelata dalla insindacabilità delle valutazioni di opportunità, contenute nella motivazione, la cui logicità e coerenza sono dunque al tempo stesso condizione ed elemento sufficiente ad assicurare che gli organi politici espletino la loro insindacabile attività di auto-organizzazione nel quadro della piena separazione dei poteri.

Sebbene la posizione della giurisprudenza sia sufficientemente consolidata in ordine alla ritenuta sottoponibilità dell'atto di revoca dell'assessore alle regole sul procedimento amministrativo, non mancano, come sopra evidenziato, alcune pronunce, seppur isolate e non recentissime, che hanno, al contrario, riconosciuto al suddetto atto, natura politica, così escludendolo dal sindacato giurisdizionale a norma dell'articolo 31 r.d. n. 1054 del 1924. Sul punto si richiama T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 7 dicembre 2004, n. 1600 che ha ricondotto alla categoria dell'atto politico gli atti di nomina e di revoca degli assessori provinciali e comunali, equiparando i suddetti livelli di governo a quello centrale. Al riguardo merita, in questa sede, riportare il ragionamento svolto dal giudice amministrativo che muove dalla ricostruzione dell'istituto della revoca degli assessori in connessione all'evoluzione normativa che ha caratterizzato la posizione istituzionale dei vertici degli enti locali e dei componenti delle giunte. In particolare, tre sono i passaggi fondamentali della pronuncia in esame: 1) la riforma del sistema elettorale e l'elezione del sindaco e del presidente a suffragio universale diretto che hanno profondamente mutato la forma di governo dell'ente locale in senso presidenziale, evidenziando l'esistenza di un indirizzo politico; 2) la modifica del tit. V della Costituzione ad opera della legge cost. 18

ottobre 2001, n. 3 e l'equiparazione, sotto il profilo istituzionale, di comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato con il riconoscimento della loro concreta attività di individuazione e perseguimento degli obiettivi politici; 3) le riforme che hanno perfezionato il processo della c.d. separazione fra politica ed amministrazione. Alla luce delle suesposte considerazioni il giudice amministrativo giunge a ritenere che anche l'atto di revoca degli assessori provinciali, ma anche comunali, appare ormai emesso nell'esercizio di funzioni politiche e come tale deve essere sottratto al sindacato giurisdizionale parimenti agli atti di nomina e di sostituzione di un Ministro.

## 3. Segue: Ulteriori ipotesi di esclusione.

L'esclusione della configurabilità dell'atto politico, anche in ambiti diversi da quello sopra evidenziato, è stata decisa dalla giurisprudenza amministrativa nei settori più vari.

In proposito si veda **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 24 marzo 2009, n. 3087** che esclude la natura politica del decreto con il quale, tra l'altro, si decideva in merito allo spostamento della Scuola superiore della magistratura per le regioni meridionali, originariamente localizzata nella provincia di Catanzaro, a Benevento, per carenza del requisito oggettivo. Il giudice amministrativo richiama l'orientamento che individua l'elemento oggettivo, necessario per la configurabilità della fattispecie in parola, nella connessione con la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella organica struttura e nella loro coordinata applicazione, non riscontrabile nell'ipotesi esaminata.

Stessa sorte è riservata al provvedimento di nomina o di revoca di un commissario straordinario non potendo la scelta, da parte del Ministro che l'ha operata, essere ascritta tra quelle di rilievo costituzionale e politico. Lo ha puntualizzato **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 6 dicembre 2007, n. 13365** che ha qualificato atto di alta amministrazione il provvedimento con il quale era stato dichiarato decaduto dall'incarico un commissario liquidatore nominato precedentemente dal Ministro delle attività produttive.

In linea si pone **T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 9 novembre 2008** che esclude la natura di atto politico alla nomina di commissario straordinario dell'Ente Parco, operata con decreto del Ministro dell'ambiente d'intesa con il Presidente della Regione, osservando come essa sia stata negata persino alla nomina dell'Avvocato Generale dello Stato.

Si riporta, altresì, **T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 30 luglio 2007, n. 1579**. La controversia concerne la pretesa illegittimità, da un lato, della delibera con cui il neo eletto consiglio comunale di Siena ha approvato gli indirizzi per le nomine e le designazioni dei rappresentanti del Comune, presso Enti ed Aziende e, dall'altro, della intervenuta designazione del rappresentante del Comune

di Siena da parte del Sindaco prima che il consiglio comunale neo insediato ne approvasse il suddetto atto di indirizzo. Il giudice amministrativo nel rigettare il ricorso quanto al primo punto e nel decidere in ordine all'annullamento dell'atto sindacale, si sofferma sulla natura dell'atto di indirizzo qualificandolo atto di governo dell'ente locale e non atto politico.

Merita attenzione anche **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 26 novembre 2008, n. 10767** in materia di estradizione. Con la pronuncia in parola, il giudice amministrativo ha negato la qualifica di atto politico al decreto di estradizione (a differenza degli atti di stipula e adesione a Trattati o Convenzioni in materia). Il collegio ha, infatti, osservato, come esso rappresenti una determinazione che, se pur latamente discrezionale, non coinvolge immediatamente interessi superiori dello Stato ma provvede su un oggetto specifico e circoscritto, disponendo in modo diretto e immediato di interessi essenzialmente individuali. Al suddetto atto è invece riconosciuta la natura di atto di alta amministrazione e conseguentemente la sua sindacabilità da parte del Giudice amministrativo.

Si veda, inoltre, **T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 12 giugno 2008, n. 790**, avente ad oggetto l'annullamento del decreto di approvazione della variante generale al piano regolatore generale del Comune di Palermo. Viene esclusa la natura di atto politico al piano regolatore aderendo al consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale l'atto politico per essere tale deve non soltanto essere adottato dall'organo a cui compete la funzione d'indirizzo politico, ma anche iscriversi nell'esercizio di tale funzione. Al riguardo, si sottolinea come quest'ultimo requisito non sia ravvisabile in un atto a struttura complessa ineguale quale il piano regolatore che, per di più, nella fase di competenza regionale incontra (anche in Sicilia) penetranti limitazioni legali al potere conferito all'organo competente, di guisa che, anche in tale fase, non può che trattarsi di un atto di gestione, come tale demandato alla Dirigenza.

È stata esclusa la natura di atto politico anche al provvedimento di nomina di una Commissione esaminatrice ad un concorso pubblico. Si veda in proposito **T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 29 maggio 2008, n. 407** che ha deciso in merito al ricorso sollevato contro il provvedimento di nomina della Commissione esaminatrice e il provvedimento con cui il funzionario responsabile dell'Ufficio organizzazione e gestione del personale ha approvato gli atti del concorso per la copertura di un posto di avvocato presso il Comune di Jesi. Sul punto il giudice amministrativo ha affermato come la nomina della Commissione esaminatrice sia senz'altro di competenza dirigenziale, non avendo affatto valenza di atto politico o di indirizzo sull'attività del Comune.

Non si sostanzia in atto un politico, svincolato da ogni obbligo di motivazione, nemmeno la scelta del difensore civico. Ed infatti, proprio perché la procedura comparativa sfocia nella scelta del soggetto che assicura una particolare competenza, ed a tal fine è imposta la presentazione, in uno con le candidature, del curriculum professionale, l'Amministrazione è tenuta a prendere in

esame i titoli e l'esperienza vantati dagli aspiranti, operando la scelta al fine di assicurare che la nomina risponda ai requisiti indicati dallo Statuto. Così ha deciso **T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 29 aprile 2008, n. 682**.

In particolare, se è vero che il provvedimento di nomina del difensore civico si fonda su un rapporto di tipo fiduciario, la natura fiduciaria non dispensa l'amministrazione dall'obbligo di esplicitare le ragioni che l'hanno indotta a privilegiare, tra più candidati ritenuti idonei, un aspirante rispetto agli altri, anche alla stregua dei principi sia di buon andamento e di imparzialità cui deve informarsi l'azione amministrativa ex articolo 97, Costituzione, sia di trasparenza quale disciplinato dall'articolo 1, legge n. 15 del 2005. Il comune è, pertanto, tenuto a dare contezza nella motivazione del provvedimento del percorso logico che conduce alla scelta dell'uno o dell'altro candidato, ciò perché l'obbligo di motivazione è imposto a presidio della trasparenza e del controllo circa la legalità dell'azione amministrativa in relazione a tutti i provvedimenti, salvo quelli espressamente esclusi dalla normativa sul procedimento amministrativo, tra i quali certamente non rientra il provvedimento di nomina del difensore civico. Nella fattispecie oggetto del contenzioso, la scelta si era invece sostanziata in un atto politico svincolato da ogni obbligo di motivazione, limitandosi la deliberazione di nomina a dare atto dell'esito della votazione intervenuta a seguito di un dibattito vivace ma di natura esclusivamente politica, senza che risultasse una specifica valutazione volta ad assicurare la rispondenza della nomina ai requisiti professionali e morali indicati nello statuto. Si veda T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 8 febbraio 2007, n. 133.

Infine, il giudice amministrativo ha escluso dalla categoria degli atti politici anche il decreto di scioglimento dei consigli comunali. Al riguardo **T.A.R. Lazio**, **Roma, Sez. I, 4 aprile 2007, n. 9264** che ha respinto il ricorso avente ad oggetto l'annullamento del decreto del Presidente della Repubblica con il quale era stato disposto lo scioglimento di un Consiglio comunale per la durata di diciotto mesi, per infiltrazioni mafiose.

Hanno collaborato a questo numero:

Simona Balzano

Ricercatore di statistica nell'Università degli studi di Cassino

Marco Calabrò

Ricercatore di diritto amministrativo nella Seconda università di Napoli

Maria Cristina Cavallaro

Associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Elisa Cavasino

Ricercatore di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo

Cristiano Celone

Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Guido Corso

Ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Roma Tre

Paolo Dell'Anno

Ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di l'Aquila

Salvatore Dettori

Ricercatore di diritto amministrativo nell'Ente Università degli studi di Teramo

Tullio Fenucci

Ricercatore di diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Salerno

Sara Forasassi

Dottore di ricerca in diritto pubblico nell'Università degli studi di Bologna

Anna Lazzaro

Associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Messina

Antonio Ruggeri

Ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Messina

Fabio Saitta

Ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Catanzaro

Giovanni Scala

Ricercatore di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo

Mario Spasiano

Ordinario di diritto amministrativo nell'Seconda Università di Napoli

Laura Trizzino

Dottore in giurisprudenza nell'Università degli studi di Palermo

Giuseppe Verde

Ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo